ISSN 1826-3534

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

13 DICEMBRE 2023

federalismi.it

Fascicolo n. 29/2023

ISSN 1826-3534
Numero 29, 2023
Tutti i contributi, ad eccezione dell'editoriale di apertura, sono stati sottoposti a *double blind peer review*.

Direttore responsabile: Prof. Annamaria Poggi

Vice Direttore responsabile: Prof. Federica Fabrizzi

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

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

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

E-mail: redazione@federalismi.it

Sommario

EDITORIALE

- L'investitura del nuovo governo in Spagna: amnistia e stato di diritto, di *Carlos Vidal Prado* iv

SAGGI E ARTICOLI

- Elezioni anticipate e conferma del governo di coalizione: l'evoluzione della forma di governo spagnola, di *Marco Benedetti* 1
- Accordi e disaccordi. Il patto di investitura *PSOE-Junts per Catalunya* nella crisi costituzionale spagnola, di *Gennaro Ferraiuolo* 23
- Oneri motivazionali differenziati richiesti per l'affidamento a società *in house* di attività aventi rilevanza economica e affidamenti *in house* "convenzionali", di *Andrea Maltoni* 38
- Corte Costituzionale, con sentenza ampliativa (revocabile) 5.6.23 n. 111 su diritto al silenzio dell'interrogato, omette il c.d. giudicato costituzionale e sovrappone "avvertimento" ad "ammonimento", art. 21 att./1.12.23, di *Carlo Morselli* 62
- Poteri privati e diritti dei consumatori: un caso emblematico di mancata retroattività della legge civile a discapito del legittimo affidamento in tema di fornitura del servizio elettrico, di *Vincenzo Tondi della Mura* 117

FOCUS LAVORO, PERSONA, TECNOLOGIA

- «Transizione digitale», giustificato motivo oggettivo e art. 18 dello Statuto, di *Simone Auriemma* 137
- L'intelligenza artificiale nel decreto trasparenza e nella legge tedesca sull'ordinamento aziendale, di *Matteo Corti* 163
- Intelligenza Artificiale e poteri datoriali: limiti normativi e ruolo dell'autonomia collettiva, di *Umberto Gargiulo* 171
- Intelligenza artificiale e sindacato. Chi controlla i controllori artificiali?, di *Lucio Imberti* 192
- Lavoro e tecnologia: connubio tra opportunità e rischi, di *Elena Signorini* 202

L'investitura del nuovo governo in Spagna: amnistia e stato di diritto

di Carlos Vidal Prado
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Nacional de Educación a Distancia

1. La convocazione anticipata delle elezioni generali

Il 28 maggio 2023 si sono svolte le elezioni municipali in tutta la Spagna, alle quali si sono aggiunte le elezioni regionali in 13 Comunità Autonome (tutte tranne Catalogna, Paesi Baschi, Galizia, Andalusia e Castiglia e León). I risultati della coalizione allora al governo centrale (PSOE e Podemos) sono stati negativi, poiché i socialisti hanno vinto solo in Asturias e in Castilla-La Mancha, dove sono riusciti a formare un governo, e in Navarra, dove, pur non vincendo, hanno stretto un patto con altri partiti (tra cui Bildu, l'ex ala politica dell'organizzazione terroristica ETA) per governare.

Nelle altre nove Comunità ha vinto il Partito Popolare, che ha potuto governare in tutte, in alcuni casi da solo, in altri attraverso accordi con VOX e con altri partiti regionalisti (in Cantabria e nelle Isole Canarie). Inoltre, in molte grandi città il potere è passato dai socialisti ai popolari, anche se in alcune di esse questi ultimi avevano bisogno del sostegno di VOX.

L'impatto sociologico della sconfitta del governo il 28 maggio è stato molto forte, ma prima che l'opinione pubblica potesse analizzare l'accaduto e che gli stessi partiti politici potessero prendere misure interne, il presidente del governo, Pedro Sánchez, ha annunciato il giorno successivo (29 maggio) lo scioglimento anticipato delle Camere e la convocazione di elezioni generali per il 23 luglio.

Si trattava di una decisione audace e rischiosa, poiché la tendenza dei sondaggi sembrava essere negativa per la coalizione di governo, che si era appena riflessa nei risultati delle elezioni locali e regionali. Inoltre, alcuni elementi rendevano sorprendente la convocazione, dato che la Spagna doveva assumere la presidenza di turno del Consiglio dell'Unione Europea il 1° luglio, con un governo in carica dal 23 luglio in poi e con una campagna elettorale nelle settimane precedenti. D'altra parte, la data scelta lasciava presagire una bassa affluenza alle urne, dato che il periodo di vacanza più frequente in Spagna inizia il 15 luglio e si protrae fino al 15 agosto. Non si erano mai tenute elezioni generali in estate, e, in alcune comunità autonome (Andalusia), è addirittura vietato tenerle in luglio e agosto, non solo a causa delle vacanze, ma anche per le alte temperature che si registrano in Spagna in quel periodo dell'anno.

La tendenza dei sondaggi non mutava nelle settimane successive, ed essa non prevedeva per il Partito Popolare una maggioranza che gli permettesse di governare da solo, ed anzi si percepiva che avrebbe avuto bisogno di VOX per governare.

D'altra parte, il Partito Socialista non mostrava un calo molto evidente, quindi sembra rallentare la sua caduta. Tuttavia, quasi tutti i sondaggi prevedevano un governo di blocco di destra, con una coalizione tra PP e VOX.

La decisione di Sánchez ha tenuto conto anche del fatto che il periodo elettorale e la campagna avrebbero coinciso con la formazione dei governi comunali e regionali. In questo modo, sarebbe diventato evidente all'opinione pubblica che il Partito Popolare avrebbe avuto bisogno, in molti luoghi (sia comuni che Comunità autonome), del sostegno di VOX per formare un governo. Ciò consentiva di trasformare queste azioni in un'arma politica per i partiti di sinistra: la paura di dover contare sul partito populista e di destra radicale per formare maggioranze di governo poteva spaventare gran parte dell'elettorato, recuperando così parte del sostegno perso a favore del socialismo.

Inoltre, il Partito Popolare ha gestito male i negoziati post-elettorali. Da un lato, la costituzione dei Consigli Comunali che doveva avvenire il 17 giugno li ha invece costretti a stringere un patto con il VOX in alcuni luoghi, se volevano conquistare il governo locale. D'altra parte, invece di ritardare decisioni che potevano avere un costo politico, rinviando la formazione dei governi regionali a dopo le elezioni generali (come, ad esempio, aveva fatto il Partito socialista in Navarra, ritardando i negoziati con Bildu), si sono affrettati a firmare alcuni patti molto rapidamente (Valencia) o, in altri luoghi, hanno affrontato apertamente VOX inizialmente (Extremadura), dovendo poi rettificare e finire per accordarsi con loro.

In altri luoghi, dove esistevano patti alternativi con altri partiti (Cantabria e Isole Canarie, ad esempio), il PP ha evitato di raggiungere accordi con VOX.

Tutto ciò ha ingenerato un senso di mancanza di coordinamento e l'assenza di una strategia chiara a livello nazionale su quale dovesse essere il rapporto con VOX e ha facilitato la campagna dei partiti di sinistra che hanno potuto facilmente affermare che il PP avrebbe avuto bisogno di VOX per governare, se avesse vinto le elezioni generali.

2. I risultati elettorali e il primo tentativo di investitura del candidato del Partito Popolare

I risultati delle elezioni del 23 luglio sono stati l'ennesimo fallimento dei sondaggi, che non hanno colto la tendenza degli ultimi giorni della campagna elettorale verso un recupero del Partito Socialista e l'erosione del Partito Popolare che, pur avendo vinto le elezioni, non sembrava in grado di raggiungere la maggioranza assoluta necessaria per vincere il governo con i suoi alleati.

Questa tendenza è stata confermata da uno studio pubblicato pochi giorni dopo le elezioni, il 3 agosto, dal Centro de Investigaciones Sociológicas (Centro di Ricerca Sociologica), un ente pubblico dipendente dal Ministero della Presidenza, che ha realizzato una macro-indagine negli ultimi dieci giorni prima delle elezioni, con quasi tremila interviste al giorno.

La sera stessa delle elezioni, si poteva percepire come Pedro Sánchez, pur avendo perso le elezioni, parlasse ai suoi seguaci come se le avesse vinte. E questo per due motivi: in primo luogo, il suo partito non solo non aveva perso alcun seggio, ma ne aveva ottenuto uno in più (121) e una percentuale di consensi superiore di tre punti (31,7% rispetto al 28% del 2019); in secondo luogo, il Partito Popolare non sembrava in grado di raggiungere la maggioranza assoluta necessaria per governare, dal momento che nemmeno la somma dei suoi seggi con quelli di VOX raggiungeva la maggioranza assoluta (aveva ottenuto 137 seggi, che sommati ai 33 di VOX, mancavano di sei seggi la maggioranza assoluta).

I discorsi di quella sera lasciavano già presagire un possibile accordo tra i socialisti e quasi tutto l'arco parlamentare di sinistra e gli indipendentisti, con un unico obiettivo: impedire a VOX di arrivare al governo. Il problema era che tra gli alleati non ci sarebbe stato solo Bildu (con cui era già stato raggiunto un accordo nella precedente legislatura) ma anche Junts, il partito catalano pro-indipendenza guidato da Puigdemont, l'ex presidente della regione catalana, in fuga dalla giustizia spagnola. Quale sarebbe stato il prezzo da pagare per questo appoggio?

Il 17 agosto si sono costituite le Camere, Congresso e Senato. Nelle settimane successive, il PP ha conquistato il suo 137° deputato, a scapito del PSOE, che ha perso uno dei 122 iniziali che aveva conquistato. Questo cambiamento è dovuto all'influenza dei voti degli spagnoli residenti all'estero, che sono stati conteggiati cinque giorni dopo e che, nella provincia di Madrid, hanno fatto cambiare di mano l'ultimo deputato. Questa differenza di un seggio ha obbligato il PSOE a ottenere il voto a favore di Junts nell'investitura, allo scopo di ottenere l'elezione di Pedro Sánchez, poiché con un deputato in più sarebbe stata sufficiente l'astensione degli indipendentisti. Per questo motivo, i socialisti hanno fatto ricorso, chiedendo la revisione di tutti i voti non validi nella provincia di Madrid, ma i loro ricorsi non hanno avuto successo, anche se sono giunti alla Corte Costituzionale, che si è pronunciata con la sentenza STC 95/2023 del 12 settembre.

Nella sessione costitutiva del Congresso, si era già formata una maggioranza attorno alla candidata proposta dal PSOE, Francina Armengol (ex Presidenta della Comunità Autonoma delle Isole Baleari), che è stata eletta dalla maggioranza assoluta della Camera, grazie ai voti di tutti i partiti tranne il PP, VOX, Unión del Pueblo Navarro e Coalición Canaria, questi ultimi due con un solo deputato ciascuno.

Già nel patto per l'elezione della Presidenta, il PSOE ha dovuto cedere su questioni importanti, come l'impegno a modificare il Regolamento del Congresso per consentire l'uso nei dibattiti delle lingue co-

ufficiali della Spagna accanto allo spagnolo, cioè catalano, galiziano e basco, e l'attuazione di un'iniziativa del governo per il riconoscimento dello status ufficiale del catalano a livello europeo.
La modifica normativa - che è stata applicata ancor prima di essere formalmente approvata, consentendo l'uso delle lingue senza che il Regolamento lo autorizzi - è stata molto controversa, in quanto molti autori ritengono che non rispetti i diritti degli altri parlamentari, che la misura manchi di una base costituzionale e che causi gravi difficoltà alla vivacità del dibattito parlamentare in quanto dipende dalla traduzione dei discorsi. Al Senato, da parte sua, il PP ha affermato la sua maggioranza assoluta e il suo candidato Pedro Rollán è stato eletto Presidente.
Da quel momento, in conformità con l'articolo 99 della Costituzione, il Re ha iniziato le consultazioni con i gruppi politici con rappresentanza parlamentare per proporre un candidato alla presidenza del Governo.
Il 22 agosto, il Re ha proposto come candidato Alberto Núñez Feijoo (PP), in quanto era il candidato del partito con il maggior numero di voti e non vi erano prove che Pedro Sánchez avesse ancora raggiunto gli accordi necessari per avere una maggioranza alternativa sufficiente. Per questo motivo, lo stesso comunicato della Casa Reale spiega che si è deciso di mantenere la consuetudine di proporre, in primo luogo, il candidato con più voti alle elezioni.
Il dibattito sull'investitura di Feijoo era previsto per il 26 e 27 settembre. Può sorprendere che sia trascorso più di un mese tra la proposta del Re e il dibattito, ma ciò è stato fatto tenendo presente che questa data segna l'inizio del periodo di due mesi previsto dalla Costituzione, per cui se nessun candidato avesse ottenuto la fiducia della Camera, si sarebbe proceduto allo scioglimento automatico e alla convocazione di nuove elezioni. Le date dovevano essere quelle se si voleva evitare la coincidenza delle nuove elezioni con il periodo natalizio.
Feijoo ha ottenuto il sostegno di VOX senza che questo partito chiedesse di entrare nel governo. Ha ottenuto anche l'appoggio di Unión del Pueblo Navarro e Coalición Canaria. Sebbene abbia cercato di avvicinarsi al Partito Nazionalista Basco, al fine di raggiungere la maggioranza assoluta, questo partito si è rifiutato anche solo di negoziare, soprattutto a causa della presenza di VOX nella maggioranza che appoggiava il candidato del PP. In questo modo ha raggiunto solo 172 sostenitori, quattro in meno della maggioranza assoluta, e ha fallito nel tentativo di ottenere la fiducia della Camera. Nel dibattito ha colpito molto il fatto che il leader socialista, Pedro Sánchez, non abbia risposto a Feijoo, ma abbia chiesto al deputato socialista Óscar Puente, che aveva appena lasciato la carica di sindaco di Valladolid, di farlo. È stata la prima volta che il leader di un partito non ha risposto al candidato all'investitura.

3. Le trattative per l'investitura del Candidato socialista

Dopo il fallimento del tentativo di Feijoo, il Re ha tenuto un nuovo giro di consultazioni il 2 e 3 ottobre e in questa occasione ha proposto Pedro Sánchez, vista la sua "disponibilità a essere candidato", come si legge nel nuovo comunicato della Casa Reale.

Tuttavia, Sánchez non aveva ancora il sostegno necessario e nelle settimane successive si è svolta una lunga e faticosa trattativa, che non ha permesso di fissare la data del nuovo dibattito sull'investitura fino al 15 e 16 novembre.

Il 2 novembre è stato reso pubblico il patto tra il PSOE e ERC, l'altro partito indipendentista catalano con rappresentanza nel Congresso dei Deputati, che aveva già sostenuto il PSOE nella precedente legislatura. Il testo del patto introduce diversi elementi controversi: da un lato, prevede la figura di un mediatore internazionale che controllerà gli accordi tra le due parti; dall'altro, crea un Tavolo per il dialogo, il negoziato e l'accordo e patti che possono essere approvati dal popolo catalano, mantenendo così un Tavolo simile a quello che era già stato creato nella precedente legislatura.

Infine, c'è anche l'impegno ad approvare una legge di amnistia a beneficio di coloro che sono implicati nei vari crimini commessi nel processo di indipendenza catalana avviato da diverse forze politiche, che vengono processati dai tribunali spagnoli. A ciò si aggiungono altri impegni politici, in particolare per quanto riguarda il finanziamento della comunità autonoma della Catalogna, che si potrà vedere condonati 15 miliardi di debito contratto con lo Stato (attraverso il cosiddetto Fondo di Liquidità Autonomica, una linea di liquidità creata dal governo centrale per facilitare il finanziamento delle Comunità), oltre a rivedere il modello di finanziamento autonomico, in attesa di aggiornamento da anni.

L'accordo con Junts, il partito indipendentista di Puigdemont, si è fatto attendere, complicato dai dettagli della futura legge sull'amnistia. L'ultimo tratto dei negoziati si è svolto a Bruxelles, perché molti dei negoziatori (tra cui lo stesso Puigdemont) sono fuggitivi dalla giustizia spagnola e non possono entrare nel Paese, perché verrebbero arrestati. Infine, il 9 novembre, il patto è stato firmato e reso pubblico.

Rispetto all'accordo con ERC, va notato che, in questo caso, il contenuto della legge di amnistia è molto più dettagliato e il Partito Socialista assume un resoconto tendenzioso degli eventi che hanno avuto luogo in Catalogna negli ultimi anni, in particolare i due referendum illegali (nel 2014 e nel 2017) e la sfida all'ordine costituzionale portata avanti dal Parlamento catalano nel 2017. In questo modo, anche alcuni giuristi ed ex ministri socialisti hanno denunciato che il testo "imbianca e assume la narrativa indipendentista" (De la Quadra Salcedo).

Alcune sezioni dell'accordo sono dedicate a rilevare i "disaccordi" tra le due forze politiche, ma viene riconosciuta, come nel caso dell'accordo firmato con ERC, l'esistenza di un "conflitto politico" tra Spagna e Catalogna (come se si trattasse di due entità politiche diverse, mentre non è così). Allo stesso modo, si

assume la figura di un mediatore internazionale per monitorare l'accordo, la possibilità di un referendum che permetta ai cittadini che vivono in Catalogna di decidere il loro futuro, anche se Junts chiede che il suo oggetto sia l'autodeterminazione e che si svolga in conformità con l'articolo 92 della Costituzione, mentre il PSOE difende l'applicazione dello Statuto di autonomia e, in ogni caso, la sua modifica, che richiederebbe anche una consultazione popolare.

Mentre l'accordo di ERC riconosce che i referendum del 2014 e del 2017 sono stati illegali, nell'accordo di Junts il partito rivendica la validità delle consultazioni e la loro validità, sebbene il PSOE abbia dichiarato il suo disaccordo su questo punto. In ambito finanziario, Junts chiede il trasferimento del 100% di tutte le imposte pagate in Catalogna, attraverso una modifica della Legge Organica sul Finanziamento delle Comunità Autonome (LOFCA), cosa che sembra andare nella direzione di un regime fiscale autonomo, simile a quello dei Paesi Baschi e della Navarra.

Infine, per quanto riguarda l'amnistia, il contenuto della norma (che era già in fase di negoziazione parallela tra le due parti) è molto più dettagliato, tanto che si dice non solo che la legge dovrebbe includere sia i responsabili sia i cittadini che, prima e dopo la consultazione del 2014 e il referendum del 2017, sono stati oggetto di decisioni giudiziarie o processi legati a questi eventi, ma anche quanto segue: "le conclusioni delle commissioni d'inchiesta che saranno istituite nella prossima legislatura saranno tenute in considerazione nell'applicazione della legge di amnistia nella misura in cui potrebbero emergere situazioni che rientrano nel concetto di *lawfare* o di giudiziarizzazione della politica, con le conseguenze che, se del caso, potrebbero dare luogo ad azioni di responsabilità o a modifiche legislative". In altre parole, si cerca di legare gli effetti della futura legge di amnistia ai risultati delle commissioni parlamentari d'inchiesta che potrebbero indagare sull'operato dei giudici nell'applicazione dell'ordinamento giuridico alle condotte criminali in cui molte persone sono state coinvolte durante il processo di indipendenza catalano.

Mentre si negoziavano questi accordi, il Partito socialista ha cercato il sostegno di altre formazioni politiche. Bildu, il partito erede dello spazio politico che ha sostenuto il terrorismo dell'ETA, è stato tra i primi a fornire il proprio sostegno. Gli accordi specifici raggiunti con il PSOE non sono noti, poiché questo è l'unico patto che non è stato reso pubblico. Anche il Partito Nazionalista Basco si è impegnato a sostenere Sánchez grazie a diverse concessioni, soprattutto in ambito economico e anche per quanto riguarda la gestione della Previdenza Sociale, ma senza dimenticare i riferimenti al fatto che l'autogoverno basco "deve entrare urgentemente in una nuova fase di sviluppo ed espansione" e al "riconoscimento nazionale di Euskadi", oltre ad alcuni trasferimenti alla Comunità Foral di Navarra, il che è sorprendente, dato che è il PSOE a governare in Navarra, sebbene anche il PNV faccia parte della coalizione. A sostenere l'investitura sono stati anche Sumar (la nuova confluenza a sinistra del PSOE, che ha incluso

Podemos alle elezioni, ma che poi ha subito l'abbandono dei suoi 5 deputati), il Bloque Nacionalista Gallego e Coalición Canaria (che aveva sostenuto anche Feijoo). superando di tre la maggioranza assoluta necessaria per ottenere la fiducia della Camera.

4. Le conseguenze dei patti. La legge sull'amnistia e le commissioni d'inchiesta sulle presunte vicende giudiziarie

Il 13 novembre 2023, due giorni prima del dibattito sull'investitura, il gruppo parlamentare socialista al Congresso ha depositato una "Proposta di legge organica di amnistia per la normalizzazione istituzionale, politica e sociale in Catalogna". Era la condizione che Puigdemont aveva imposto per poter appoggiare Sánchez nell'investitura, che la legge iniziasse a essere elaborata. Sebbene inizialmente fosse previsto che la proposta fosse presentata da diversi gruppi parlamentari, alla fine il PSOE ha fatto da solo. Con la scusa che il Governo era in carica e non poteva presentare disegni di legge, si è utilizzata la via della proposta di legge parlamentare, evitando così il processo molto più lungo dei disegni di legge, che richiedono pareri da parte di diversi organi consultivi, tra cui il Consiglio di Stato e il Consiglio generale della magistratura.

Da quando si è cominciato a parlare di amnistia, già nel mese di agosto, come ovvia richiesta degli indipendentisti di sostenere Sánchez, gran parte della dottrina giuridica si è espressa in diversi mezzi di comunicazione, e talvolta in riviste specializzate.

La stragrande maggioranza dei costituzionalisti (di diversa sensibilità, come Aragón Reyes, Ruiz Robledo, ecc.) ha criticato l'amnistia, considerandola contraria alla Costituzione. Alcuni si sono concentrati sul punto di vista tecnico-giuridico, altri sul concetto politico di amnistia e sul suo significato in un regime costituzionale democratico, altri ancora hanno ritenuto che il Parlamento non avesse l'autorità per approvarla, in quanto si trattava di una funzione legislativa speciale che non poteva essere inclusa in quella ordinaria (de Miguel Bárcena), o la legittimità per approvarla (Cruz Villalón), in quanto non era stato un tema affrontato in campagna elettorale o, peggio ancora, in quanto i candidati socialisti avevano detto esattamente il contrario di quello che stanno facendo.

I partiti ad oggi favorevoli all'amnistia hanno criticato il fatto che si esprimesse un parere senza conoscere il testo della proposta, ma la discussione giuridica non riguardava una proposta specifica. Si trattava di analizzare, in astratto, se un'amnistia, qualsiasi amnistia, avesse un posto nella Costituzione spagnola, quando non c'è un'autorizzazione esplicita nel testo e quando, inoltre, gli "indulti generali" sono esplicitamente vietati.

Nell'ambito di questa polemica si è fatto ricorso al diritto comparato, spesso dimenticando (come si fa nella motivazione della proposta di legge ora all'esame del Congresso) che in altri Paesi europei, come

l'Italia e il Portogallo, l'amnistia è espressamente prevista dalla Costituzione, a differenza di quanto accade in Spagna. Inoltre, si tralascia anche il fatto che, nel processo costituente spagnolo, si è tentato di introdurre l'amnistia in diverse occasioni, attraverso vari emendamenti, che sono sempre stati respinti.

Quando è stato reso noto il testo specifico della proposta di legge organica, c'era ancora chi sosteneva che fosse necessario attendere la conclusione dell'iter parlamentare per poter esprimere un parere. È chiaro che non è stato così e che non deve essere così. L'accademia e l'opinione pubblica devono poter esprimere il proprio parere per contribuire anche a fornire idee e argomentazioni nel processo parlamentare. Ebbene, una volta conosciuto il testo, le opinioni critiche hanno continuato a susseguirsi (Aragón Reyes, Ruiz Robledo, Teruel Lozano), con qualche eccezione (García Roca).

Sebbene il Governo abbia difeso la correttezza tecnica del testo, vi è da dubitare che sia così. La motivazione, più lunga degli articoli stessi, contiene un resoconto distorto della realtà giuridica e sociale catalana e spagnola, della giurisprudenza della Corte costituzionale e di quella delle corti europee. Trae conclusioni errate o contrarie da alcuni testi internazionali e fa una lettura superficiale (se non falsa o contraddittoria) del diritto comparato: sotto un'apparente correttezza formale, gli errori sono molto evidenti. Ad esempio, fa paragoni con Paesi che, a differenza della Spagna, prevedono l'amnistia nella Costituzione. Fa esempi come l'amnistia approvata in Portogallo l'estate scorsa, in occasione della visita del Papa, ma non ricorda che si trattava di un provvedimento che riguardava i giovani e i condannati per reati minori, e che sembra più paragonabile a un indulto generale (vietato dalla Costituzione spagnola), visto anche che la disciplina dell'amnistia e dell'indulto in Portogallo (come in altri Paesi) presenta molte meno differenze che in Spagna.

Cita che ci sono state quasi cinquanta amnistie dalla Seconda guerra mondiale nei Paesi europei, ma non tiene conto che le ultime risalgono a trenta o quarant'anni fa, né della natura di queste amnistie: da un lato, sono previste dalla stessa Costituzione, dall'altro, sono state decise per lo più in relazione a cambi di regime (da dittature a democrazie) o alla fine di conflitti armati (come Algeri, nel caso della Francia). In altri casi, come quello della Germania, si nasconde addirittura che le amnistie dei primi anni dopo la Seconda guerra mondiale, e anche alcune successive, fossero legate alla guerra e al nazismo. In Germania non si usa la parola "amnistia", ma piuttosto "leggi che concedono l'immunità dall'azione penale" (*Straffreiheitsgesetz*), e le ultime sono state approvate a seguito di una riforma del Codice penale nel 1968 e nel 1970 per estendere l'eliminazione di alcuni reati a coloro che erano stati condannati in passato per averli commessi. Infine, nel settembre 2009, è stata approvata una legge di riabilitazione per coloro che erano stati condannati dai nazisti come traditori, ma non si tratta di un'amnistia nel senso in cui viene utilizzata in Spagna.

Allo stesso modo, la giurisprudenza della Corte costituzionale spagnola ha fatto riferimento all'amnistia, sempre in relazione alla legge del 1977, precedente alla Costituzione del 1978, che fa parte del "patto fondativo" o patto costituente, come riconosciuto nella stessa motivazione della proposta di legge. Come di solito accade nei passaggi da un regime totalitario a uno democratico, in Spagna ci sono state due amnistie: la prima è stata approvata con Decreto-Legge il 30 luglio 1976, con un governo presieduto da Adolfo Suárez, non ancora legittimato democraticamente, ma deciso a democratizzare il Paese. L'amnistia fu estesa nel marzo 1977, prima delle prime elezioni democratiche del giugno 1977. Con l'insediamento di un Parlamento democratico, fu approvata la Legge 46/1977 sull'amnistia (mentre veniva redatta una nuova Costituzione), la prima approvata dalle Cortes democratiche, su iniziativa dei gruppi politici antifranchisti. Si trattava, come si vede, della tipica amnistia tipica di un cambio di regime.

Quando, nel 1984, si tentò di estendere gli effetti della amnistia attraverso la Legge 1/1984, del 9 gennaio, la Corte Costituzionale la dichiarò incostituzionale nella più importante sentenza in materia emessa dalla nostra Alta Corte, la STC 147/1986, del 25 novembre. In questa sentenza, citata in modo parziale e distorto nella motivazione della nuova proposta di legge in corso di elaborazione, la Corte è stata molto chiara sulle caratteristiche dell'amnistia. Da un lato, ha affermato che "l'amnistia è sempre un istituto eccezionale" (considerato in diritto 5), "proprio del momento di consolidamento dei nuovi valori che serve" (considerato in diritto 2). Si potrebbe obiettare che ciò non esclude la sua costituzionalità, ma il TC aggiunge che "la concessione di un'amnistia implica un giudizio critico su un intero periodo storico, eliminando gli effetti negativi di alcuni tipi di leggi approvate durante il suo corso" (considerato in diritto 4). L'amnistia, quindi, fa parte di un cambio di regime, e il rimprovero è rivolto a un ordine che non è stato legittimato democraticamente, e quindi i suoi effetti vengono cancellati. Di conseguenza, a mio avviso, in base a questa giurisprudenza, una legge di amnistia nei confronti del "procés" catalano sarebbe costituzionale solo se giustificata dall'evidente ingiustizia o illegittimità delle norme applicate (Costituzione spagnola e Codice penale), come è accaduto con l'amnistia del 1977 nei confronti delle leggi di Franco. E ciò implicherebbe definire ingiusto il nostro sistema costituzionale, mettendolo sullo stesso piano del franchismo, cosa chiaramente insostenibile.

In ogni caso, gli argomenti contro la costituzionalità della legge di amnistia sono stati numerosi, anche se non tutti con la stessa forza.

In sintesi, forse i più rilevanti sono: (i) l'amnistia è vietata dalla Costituzione vigente, poiché se vieta il meno (gli indulti generali, che cancellano solo la pena), vieta il più (l'amnistia, che in questo caso sarebbe anch'essa generale, non individuale, e che cancella non solo la pena ma anche il reato); (ii) viola anche il principio di uguaglianza (non applichiamo certi articoli a certe persone, per l'intenzionalità con cui li hanno commessi, ma continuiamo ad applicarli al resto dei cittadini) e (iii) ignora il principio di

separazione dei poteri, la riserva di giurisdizione e persino l'indipendenza giudiziaria, impedendo ai tribunali di svolgere la funzione costituzionalmente prevista di giudicare e far rispettare ciò che è stato giudicato (art. 117 Cost.), oltre alla delegittimazione che essa rappresenta nei confronti dell'operato del Potere Giudiziario che ha già comportato l'applicazione dei precetti del Codice penale che ora vengono esentati per alcuni individui..

Tuttavia, il motivo principale per criticare la proposta è che si tratta di una legge arbitraria, poiché la giustificazione non è, come affermato nella motivazione, il miglioramento della convivenza in Catalogna, ma piuttosto, come hanno ammesso lo stesso Pedro Sánchez e i ministri del suo governo, si tratta semplicemente di ottenere i voti dei sostenitori dell'indipendenza per la loro investitura, cosa che è stata denunciata anche dalla dottrina (Carmona Contreras). In questo modo, inoltre, il potere legislativo verrebbe esercitato in modo radicalmente distante dal fine che lo giustifica, come è stato riconosciuto dicendo che è frutto di "necessità", in quanto non sarebbe al servizio dell'interesse generale e della convivenza, ma piuttosto di un interesse particolare.

Non è questo il momento di entrare in un'analisi approfondita degli articoli della proposta di legge, poiché bisognerà attendere la sua stesura definitiva dopo l'iter parlamentare. Tuttavia, ci sono alcuni aspetti eclatanti che introducono incertezza sugli effetti specifici della legge. Così, i soggetti che potrebbero beneficiare della legge stessa non sono chiaramente definiti, tanto che ci sono discrepanze anche tra i suoi negoziatori: alcuni (socialisti) parlano di circa 400; altri (sostenitori dell'indipendenza) alzano la cifra a 1.500. Se ci sono differenze tra gli stessi redattori della norma, possiamo immaginare i problemi di interpretazione giudiziaria a cui potrebbe dar luogo.

D'altra parte, l'arco temporale a cui si applicherebbe la legge è insolitamente lungo: dal 1° gennaio 2012 al 13 novembre 2023. Pertanto, la retroattività è estesa a più di undici anni indietro, ma c'è anche una clausola che permette la cosiddetta "ultra-attività", cioè può essere efficace nel futuro. Così, l'articolo 1.3 della proposta di legge prevede la sua applicazione agli atti la cui esecuzione è iniziata prima del 13 novembre, anche se la loro esecuzione finale è avvenuta dopo tale data. In altre parole, se nel giugno 2024 qualcuno commette un reato e viene arrestato in applicazione di un articolo del Codice penale di quelli esclusi dalla legge di amnistia, deve solo dichiarare di aver iniziato a preparare l'atto prima del 13 novembre, anche se il reato è stato commesso nel giugno 2024.

Infine, un altro precetto che colpisce è l'ultimo comma dell'articolo 4, paragrafo 4, che obbliga a revocare le misure cautelari eventualmente adottate nel corso di un procedimento giudiziario, anche quando viene presentato un ricorso o una questione di incostituzionalità contro la legge o una delle sue disposizioni. Ciò è in contrasto con l'articolo 35, paragrafo 3, della Legge Organica del Tribunal Constitucional (LOTC), che recita: "La sollevazione della questione di costituzionalità dà luogo alla sospensione

provvisoria del procedimento giudiziario fino a quando la Corte costituzionale non si pronunci sulla sua ammissibilità. Una volta ammessa, il procedimento giudiziario rimane sospeso fino alla pronuncia definitiva della Corte costituzionale sulla questione". Pertanto, la sospensione del procedimento è prodotta dalle disposizioni di quest'ultima norma, e non può essere modificata da un'altra legge, anche organica, in quanto la LOTC è una legge speciale che, peraltro, rientra nel consueto parametro utilizzato dalla Corte per valutare l'eventuale incostituzionalità delle leggi.

Ciò che non compare - almeno non direttamente o esplicitamente - nel testo iniziale della proposta di legge è un riferimento al cosiddetto *lawfare* che, come abbiamo visto, è incluso nel patto tra PSOE e Junts. È possibile che venga introdotto attraverso un emendamento nel corso dell'iter parlamentare. Quando si usa questo termine, molti non sanno nemmeno cosa significhi. Quello che si cerca di denunciare è un'ipotetica "giudiziarizzazione della politica", ma da un punto di vista che, in realtà, sublima le decisioni della maggioranza in democrazia, in modo tale da rifiutare la possibilità dell'esistenza di istituzioni contro-maggioritarie che abbiano il compito di fissare i limiti che la legge stabilisce per i poteri pubblici, anche nel caso di decisioni sostenute dalla metà più uno dei rappresentanti dei cittadini. Viene quindi utilizzato, come è stato evidenziato in Spagna (Silva Sánchez), in modo simile a quello utilizzato da alcuni governi di estrema sinistra in America Latina, per sostenere la loro protezione da eventuali indagini giudiziarie. Ma, in realtà, ciò che rivela è un rifiuto del principio dello Stato di diritto e della separazione dei poteri.

Non c'è bisogno di sottolineare la gravità di questa deriva rispetto all'operato della magistratura, che ha di fatto generato una reazione unanime da parte di tutte le associazioni di giudici, pubblici ministeri e giuristi in generale, di ogni tipo di sensibilità (conservatrice, moderata o progressista), e che ha portato migliaia di giuristi in Spagna a firmare numerosi manifesti in difesa dello Stato di diritto. Il più importante è forse quello promosso da una fondazione privata che da anni lavora per questo obiettivo (Hay Derecho), che è stato firmato da più di centomila giuristi.

5. Conclusione. Quale strada ci aspetta?

Quanto detto finora illustra la situazione attuale della Spagna, che si trova in una fase critica.

È prevedibile che la legge sull'amnistia venga approvata dalle Cortes Generales. Sebbene il Partito Popolare abbia la maggioranza assoluta al Senato, il veto alla legge non farebbe altro che ritardarne l'entrata in vigore, poiché una volta passato il Senato deve tornare al Congresso. La trattazione parlamentare della legge è stata dichiarata urgente dal Congresso, il che è altrettanto sorprendente. Una legge importante come questa, che è un rimprovero allo stesso sistema giuridico democratico e presuppone la narrazione dell'indipendenza catalana, dovrebbe essere elaborata in modo ponderato e

lento, poiché in qualche modo vengono messe in discussione le fondamenta del nostro regime costituzionale. Tuttavia, si vuole fare in fretta.

La dichiarazione d'urgenza è stata preventivamente respinta dal Senato. La Costituzione stabilisce il legame tra il Senato e la dichiarazione di urgenza da parte del Congresso, nel caso di disegni di legge provenienti dal Governo (art. 90.3). Ma questo stesso criterio era sempre stato applicato alle proposte legislative, e anche la Corte Costituzionale aveva avallato questo trattamento simile. Tuttavia, il PP ha fatto valere la sua maggioranza per riformare il Regolamento del Senato, stabilendo che il Senato non sarà vincolato dalla dichiarazione di urgenza del Congresso nel caso di proposte di legge. La differenza è che, se viene applicata l'urgenza, la procedura al Senato dura 20 giorni. Se non viene applicata, la procedura dura due mesi. Questa riforma potrebbe consentire di ritardare l'entrata in vigore della legge, ma si tratta di una manovra pericolosa, poiché, da un lato, riforma unilateralmente il Regolamento e, dall'altro, è molto probabile che ci troviamo di fronte a una modifica che sarà dichiarata incostituzionale dalla Corte Costituzionale, alla quale la minoranza socialista del Senato ha fatto ricorso.

In ogni caso, la legge sarà approvata prima o poi, perché il Congresso la approverà nuovamente quando tornerà dal Senato. Ciò avverrà prevedibilmente nel febbraio o marzo 2024. Da quel momento in poi, i tribunali dovranno applicarla entro due mesi, su richiesta delle parti interessate. Ma è prevedibile che, qualora ravvisino problemi di costituzionalità o di contrasto con il diritto dell'UE, alcuni di questi tribunali presentino due tipi di ricorsi: da un lato, una questione di incostituzionalità davanti alla Corte Costituzionale; dall'altro, una questione pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia dell'UE, soprattutto su alcune sezioni della legge (in particolare quelle che amnistiano i reati di terrorismo e i reati economici come l'appropriazione indebita). Entrambi i ricorsi avranno l'effetto di sospendere la procedura giudiziaria, il che significa che entreremo in un periodo di transizione in cui la legge sull'amnistia non si applicherà, ma poiché le procedure giudiziarie sono sospese, le persone interessate potranno agire come se tali processi non esistessero. Tutto ciò, al di là dei problemi interpretativi che la legge può comportare, come ho già spiegato , nei confronti dei soggetti che potranno o meno beneficiare della nuova norma.

D'altro canto bisognerà stare attenti anche all'evoluzione di eventuali commissioni parlamentari d'inchiesta sull'attività dei tribunali. Al momento sono già state registrate diverse richieste da parte dei partiti indipendentisti, e alcune commissioni sono già state approvate. L'oggetto di studio non è direttamente l'operato dei giudici, ma sarà necessario vedere come si evolve. In quest'area, la Commissione europea potrebbe intervenire se vengono individuate chiare violazioni del principio dello Stato di diritto o della separazione dei poteri. Il Commissario Reynders ha già messo in guardia su questo aspetto, non solo in relazione alla legge sull'amnistia, ma anche a eventuali commissioni d'inchiesta.

In ogni caso, non sembra molto probabile che vi siano eventuali azioni da parte della Commissione per tutto il 2024, fino all'istituzione della nuova Commissione, negli ultimi quattro mesi dell'anno. I ritmi politici sembrano suggerire che fino ad allora l'unica istituzione europea che potrebbe agire è la Corte di Giustizia.

Elezioni anticipate e conferma del governo di coalizione: l'evoluzione della forma di governo spagnola*

di Marco Benedetti
Dottorando in Scienze giuridiche
Università di Pisa

Abstract [It]: Il saggio prende spunto dalla cronaca costituzionale spagnola del 2023 per un commento critico e comparato sugli aspetti giuridici che presidiano lo scioglimento anticipato del parlamento e la formazione del nuovo governo, nonché su ruolo e poteri del Presidente del Governo e della Corona. Tale focus è utile per tracciare l'evoluzione della forma di governo spagnola: da un lato la conferma dei governi di coalizione innestati su un nuovo bipolarismo, dall'altro il rinnovato protagonismo dei partiti indipendentisti nella formazione del governo centrale.

Title: From the snap election to the new coalition government: the evolution of the Spanish form of government
Abstract [En]: This essay takes its cue from Spanish constitutional chronicle in 2023 for a critical and comparative commentary on the legal aspects that rule the dissolution of parliament, the new government formation, but also on the roles of the President of the Government and the Crown. This focus is useful in order to trace the evolution of the Spanish form of government: on the one hand the confirmation of the coalition governments in the context of a new bipolarism, on the other hand the renewed protagonism of regional parties in the formation of the national government.

Parole chiave: Spagna, elezioni, formazione del governo, *hung parliament*, forma di governo
Keywords: Spain, election, government formation, hung parliament, form of government

Sommario: **1.** Introduzione e oggetto di indagine. **2.** Lo scioglimento anticipato delle Cortes e l'*adelanto electoral*. **3.** Commento critico dei risultati delle elezioni generali del luglio 2023. **4.** Il dibattito sull'individuazione del candidato all'investitura. **5.** Il fallimento dell'investitura di Feijóo e l'incarico a Sánchez. **6.** La formazione del nuovo *gobierno de coalición*. **7.** Riflessioni sull'evoluzione della forma di governo spagnola. **8.** Conclusioni.

1. Introduzione e oggetto di indagine

La Spagna ha funzionato per decenni come una democrazia decidente fondata su un sistema politico tendenzialmente bipartitico (definito dall'endiadi *bipartidismo imperfecto*)[1] e sulla razionalizzazione della

* Articolo sottoposto a referaggio.

[1] La semplificazione del sistema politico spagnolo si regge anche su un sistema elettorale che formalmente ha un'impostazione proporzionale, ma che tramite la peculiare architettura dei collegi plurinominali realizza in concreto effetti tendenzialmente maggioritari, producendo un'elevata soglia di sbarramento effettiva (in particolare se applicata alle province meno popolose). Ed infatti, anche alle ultime elezioni, in oltre un terzo delle circoscrizioni (18 su 50) i seggi sono stati ripartiti solo tra i due principali partiti politici. Sulle ragioni storiche e sul funzionamento del sistema elettorale spagnolo si rimanda a J.R. MONTERO, C. FERNÁNDEZ ESQUER, *El sistema electoral: "Lo malo conocido?"*, in AA. VV., *España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas*, vol. 2, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2018, pp. 1639-1656. Sul sistema politico spagnolo si rinvia invece a O. BARBERÀ ARESTÉ, P. CORREA, *Los partidos políticos en España*, in J.M. RENIU I VILAMALA (a cura di), *Sistema político español*, Huygens editorial, Barcelona, 2018, pp. 313-340. Sull'evoluzione del sistema partitico v. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*

forma di governo[2], nonché sulla collocazione istituzionale privilegiata di cui gode il *Presidente del Gobierno* (analogamente al Regno Unito, la dottrina ha parlato in proposito di un parlamentarismo a prevalenza del Primo ministro[3]). In premessa è bene chiarire come in questa sede si voglia considerare la forma di governo nella concezione più ampia[4], ovvero comprensiva del sistema dei partiti (che proprio in Spagna è stato interessato negli ultimi anni da un'importante evoluzione). Fino a tempi recenti *Partido Popular* (*PP*) e *Partido Socialista Obrero Español* (*PSOE*) si alternavano al potere, coi rispettivi leader a capo di governi monocolore[5], ovvero composti da ministri di un solo partito. Tale bipartitismo imperfetto si è rotto a partire dall'ascesa di *Podemos* (2014)[6]: da allora ha preso il via un decennio di mutamento profondo del sistema politico, dapprima evolutosi in un multipartitismo frammentato[7], per approdare in ultima istanza a un nuovo bipolarismo di stampo coalizionale.

Lo sgretolamento del precedente sistema politico ha portato così a mettere in discussione alcuni caratteri strutturali della forma di governo spagnola, tra questi il rifiuto della formula coalizionale e la coincidenza tra leader vincitore delle elezioni e capo del governo. Due episodi possono essere richiamati in tal senso: la formazione per la prima volta, nel 2018, di un governo guidato dal leader della seconda forza

comparato, Wolters Kluwer, Milano, 2022, p. 682, secondo il quale il sistema dei partiti, successivamente alla fase del cd. consenso costituente, «si è poi sviluppato in senso bipolare anche se negli ultimi anni il numero dei partiti con rappresentazione parlamentare è aumentato».

[2] Si pensa in particolare all'istituto della sfiducia costruttiva, per la cui trattazione organica cfr. M. FRAU, *La sfiducia costruttiva*, Cacucci Editore, Bari, 2017. Per una prospettiva evolutiva dello strumento, alla luce delle ultime applicazioni in Spagna, v. M. BENEDETTI, *La funzione strumentale della sfiducia costruttiva. La seconda* moción de censura *al Governo Sánchez, verso le elezioni generali 2023*, in *DPCE online*, n. 2, 2023, pp. 1557-1578.

[3] A. BARBERA, C. FUSARO, *Il governo delle democrazie*, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 76. In dottrina si è giunti a evidenziare una tendenza presidenzialista nel sistema di governo parlamentare spagnolo (*inter alia* cfr. J.L. PÉREZ FRANCESCH, *El gobierno*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 61 ss.; L. PICARELLA, *Presidencialización y personalización en el Sistema Político Español,* in *Revista Enfoques*, 7, n. 11, 2009, pp. 515-544). Si rimanda infine a R. BLANCO VALDÉS, *Il parlamentarismo presidenzialista spagnolo*, in A. DI GIOVINE, A. MASTROMARINO (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 104 ss.

[4] Nel presente contributo si aderisce a una nozione di forma di governo riconducibile a quella delineata in L. ELIA, *Governo* (forme di), in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 634 ss., dunque strutturalmente comprensiva delle dinamiche inerenti al sistema dei partiti. Per una concezione più attenta al dato normativo, sebbene consapevole dell'importanza del ruolo condizionante dei partiti cfr. M. LUCIANI, *Governo* (forme di), in *Enc. Dir.*, Annali III, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 551 ss. Sulla necessità di un approccio non formalistico al tema, pur riconoscendo la relativa autonomia tra forma di governo e sistema politico cfr. M. VOLPI, *Le forme di governo contemporanee tra modelli teorici ed esperienze reali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 1997, pp. 251-252. Si rimanda anche alle considerazioni svolte successivamente in M. VOLPI, *Il metodo nello studio e nella classificazione delle forme di governo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2015, pp. 138-142, dove si sottolinea che lo stesso Elia avrebbe riconosciuto in tempi più recenti come fosse preferibile parlare di carattere condizionante (anziché costitutivo) dei sistemi di partito, assecondando così l'esigenza per la dottrina di tenere distinti struttura e funzionamento delle forme di governo.

[5] Cfr. J.M. COLOMER, *Political institutions in a comparative perspective*, in D. MURO, I. LAGO (a cura di), *The Oxford Handbook of Spanish Politics,* Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 160.

[6] Cfr. S. CECCANTI, *Lo sconvolgimento del sistema dei partiti in Spagna*, in *federalismi.it*, n. 4, 2015.

[7] Cfr L. FROSINA, *La maratona elettorale spagnola. Dal* bipartidismo imperfecto *al* multipartidismo fragmentado, in *federalismi.it*, n. 10, 2019, pp.1-21; M. VOLPI, *La crisi del modello maggioritario tra sistemi elettorali e forme di governo*, in *Teoria politica. Nuova serie Annali [Online]*, n. 8, 2018, p. 190; R.L. BLANCO VALDÉS, *El año que vivimos peligrosamente: del bipartidismo imperfecto a la perfecta ingobernabilidad*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 109, 2017, pp. 63-96.

parlamentare (ci si riferisce al Governo Sánchez I, insediatosi all'esito di una mozione di censura riuscita nei confronti di Mariano Rajoy)[8]; la nascita del primo governo di coalizione nel gennaio 2020, quando il patto suggellato tra il socialista Sánchez e il leader di *Unidas Podemos* Pablo Iglesias diede i natali a un Esecutivo formato, per la prima volta, da ministri di ambo le forze politiche.

Nella parabola evolutiva della forma di governo spagnola fin qui descritta, il presente contributo mira a riflettere sulle vicende inerenti alle elezioni generali dello scorso luglio 2023 e ai successivi sviluppi che hanno portato alla formazione del terzo governo Sánchez, ricostruendone gli avvenimenti cruciali e promuovendo una riflessione giuridica attorno ai relativi caratteri di continuità e discontinuità. Partendo dal protagonismo del *Presidente del Gobierno*, che esercitando in via discrezionale il potere di scioglimento di cui all'art. 115 *CE* ha preso in contropiede le opposizioni, precipitando il Paese verso elezioni anticipate, passando per i risultati (in parte inattesi) delle elezioni generali, che hanno visto una nuova polarizzazione attorno ai due principali partiti, sino a descrivere le tappe verso la formazione del nuovo Esecutivo. Il focus sarà puntato dapprima sulle consultazioni e sul delicato dibattito attorno all'esercizio del potere del Re di cui all'art. 99 *CE*, nella parte in cui disciplina la proposta del Presidente del Governo candidato all'investitura parlamentare, poi sul fallito tentativo del popolare Feijóo di ottenere la fiducia dal Congresso, e in seguito sulle negoziazioni che hanno portato al successo della nuova investitura a favore di Pedro Sánchez, in forza di un inedito accordo inclusivo di entrambe le forze politiche catalane rappresentate al Congresso.

Infine, non si potrà non riflettere sul significato costituzionale di tutti questi avvenimenti e sulla riedizione del governo di coalizione: una conferma, seppur con sfumature diverse, dell'evoluzione che ha interessato la forma di governo spagnola nell'ultimo decennio, per di più con una rinnovata centralità dei partiti nazionalisti (mai così decisivi, nonostante il calo elettorale patito dagli indipendentisti catalani).

2. Lo scioglimento anticipato delle *Cortes* e l'*adelanto electoral*

Prima delle elezioni municipali e autonomiche del 28 maggio 2023, l'orizzonte e capolinea del governo di coalizione, con la fine naturale della legislatura e l'indizione di nuove elezioni generali, era fissato per la fine dell'anno, e in tal senso si erano impegnati con dichiarazioni pubbliche tanto il Presidente del Governo Pedro Sánchez (Segretario generale del *PSOE*) quanto la Vicepresidente Seconda Yolanda Díaz (a sua volta leader dell'allora costituendo *rassemblement* di sinistra *Sumar*). I risultati delle elezioni locali però, con la netta sconfitta della coalizione di governo, si rivelavano più devastanti del previsto per le

[8] Il primo governo Sánchez nasce in corso di legislatura, grazie a una mozione di censura costruttiva vinta dai socialisti contro il governo di Mariano Rajoy. Per una ricostruzione critica della vicenda v. F. LONGO, *La sfiducia costruttiva in Spagna: regole e regolarità nella forma di governo parlamentare, a partire dall'avvicendamento Rajoy-Sánchez*, in *DPCE online*, n. 4, 2018, pp. 1267-1273; v. anche cfr. C. VIDAL PRADO, *Sfiducia costruttiva in Spagna?*, in *DPCE online*, n. 4, 2018, pp. 1263-1266.

prospettive dell'Esecutivo. Non solo il partito del Presidente perdeva la sfida in ben nove delle dodici Comunità autonome che andavano a rinnovo[9], ma le elezioni concomitanti in tutti i municipi spagnoli fotografavano il ribaltamento dei rapporti di forza nell'intero Paese[10]: il *Partido Popular* guadagnava la prima posizione con il 31,5% dei voti a livello nazionale (raccogliendo i voti in libera uscita dal morente *Ciudadanos*), mentre il *Partido Socialista Obrero Español* scivolava al secondo posto con il 28,1% e *Vox* si fermava al 7,2%. A segnare la sconfitta del governo era invero la pessima *performance* dell'area politica che si colloca alla sinistra del *PSOE:* proprio le divisioni interne allo schieramento e il crollo dell'area *morada*, in combinazione con la sussistenza di significative soglie di sbarramento per l'accesso ai consigli municipali e regionali, spiegano la sconfitta della coalizione di governo alla prova dei numeri, una disfatta misurabile in termini di investiture riuscite, rispettivamente, di *alcaldes* e di Presidenti.

Tale risultato negativo, già preconizzato nel senso di un cambio di ciclo a favore della destra, ma imprevisto nella dimensione del risultato, ha spinto Sánchez alla scelta azzardata di convocare elezioni anticipate in luglio (anziché per la normale scadenza di legislatura, ovvero dicembre 2023)[11].

E così in meno di ventiquattro ore, già la mattina del 29 maggio, il *Presidente del Gobierno* Pedro Sánchez annunciava pubblicamente di aver richiesto al Re Felipe VI lo scioglimento delle *Cortes* e l'indizione di elezioni anticipate ai sensi dell'art. 115.1 *CE*[12], avvallate anche dal Consiglio dei ministri[13]. Tra le ragioni che spiegano la scelta a sorpresa del Presidente, imprevista fino ad allora dagli analisti, si possono menzionare alcune ipotesi di argomenti: da un lato le elezioni anticipate avrebbero evitato la mesta prospettiva di mesi di prevedibile logoramento interno alle forze di governo (anche allo stesso *PSOE*), costringendo l'ala sinistra della coalizione (in particolare *Podemos*) a cessare il fuoco amico e serrare i ranghi attorno a Yolanda Dìaz e alla sua nuova formazione *Sumar*; dall'altro il calcolo che le sessioni di investitura

[9] Per consultare i risultati delle elezioni in ogni Comunità autonoma, v. il sito di *RTVE*.

[10] I dati riportati, aggregati per partito politico a livello nazionale, sono elaborati e pubblicati sul sito di *RTVE*.

[11] Ai sensi dell'art. 68 *CE* il Congresso ha un mandato di durata quadriennale.

[12] Si riporta il testo dell'articolo 115 della Costituzione Spagnola, tradotto sul sito del *BOE*: «1. Il Presidente del Governo, previa delibera del Consiglio dei ministri e sotto la sua esclusiva responsabilità, potrà proporre lo scioglimento del Congresso, del Senato e delle Cortes Generali, che sarà decretato dal Re. Il decreto di scioglimento fisserà la data delle elezioni. 2. Non potrà presentarsi proposta di scioglimento quando sia già stata depositata una mozione di censura. 3. Non si procederà a nuovo scioglimento prima che trascorra un anno dall'antecedente, salvo quanto disposto nell'articolo 99, comma 5».

[13] In Spagna il potere di scioglimento del Presidente del Governo prescinde dalla deliberazione del Consiglio dei ministri, un passaggio formale che si configura come dovuto ma non vincolante: la responsabilità finale della decisione spetta al vertice dell'Esecutivo. Cfr. S. CECCANTI, *Spagna: Aznar scioglie le Cortes e convoca elezioni per il 14 marzo: la forma del decreto di scioglimento in una forma di Governo "a premierato"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2006; cfr. A. I. DUEÑAS CASTRILLO, *La disolución de las Cortes generales y la convocatoria anticipada de Elecciones. ¿qué está ocurriendo en España?,* in *Diritti Comparati*, 7 giugno 2023. A differenza di quanto si è letto su certa stampa italiana, è utile segnalare come in Spagna lo scioglimento anticipato delle *Cortes* non comporti le dimissioni del Presidente del Governo, che anzi resta in carica pure successivamente alla celebrazione delle elezioni come capo del governo in funzione e fino all'insediamento del nuovo governo (cessando l'incarico solo una volta che il nuovo Presidente del governo abbia ottenuto la fiducia da parte del Congresso dei deputati).

nelle neoelette assemblee rappresentative dei municipi e della comunità autonome (la maggior parte delle quali fissate tra i mesi di giugno e luglio) avrebbero esposto i Popolari ad accordi obbligati con *Vox* e dunque polarizzato una parte del voto moderato a favore dei socialisti.

L'accelerazione di Sánchez nell'optare per un *adelanto electoral,* seppur oggetto di un grande dibattito pubblico rispetto ai tempi e all'opportunità[14], è altresì inattaccabile sotto il profilo giuridico. In Spagna, infatti, la *dissolución voluntaria* delle camere è un potere sostanzialmente governativo[15] (similarmente a quanto avviene nel Regno Unito, almeno quando il Primo Ministro abbia il pieno controllo del proprio partito, e contrariamente al sistema italiano), che rientra più precisamente nella discrezionalità del Presidente del Governo, e ciò avviene nonostante sia il Re l'organo che formalmente, ai sensi dell'articolo 62, lettera b) *CE*, emana il decreto reale di dissoluzione, pubblicato poi nel Bollettino Ufficiale dello Stato (*BOE*). Del resto, con riferimento al rapporto tra potere esecutivo e legislativo, la forma di governo razionalizzata spagnola risulta decisamente sbilanciata a favore del capo del governo: mentre il potere delle *Cortes* di sfiduciare il governo risulta limitato dall'istituto della *moción de censura*, configurata come sfiducia costruttiva, al contrario il potere del Presidente del Governo di scioglimento delle *Cortes* risulta sostanzialmente incondizionato[16]. In tempo di pace le uniche eccezioni a tale assunto sono date dall'impossibilità di sciogliere le camere nel primo anno di legislatura (art. 115.3 *CE*), ovvero dall'ipotesi di pendenza proprio di una sfiducia costruttiva: in forza dell'art. 115.2 *CE*, infatti, la formale presentazione di una mozione di censura inibisce temporaneamente il potere presidenziale di scioglimento anticipato.

[14] Tra gli elementi di valutazione, si consideri che le elezioni anticipate e le successive vicende della formazione del governo si sono inserite nel pieno della Presidenza spagnola del semestre europeo (secondo semestre 2023).

[15] La Costituzione Spagnola regola, invero, alcuni casi di scioglimento automatico delle *Cortes*: si parla a proposito di *disoluciones automaticas*, in contrapposizione alle dissoluzioni di carattere volontario. Si tratta di situazioni in cui la dissoluzione da parte del Re è necessitata e sfugge dunque alla disponibilità del Presidente del Governo: nel caso previsto dal quinto paragrafo dell'articolo 99 *CE*, ovvero a inizio legislatura quando siano trascorsi due mesi a partire dal fallimento del primo voto di investitura; nonché nel caso di revisione totale o parziale dei principi fondamentali della Costituzione (art. 168 *CE*). Sulla configurazione del potere di scioglimento anticipato delle *Cortes* come potere discrezionale del Premier si veda S. CECCANTI, *Spagna: Aznar scioglie le Cortes*, *cit*., p. 1.

[16] Sul punto si rimanda alla classificazione operata in M. FRAU, *La sfiducia costruttiva*, *cit*., pp. 177 ss., dove si riflette sull'istituto spagnolo della *moción de censura* come esempio di sfiducia costruttiva spuria. Tale definizione poggia sullo strapotere del Presidente del Governo rispetto al Parlamento e sulla limitata razionalizzazione della forma di governo spagnola con riferimento al lato dell'Esecutivo. A tale modello è contrapposta la sfiducia costruttiva sistemica realizzata nell'ordinamento tedesco, caratterizzata invece dal perfetto coordinamento con gli istituti della questione di fiducia (*rectius* mozione di fiducia) e dello scioglimento anticipato (*ivi*, pp. 122-129). Ai sensi dell'art. 68 della Legge fondamentale tedesca, l'eventuale reiezione della questione di fiducia non comporta l'obbligo di dimissioni dell'Esecutivo, bensì la possibilità per il Cancelliere di innescare lo scioglimento anticipato del *Bundestag* (salvo che questo sia in grado di eleggere a maggioranza assoluta un nuovo Cancelliere): si invera così un equilibrio ideale tra Esecutivo e Legislativo, nel quale, in ultima istanza, è il secondo a prevalere (purché sia in grado di esprimersi tramite una maggioranza costruttiva).

Come prevede lo stesso articolo 115 della Costituzione, la data delle nuove elezioni è fissata dallo stesso decreto reale di scioglimento[17], che la *LOREG*[18] fissa esattamente il cinquantaquattresimo giorno dallo stesso: nel caso di specie è stata individuata la data di domenica 23 luglio 2023, celebrando così, per la prima volta nella storia costituzionale spagnola, la convocazione di comizi elettorali in piena estate[19].

3. Commento critico dei risultati delle elezioni generali del luglio 2023

Se le elezioni locali del 28 maggio sembravano ipotecare per i Popolari una verosimile vittoria in vista dell'appuntamento nazionale, le elezioni generali hanno restituito invece un'immagine di equilibrio tra le due coalizioni di destra e sinistra (Popolari e *Vox* hanno raccolto insieme[20] il 45,4% dei voti, mentre Socialisti e *Sumar* hanno totalizzato il 44%), fotografando un paese diviso. A dispetto dei timori di una scarsa partecipazione, legati all'opportunità di celebrare elezioni nel mese di luglio inoltrato, l'affluenza si è dimostrata resiliente, assestandosi a quasi 25 milioni di votanti su oltre 37 milioni di aventi diritto: in termini percentuali 66,59%, addirittura in crescita di quattro decimali rispetto alle elezioni parlamentari precedenti (tenutesi nel novembre 2019).

Mentre il rinnovo della componente elettiva del *Senado* ha consegnato la maggioranza assoluta della Camera alta al Partito Popolare, più frastagliata è la suddivisione al Congresso dei deputati (quest'ultimo è l'unico rilevante, ai fini della formazione del governo)[21].

Nella tabella che segue si riportano i risultati[22] delle elezioni generali tenutesi il 23 luglio 2023, rappresentandovi non solo il dato dei voti in termini assoluti e relativi, ma anche la conseguente ripartizione dei seggi in seno al Congresso dei deputati. In grigio sono evidenziati i partiti che hanno

---

[17] *Real Decreto 400/2023, de 29 de mayo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones*, pubblicato in *BOE*, n. 128, del 30 maggio 2023, pp. 74164-74167.

[18] *Ley Organica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General*, art. 42.1.

[19] In passato si erano già celebrate elezioni generali nella stagione estiva, ma non oltre il mese di giugno. La circostanza dell'indizione di elezioni in piena estate è stata dunque oggetto di critiche da parte delle opposizioni nei confronti di Sánchez, accusato di voler allontanare le persone dal voto. Rilievo poi superato nei fatti dall'affluenza alle urne registrata, che è risultata addirittura in aumento rispetto alle elezioni generali precedenti (si rimanda sul punto *infra* al paragrafo 3).

[20] Trattasi di una mera (e ipotetica) somma aritmetica, posto che non si parla di coalizioni preelettorali.

[21] Giova ricordare che nell'architettura istituzionale spagnola sono due le assemblee legislative a livello statale, ma solo il Congresso dei deputati esprime la fiducia al governo: anche per questo analisi del voto ed equilibri politici si misurano prevalentemente sui voti espressi per il Congresso dei deputati, e sulla relativa traduzione in seggi. Il *Senado de España,* che pure è importante perché può incidere (limitatamente) sul processo legislativo nonché su altre questioni istituzionali, ha peraltro (per la componente di elezione diretta) un meccanismo elettorale divergente e con effetti maggioritari più accentuati rispetto alla Camera bassa (cfr. S. CURRERI, *Partiti e gruppi parlamentari nell'ordinamento spagnolo*, Firenze University press, Firenze, p. 118, secondo il quale «il sistema elettorale del *Senado*, quindi, non corregge, ma anzi, amplifica le dis-proporzionalità elettorali e le disparità territoriali presenti in quello del *Congreso*»). Anche per questo, con le elezioni del 23 luglio 2023 il *PP* ha riconquistato la Camera alta strappandola ai socialisti: allo stato attuale il *PP* (da solo) vanta una maggioranza assoluta di 143 senatori su un totale di 263 seggi. Segue il gruppo socialista con 87 senatori, e poi gli altri gruppi parlamentari minori (prevalentemente raggruppamenti di sinistra o indipendentisti).

[22] Cfr. *Resolución de 30 de agosto de 2023*, della Presidenza della Giunta Elettorale Centrale, tramite la quale si pubblica il riassunto dei risultati delle elezioni al Congresso dei Deputati e al Senato, pubblicata in *BOE*, n. 209, del 1° settembre 2023, pp. 122201-122274.

partecipato all'investitura del governo uscente (Sánchez II), secondo distinte formule di posizionamento: coalizione di governo (*PSOE*, *UP* – oggi *Sumar*), appoggio esterno[23] (è il caso di *PNV* e *BNG)* e astensione (*ERC*, *EHB*).

Lista	Voti 2023	% 2023[24]	Seggi 2023 (deputati)	Seggi uscenti (deputati)
Partido Popular	8 160 837	33,06 %	**137**	89
Partido Socialista Obrero Español[25]	7 821 718	31,68 %	**121**	120
Vox	3 057 000	12, 38 %	**33**	52
Sumar	3 044 996	12,33 %	**31**	38
Esquerra Republicana de Catalunya	466 020	1.89 %	**7**	13
Junts per Catalunya	395 429	1,60 %	**7**	8
Euskal Herria Bildu	335 129	1,36 %	**6**	5
Partido Nacionalista Vasco	277 289	1,12 %	**5**	6
Bloque Nacionalista Galego	153 995	0,62 %	**1**	1
Coalición Canaria	116 363	0,47 %	**1**	2
Unión del Pueblo Navarro	52 188	0,21 %	**1**	2

Alla luce dei dati presentati, l'esito delle ultime elezioni si potrebbe commentare criticamente in pochi punti salienti: i) i Popolari conquistano il primo posto alla luce di un'avanzata significativa, ma comunque insufficiente a compensare il crollo di *Vox*; ii) contro le aspettative il partito del Presidente Sánchez (*PSOE*) non solo resiste, ma addirittura cresce in termini di voti e di seggi[26]; iii) *Sumar* riesce a fermare la fuga di consensi in uscita dal predecessore *Unidas Podemos*, con un risultato di tenuta comunque migliore rispetto a *Vox*. In generale si osserva una polarizzazione del voto attorno ai due principali partiti: se la

[23] In questo contesto per appoggio esterno si intende, in senso stretto, la posizione di quei gruppi che votano Sì al voto di fiducia iniziale pur senza entrare nella compagine governativa tramite ministri del proprio partito.
[24] Per favorire un confronto diacronico della forza elettorale dei partiti, si forniscono le percentuali ottenute dagli stessi alle precedenti elezioni generali del novembre 2019: *PSOE* (28%), *PP* (20,8%), *Vox* (15,1%), *UP* con *En Comù* (12,1%), *Ciudadanos* (6,8%), *ERC* (3,6%), *JxCat* (2,2%).
[25] Il dato del *PSOE* include anche i suffragi in favore del partito gemello *PSC* (Partito dei Socialisti di Catalogna).
[26] La crescita del *PSOE* è dovuta soprattutto al recupero dei consensi in Catalogna, dove i socialisti catalani sono tornati ad essere il primo partito della regione (il *PSC* ha addirittura raccolto da solo più voti di quelli dati dalla somma dei partiti indipendentisti).

somma di *PP* e *PSOE* nel 2019 dava meno del 49% dei consensi, nel 2023 questi raccolgono insieme il 64,8% (marcando una crescita di oltre 15 punti percentuali), registrando al contempo il ridimensionamento dei due partiti più esterni all'arco politico, la crisi di consensi delle forse nazionaliste (in particolare gli indipendentisti catalani) e la scomparsa dell'opzione liberale di *Ciudadanos*[27].

Per quanto concerne la formazione del governo, con l'art. 99 *CE* che richiede un voto di fiducia iniziale da parte del Congresso a maggioranza assoluta (semplice in seconda votazione), nessuna delle due coalizioni predeterminate (o predeterminabili) è risultata in grado di aggregare un tale pacchetto di voti; pertanto, si sono rivelati ancora una volta decisivi i voti dei partiti nazionalisti locali, nonostante l'arretramento elettorale di questi in favore dei socialisti.

In termini di seggi *Vox* e *PP* hanno mancato infatti l'obiettivo di un'investitura, poiché nemmeno sommati insieme vantano la maggioranza necessaria per la formazione di un governo. Il *Partido Popular*, partito di maggioranza relativa, nonostante la spinta data dagli effetti maggioritari del sistema elettorale spagnolo, si è fermato a 137 seggi. Cifra che sommata al seggio del tradizionale alleato *UPN* e ai seggi derivanti da un eventuale accordo con *Vox* sale a 171 deputati, comunque insufficienti per vincere un voto di investitura.

Quanto alla ritrovata centralità dei deputati nazionalisti (locali)[28], e in particolare dei 7 voti di *Junts per Catalunya*[29], questi si sono rivelati (numeri alla mano) indispensabili per consentire una riedizione del *gobierno de coalición*, progressista e ancor più plurinazionale, guidato da Pedro Sánchez. Lungo questa strada

[27] In seguito alla sconfitta totale subita alle elezioni autonomiche del 28 maggio (*Ciudadanos* non è riuscita a rieleggere nessun consigliere nelle assemblee delle Comunità autonome e nemmeno nelle città principali), due giorni dopo il Comitato nazionale del partito ha annunciato la decisione di non presentarsi alle elezioni generali.

[28] Nel sistema politico spagnolo con il termine "nazionalisti" si fa riferimento ai partiti indipendentisti locali e in generale a qualunque altro partito che rivendichi una nazionalità di carattere locale (la nazionalità da questi rivendicata è beninteso quella catalana o basca, non la spagnola). Fondamentali per la formazione del nuovo governo si sono rivelati i partiti catalani *ERC* e *Junts*, i baschi *EH Bildu* e *PNV*, nonché il *Bloque Nacionalista Galego*. Mentre lo storico carattere indipendentista di questi soggetti ha favorito il dialogo con il *PSOE* e quindi una nuova investitura per Pedro Sánchez (appare inverosimile che uno qualsiasi dei soggetti elencati possa partecipare a un accordo di investitura patrocinato dal *PP* che prevedesse la partecipazione di *Vox*), *Coalición Canaria* ha aperto invece ai Popolari. Scontato il sostegno a Feijóo da parte dell'unico deputato dell'*UPN*, partito storicamente alleato del *PP*. I sette partiti di dimensione locale fin qui citati si ritrovano con un'importante rappresentanza parlamentare: 28 seggi a fronte di poco più del 7% dei consensi totalizzati (nessun partito tra questi supera il 2%), complice una legge elettorale che sovra-rappresenta i partiti che vantano una maggiore concentrazione territoriale dei voti.

[29] Trattasi del partito fondato da Carles Puigdemont, già Presidente della *Generalitat* e artefice della Dichiarazione unilaterale dell'indipendenza della Catalogna (27 ottobre 2017), poi rifugiatosi in esilio volontario in Belgio per sottrarsi alla giustizia spagnola (cfr. C. CURTI GIALDINO, *L'*affaire *Puigdemont, tra diritto penale spagnolo, decisioni nazionali e giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani,* 2021, pp. 1091-1109). Per ricostruire le convulse vicende del referendum per l'indipendenza, partendo dalle premesse e arrivando fino ai successivi strascichi politici e legali, si vedano: S. GAMBINO, *Pretese sovranistiche della Catalogna e unità indissolubile della Nazione spagnola*, in *DPCE online*, n. 3, 2017, pp. 449-458; L. FROSINA, *La deriva della Catalogna verso la secessione unilaterale e l'applicazione dell'art. 155 Cost.*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3, 2017, pp. 1 ss.; A. MASTROMARINO, *La dichiarazione di indipendenza della Catalogna*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2017, pp. 1 ss.; S. CECCANTI, *Catalogna e Spagna al momento senza uscita*, in *DPCE online*, n. 4, 2017, pp. 825-827.

si sono presentati almeno due ordini di difficoltà: da un lato l'esigenza di allargare il perimetro della precedente investitura a *Junts*, e dunque riconoscendone il leader, l'ex Presidente Catalano Carles Puigdemont, quale interlocutore per la formazione del governo nazionale, nonché alcune delle relative rivendicazioni; dall'altro la necessità di un voto esplicito favorevole di tutte le forze politiche interessate in sede di investitura, poiché i numeri al Congresso hanno reso stavolta insufficiente un'ipotesi di astensione, e dunque indispensabile un sì esplicito e contestuale di *ERC*, *Junts*, *EH Bildu* e *PNV*. Il tutto è stato reso, se possibile, ancora più complicato dalla difficoltà di tenere insieme partiti che sono in competizione a livello locale, oggi più che mai: lo storico Partito Nazionalista Basco per la prima volta è stato superato da *EH Bildu* tanto in termini di voti quanto di seggi, mentre *Esquerra Republicana*, che ha dimezzato seggi e voti, rischia il sorpasso da parte di *Junts per Catalunya* (specialmente ora che Puigdemont è rientrato a gamba tesa nel gioco politico nazionale).

4. Il dibattito sull'individuazione del candidato all'investitura

Dato il contesto fin qui descritto e commentato, per la prima volta in Spagna si sono allineate le condizioni perché potesse realizzarsi già a inizio legislatura un'eccezione alla convenzione costituzionale che identifica il capo del governo con il vincitore delle elezioni, se Sánchez fosse riuscito (come poi effettivamente si è verificato) non solo a ottenere la candidatura all'investitura quale capo del governo da parte del Re, ma anche a ricevere la fiducia da parte del *Congreso de los diputados*[30].

Nonostante la tradizione di bipartitismo, alternanza e governi monocolore, la Spagna rimane una democrazia parlamentare: sicché è numericamente possibile, e giuridicamente inattaccabile, che a formare il governo possa essere il leader della seconda forza politica alle elezioni, purché questi sia in grado di aggregare i numeri necessari per essere investito.

Il dilemma si è posto dunque a inizio della legislatura, quando il focus era puntato sul ruolo del Capo dello Stato, configurato in Spagna come garante e arbitro molto discreto[31] del gioco democratico. Da qui la necessità di individuare un criterio il più possibile oggettivo per la proposta del Presidente del Governo da parte del Re: passaggio preliminare perché il Capo del Governo possa poi ricevere l'investitura dal *Congreso de los Diputados*. Ecco perché il dibattito pubblico è ruotato intorno ai due possibili criteri

[30] Ai sensi dell'art. 99 della Costituzione Spagnola (v. nota *infra*), l'investitura può realizzarsi secondo due maggioranze differenziate. Il candidato alla Presidenza del Governo si presenta in prima votazione al Congresso esponendo un programma e dovendo ottenere la maggioranza assoluta dei voti. Se la fiducia non viene accordata, si tiene una seconda votazione a distanza di 48 ore, nella quale è sufficiente ottenere la maggioranza relativa dei voti espressi (i Sì devono superare i No).

[31] Cfr. F. CLEMENTI, *Il Capo dello stato*, in T.E FROSINI (a cura di), *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 186-187, dove si riconduce la monarchia spagnola al modello di un Capo dello Stato come potere neutro, ma da intendersi nel senso di una «figura meramente simbolica, dotata di poteri esclusivamente formali, interprete silenzioso del ruolo antico di rappresentare l'unità del Paese».

alternativi a cui sarebbe potuto ricorrere il Capo dello Stato nell'individuazione del candidato all'investitura. Da un lato avrebbe potuto optare per il leader del primo partito, affidando l'incarico dapprima al leader popolare "vincitore delle elezioni" Alberto Nuñez Feijóo e, solo in caso di fallimento di questi, al secondo arrivato Pedro Sánchez. Oppure, in ossequio a una declinazione più tradizionale del principio parlamentare, avrebbe potuto scegliere sin da subito di affidare l'incarico a Pedro Sánchez, poiché dimostratosi maggiormente in grado di coagulare attorno a lui una coalizione che lo portasse a raggiungere i numeri per un'investitura in parlamento.

In questo senso l'opzione di un governo "del miglior perdente" avrebbe trovato conferma, infatti, anche lo scorso 17 agosto, in sede di costituzione della *Cortes*, quando il *PSOE* è riuscito a eleggere la deputata socialista Francina Armengol come Presidente del Congresso già alla prima votazione, con una maggioranza assoluta di 178 voti, grazie a un accordo *in extremis* con i catalani di *Junts*. Oltre all'elemento numerico, a favore di questa ipotesi propendevano in dottrina[32] anche talune letture dei poteri del Presidente del Congresso, che non solo si ritrova a relazionare al Re sulla costituzione del parlamento e sulla propria elezione (passaggio propedeutico all'avvio delle consultazioni ad inizio legislatura), ma anche a controfirmare l'atto di proposta del candidato alla guida del Governo. Trattasi del *refrendo,* istituto molto dibattuto in dottrina: il Re, infatti, ai sensi dell'art. 99 *CE* propone al Congresso un candidato all'investitura non direttamente, ma "tramite" il Presidente del Congresso[33], formula pensata per garantire ulteriormente la terzietà del Capo dello Stato e rafforzare la derivazione parlamentare della candidatura[34] (contrariamente a quanto avviene in Italia, dove il Presidente della Repubblica è talvolta intervenuto con assertività nell'individuare il destinatario dell'incarico per la formazione del governo e nel predeterminare il perimetro parlamentare della maggioranza)[35]. Alcuni autori affermano la natura non solo formale ma anche sostanziale dell'istituto del *refrendo*, con la conseguenza di riconoscere addirittura al *Presidente del*

[32] V. *infra*, nota n. 36.

[33] Si riporta in forma integrale l'art. 99 della Costituzione Spagnola, nella versione tradotta reperibile sul sito del *BOE* (Bollettino Ufficiale dello Stato): «1. Dopo ogni rinnovo del Congresso dei Deputati e nelle altre circostanze costituzionali in cui ciò si riveli necessario, il Re, previa consultazione dei rappresentanti designati dai gruppi politici presenti in parlamento e attraverso il Presidente del Congresso, proporrà un candidato alla Presidenza del Governo. 2. Il candidato proposto secondo quanto previsto nel comma precedente, esporrà di fronte al Congresso dei Deputati il programma politico del Governo che intende formare e solleciterà la fiducia della Camera. 3. Ove il Congresso dei Deputati, con il voto della maggioranza assoluta dei membri, conceda la sua fiducia a detto candidato, il Re lo nominerà Presidente. Ove non si raggiunga detta maggioranza, si sottoporrà la stessa proposta a nuova votazione quarantotto ore dopo la precedente, e la fiducia s'intenderà concessa ove si ottenga la maggioranza semplice. 4. Se effettuate le citate votazioni non si ottiene la fiducia per l'investitura, si presenteranno successive proposte nella forma prevista nei commi precedenti. 5. Se trascorso il termine di due mesi, a partire dalla prima votazione sulla fiducia, nessun candidato avesse ottenuto la fiducia del Congresso, il Re scioglierà entrambe le Camere e indirà nuove elezioni con la controfirma del Presidente del Congresso».

[34] Cfr. S. BONFIGLIO, *La scelta del Premier nei sistemi parlamentari*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 101.

[35] V. *infra,* nota n. 74. Per una lettura comparata del ruolo del Capo dello Stato come "potere neutrale" nei sistemi parlamentari italiano e spagnolo, si rimanda a J. TAJADURA TEJADA, *La jefatura del Estado como "poder neutral" en los regímenes parlamentarios de Italia y España*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2020, pp. 27-56.

Congreso in casi limite (almeno sul piano teorico) il potere di sindacare sull'opportunità della candidatura proposta dal Re[36].

A conclusione delle consultazioni tenutesi al Palazzo della Zarzuela nei giorni 21 e 22 agosto 2023, caratterizzate dalla compresenza di due leader entrambi disponibili a formare il nuovo Esecutivo, la Presidente del Congresso Armengol ha annunciato che per suo tramite il Re ha infine proposto Alberto Nuñez Feijóo quale candidato alla Presidenza del governo. La dimostrazione che la scelta del Re non fosse scontata, e sia stata anzi attentamente ponderata, è data dall'inconsueto comunicato[37] della Casa Reale, che merita di essere citato poiché rappresenta ad oggi la formalizzazione e la cartina di tornasole della consuetudine che fino alla vigilia delle ultime elezioni era complementare[38] alla convenzione costituzionale che identifica leader del primo partito e capo del Governo nell'ordinamento spagnolo. Il Re argomenta come «eccetto che nella XI Legislatura[39], in tutte le elezioni generali celebrate dall'entrata

[36] Cfr. I. TORRES MURO, *El refrendo de la propuesta real de candidato a la presidencia del gobierno*, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época*), 88, abril-junio 1995, pp. 159-160, che riporta da un lato un elenco di autori in favore della visione solo formale dell'istituto, dall'altro un elenco di autori che vedono il *refrendo* come limite materiale. Si è valorizzata in tal senso anche la giurisprudenza del Tribunale Costituzionale, che già nel 1987 aveva asserito come «el refrendo supone, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2.º del mismo art. 64, la asunción de la responsabilidad de los actos del Rey por las personas que los refrenden». Cfr. §2 *Fondamentos jurídicos*, in *TC, sentencia 5/1987, de 24 de enero*. Per una lettura restrittiva del ruolo del Presidente del Congresso rispetto alla proposta del candidato all'investitura si rimanda a A. VILLANUEVA TURNES, *El nombramiento ordinario del presidente del Gobierno en España*, in *Revista de Derecho Electoral*, n. 23, 2017, pp. 196-198.

[37] *Comunicado de la Casa de S.M. el Rey una vez finalizada la ronda de consultas de los días 21 y 22 de agosto*, Palazzo della Zarzuela (Madrid), del 22 agosto 2023. In particolare si leggano le considerazioni terza e quarta: «*Tercera.- El Partido Popular ha sido el grupo político que ha obtenido mayor número de escaños en las pasadas elecciones del 23 de julio. En ese sentido, conviene señalar que, salvo en la Legislatura XI, en todas las elecciones generales celebradas desde la entrada en vigor de la Constitución, el candidato del grupo político que ha obtenido el mayor número de escaños ha sido el primero en ser propuesto por Su Majestad el Rey como candidato a la Presidencia del Gobierno. Esta práctica se ha ido convirtiendo con el paso de los años en una costumbre. En el procedimiento de consultas llevado a cabo por Su Majestad el Rey no se ha constatado, a día de hoy, la existencia de una mayoría suficiente para la investidura que, en su caso, hiciera decaer esta costumbre. Cuarta.- De conformidad con lo previsto en el apartado 3 del artículo 99 de la Constitución, si don Alberto Núñez Feijóo obtiene la confianza de la Cámara, será nombrado Presidente del Gobierno. De conformidad con lo previsto en el apartado 4 del artículo 99, de no obtener la confianza de la Cámara, Su Majestad el Rey tramitará sucesivas propuestas en la forma prevista en dicho artículo para que el Congreso de los Diputados pueda decidir si otorga o no otorga la confianza al candidato propuesto por Su Majestad el Rey. Y en ausencia del otorgamiento de esa confianza, Su Majestad el Rey procedería, en los términos previstos en el apartado 5 del artículo 99 de la Constitución, a la disolución de las Cámaras y a la convocatoria de nuevas elecciones generales con el refrendo de la Presidenta del Congreso de los Diputados.*»

[38] In questa sede è utile distinguere tra la consuetudine che presidia la scelta da parte del Re del candidato all'investitura (v. nota precedente) e la convenzione costituzionale che identifica leader del primo partito e capo del governo: fino a tempi recenti le due sono sempre coesistite come facce della stessa medaglia, sicché che le due sono state spesso confuse (è intuitivo come il conferimento dell'incarico al leader del primo partito sulla base della consuetudine costituzionale in discorso sia presupposto fattuale perché possa sussistere la convenzione complementare). Nel 2018 si è avuta sì la prima rottura della convenzione costituzionale in discorso, pur senza prodursi un necessario disallineamento dalla consuetudine costituzionale (la nomina di Sánchez è conseguita a un voto di sfiducia costruttiva del Congresso, sicché il Re si è trovato a sancire una scelta già operata dall'organo parlamentare, per di più a legislatura già in corso); nelle vicende post-elettorali del 2023 si è invece inverato il vero disallineamento: la Corona ha proposto dapprima come candidato all'investitura il capo del primo partito Feijóo (nel solco della consuetudine dalla stessa richiamata), ma solo il secondo candidato Sánchez è riuscito a ottenere la fiducia dell'organo parlamentare e a formare un nuovo governo (ancora una volta in violazione della convenzione che identifica leader vincitore delle elezioni e Capo del Governo).

[39] V. *infra* la rinuncia di Rajoy e l'incarico a Sánchez nel 2016.

in vigore della Costituzione il candidato del gruppo politico che ha ottenuto il maggior numero di seggi è stato il primo a essere proposto da Sua Maestà il Re come candidato alla Presidenza del Governo. Questa pratica è divenuta nel corso degli anni una consuetudine»[40]. E anche in questo caso, pur rilevando l'assenza di una maggioranza parlamentare precostituita in favore di Feijóo, la Casa Reale rappresenta come «nel procedimento di consultazioni condotto da Sua Maestà il Re non si è constatata ad oggi l'esistenza di una maggioranza sufficiente per l'investitura che, nel caso di specie, facesse decadere questa consuetudine»[41]. In altre parole, la candidatura alternativa, quella del leader socialista, non vantava (per il momento) i numeri sufficienti per ottenere l'investitura: possibilità a cui la Corona ha voluto tenere la porta aperta, specificando come, in caso di fallimento di Feijóo, «sua Maestà il Re inoltrerà successive proposte»[42].

Si può osservare dunque come rimanga ferma l'esistenza nella storia costituzionale spagnola di quella consuetudine costituzionale che individua nel leader del partito vittorioso alle elezioni il primo candidato per l'investitura quale Capo del governo. La conferma è data dal precedente del 2016, e in particolare dalla giustificazione che (anche in quel caso) la Corona si era sentita in dovere di dare dell'eccezione alla regola. In quell'occasione, per la prima volta, l'incarico fu affidato al leader del partito socialista, secondo in ordine di seggi. Vale la pena di sottolineare due circostanze della vicenda: i) il Re aveva voluto formalizzare nel suo comunicato ufficiale[43] come l'incarico fosse stato inizialmente proposto al leader dei Popolari e da questi rifiutato; ii) le elezioni anticipate che ne erano immediatamente derivate avevano riportato alla guida del governo Mariano Rajoy quale Premier di minoranza, riaffermando ancora una volta la regola di cui si discorre.

Le vicende post-elettorali del 2023, se da un lato confermano tale consuetudine con il conferimento del primo incarico a Feijóo, dall'altro non hanno però garantito il risultato favorevole di tale tentativo (come

[40] Cfr. il Comunicato della Casa Reale di cui *supra*, v. nota n. 37. La traduzione del comunicato, nel virgolettato presente e a seguire, è a cura dell'Autore.

[41] *Ibid.*

[42] *Ibid.* Si può parafrasare nei seguenti termini la regola in discorso: a seguito di elezioni generali che non diano come risultato la maggioranza assoluta dei seggi per un determinato gruppo politico, la candidatura alla guida del governo spetta al leader proposto dal partito di maggioranza relativa, salvo che non si sia già formalizzato un accordo di governo alternativo che vanti una maggioranza sufficiente per l'investitura. Se il candidato Presidente così individuato non dovesse ottenere la fiducia del Congresso, oppure dovesse rifiutare tale incarico, allora il Re può proporre diversi candidati all'investitura (su tutti il leader della seconda forza parlamentare – come indicato nel Comunicato della Casa reale in discorso).

[43] *Comunicado de la Casa de S.M. el Rey tras la ronda de consultas en virtud del artículo 99 de la Constitución*, Palazzo della Zarzuela (Madrid), del 22 gennaio 2016, che riporta: «*En el transcurso de la última consulta, celebrada con Don Mariano Rajoy Brey, Su Majestad el Rey le ha ofrecido ser candidato a la Presidencia del Gobierno Don Mariano Rajoy Brey ha agradecido a Su Majestad el Rey dicho ofrecimiento, que ha declinado*». In seguito a un nuovo giro di consultazioni, il Re ha proposto il leader del partito socialista quale candidato all'investitura (v. *El Rey, a través del presidente del Congreso, Patxi López, propone a Pedro Sánchez, secretario general del PSOE, para el debate de investidura*, Congresso dei Deputati, comunicato stampa del 2 febbraio 2016).

trattato nel paragrafo seguente), portando per la seconda volta al superamento della convenzione costituzionale[44] che identifica leader del primo partito e capo dell'Esecutivo.

5. Il fallimento dell'investitura di Feijóo e l'incarico a Sánchez

Il 23 agosto 2023, giorno seguente al primo giro di consultazioni ospitato dal Re, la Presidente del Congresso Francina Armengol ha annunciato che, in accordo con il candidato all'investitura Alberto Nuñez Feijóo, la sessione di investitura sarebbe stata fissata a partire dal 26 settembre. La dilazione del voto parlamentare, in linea con le investiture precedenti, è normalmente concessa allo scopo di consentire al candidato di condurre il proprio giro di consultazioni e intavolare le trattative per la buona riuscita dell'investitura. La base parlamentare di partenza era in questo caso costituita dai partiti che già durante le consultazioni avevano manifestato al Re la disponibilità a favorire l'investitura di Feijóo a *Presidente del Gobierno*: 137 voti del *PP*, 33 di *Vox*, 1 *UPN* e 1 *CC*, per un totale di 172 voti, a fronte dei 176 voti necessari per il successo dell'operazione. Il leader popolare però, già dai primi contatti con gli altri gruppi parlamentari, aveva potuto constatare abbastanza agevolmente l'indisponibilità delle altre forze politiche a sommarsi alla predetta aggregazione. All'isolamento del candidato all'investitura ha contribuito anche il sostegno dichiarato da parte di *Vox*, sicché anche quei partiti che in passato avevano mostrato disponibilità a intendersi con i popolari (segnatamente il *PNV*, che da solo sarebbe bastato a raggiungere il *quorum* della maggioranza assoluta) hanno posto stavolta una pregiudiziale assoluta avverso la prospettiva di un qualunque accordo che potesse includere il partito di Santiago Abascal. Di fronte alla difficoltà di aggregare una maggioranza attorno al leader popolare che fosse in grado di varare un nuovo governo, ha dunque ripreso slancio l'ipotesi di una nuova investitura di Sánchez supportata dai socialisti, da *Sumar* e dalle forze indipendentiste.

Con tali premesse, a seguito di un dibattito parlamentare in seno a una sessione di investitura che non ha riservato particolari sorprese[45], il voto di investitura del Congresso dei deputati del 27 settembre è andato

[44] Si rimanda *supra* alla nota n. 38.

[45] Nel dibattito parlamentare precedente al voto di investitura, il candidato Feijóo ha innanzitutto esposto le sue posizioni politiche e programmatiche, successivamente si è avvalso delle facoltà accordatagli dal regolamento della camera scegliendo di rispondere contestualmente e punto per punto a ciascuno degli interventi dei gruppi parlamentari che hanno preso parte alla sessione. Al contrario il Premier in funzione Pedro Sánchez, che pure era presente, ha preferito non esporsi in prima persona, affidando le dichiarazioni a nome del gruppo socialista al neodeputato Óscar Puente Santiago. Cfr. *BOCG, Congreso de los Diputados, Pleno y Dip. Perm.*, n. 4, 26 settembre 2023. Che il tentativo di Feijóo fosse votato al fallimento nei numeri era chiaro già dalla notte del 23 luglio, una volta appresi i risultati elettorali, sicché solo una novità politica avrebbe potuto cambiarne l'esito: lo stesso leader popolare ne era consapevole, tanto è vero che, nel finesettimana precedente alla sessione della propria investitura, aveva convocato una manifestazione nazionale a Madrid nella quale, spalleggiato dagli ex Presidenti José María Aznar e Mariano Rajoy Brey, si era scagliato contro l'amnistia (con ciò assumendo implicitamente che la sua candidatura sarebbe fallita, e dunque sarebbe spettato a Sánchez il mandato di formare il nuovo governo).

come previsto: il risultato di 178 voti contrari e 172 a favore[46] ha certificato l'incapacità del leader del *PP* di allargare la propria base parlamentare. La seconda votazione del 29 settembre (prevista dalla procedura costituzionale) ha confermato il risultato[47], sancendo il naufragio della candidatura di Feijóo.

A seguito di un nuovo giro di consultazioni con i gruppi parlamentari, tenutosi al Palazzo Reale della Zarzuela in data 2 e 3 ottobre 2023, la Presidente del Congresso ha annunciato la proposta[48], da parte di Sua Maestà il Re, in favore di Pedro Sánchez quale candidato a una nuova investitura ai sensi dell'art. 99 *CE*. Quest'ultimo ha tenuto a stretto giro, lo stesso 3 ottobre, una conferenza stampa, annunciando di aver accettato il mandato e impegnandosi a replicare un governo di coalizione progressista tra *PSOE* e *Sumar*, in grado di completare il superamento delle discordie passate (in ciò alludendo a un approccio negoziale sulla questione catalana). Se anche il leader socialista avesse fallito nelle trattative con gli indipendentisti, solo allora si sarebbe aperto l'eventuale scenario, costituzionalmente regolato[49], dello scioglimento delle *Cortes* e dell'indizione entro la fine dell'anno di nuove elezioni generali.

6. La formazione del nuovo *gobierno de coalición*

I tentativi di dialogo con gli indipendentisti erano iniziati già nelle more dell'investitura (non riuscita) di Feijóo, come dimostrato il 4 settembre dalla visita a sorpresa a Bruxelles di Yolanda Díaz (leader di *Sumar*) all'eurodeputato Carles Puigdemont, leader del partito catalano *Junts*. L'iniziativa ha inevitabilmente sollevato aspre critiche da parte dell'opposizione popolare e di *Vox*, insistenti sullo status di Puigdemont[50] e sui controversi punti oggetto di negoziato: tra questi spiccano l'ipotesi di un'amnistia a favore degli autori del *Procés*, ovvero di quei cittadini perseguiti per aver partecipato a vario titolo al processo di indipendenza della Catalogna, nonché lo spinoso tema dell'autodeterminazione della regione (con annessa rivendicazione di un nuovo referendum). Tali punti sono stati ribaditi dai partiti indipendentisti catalani anche in seno al *Parlament* (assemblea elettiva della Catalogna), con un voto formale di *ERC*, *Junts* e *CUP* a due risoluzioni parlamentari congiunte[51] in data 29 settembre (quando ancora era in corso il

[46] Cfr. *BOCG, Congreso de los Diputados, Pleno y Dip. Perm.*, n. 5, 27 settembre 2023, p. 48.
[47] Cfr. *BOCG, Congreso de los Diputados, Pleno y Dip. Perm.*, n. 6, 29 settembre 2023, p. 24.
[48] Cfr. *Comunicado de la casa de S.M. el Rey una vez finalizada la ronda de consultas de los días 2 y 3 de octubre*, Palazzo della Zarzuela (Madrid), del 3 ottobre 2023.
[49] Ai sensi dell'art. 99 *CE* il Re deve procedere allo scioglimento anticipato delle Camere in caso nessun candidato all'investitura riesca ad ottenere la fiducia del Congresso entro due mesi, che decorrono dal fallimento del primo voto di investitura.
[50] Per le vicende, anche giudiziarie, che hanno interessato Carles Puigdemont si rimanda a quanto già richiamato *supra* (cfr. nota n. 29).
[51] Cfr. *Debat sobre l'orientació política general del Govern* (255-00011/13), *Propostes de resolució transaccionals presentades pels grups parlamentaris* (Reg. 111810, 111811). Secondo la prima delle due risoluzioni, presentata congiuntamente da *Junts* ed *ERC*, il mandato sortito dal referendum del 1° ottobre 2017 potrà essere sostituito da un nuovo referendum concordato da ambo gli stati (intendendosi con ciò tra Spagna e Catalogna). Il *Parlament* si pronuncia quindi affinché entrambe le forze politiche catalane che hanno rappresentanza alle *Cortes* non diano il supporto all'investitura di un futuro governo spagnolo che non si impegni a lavorare per rendere effettive le condizioni per la celebrazione di detto referendum. Con

secondo e ultimo voto per l'investitura di Feijóo). Contro tali rivendicazioni si era invece scagliato convintamente proprio il leader popolare, assumendo una posizione poi formalizzata anche da una mozione parlamentare non vincolante[52] approvata dal *Senado de España*, dove il *PP* vanta una maggioranza assoluta.

Per i socialisti il vero sforzo negoziale si è dispiegato all'indomani dell'incarico a Sánchez: il candidato alla Presidenza del Governo (nonché Presidente del Governo *en funciones*) ha dapprima tenuto un giro di consultazioni con tutti i gruppi presenti nell'arco parlamentare (con l'esclusione di *Vox*), mentre successivamente ha avviato negoziati distinti con le varie forze politiche (la formula prescelta è stata dunque quella di siglare diversi accordi in parallelo tra *PSOE* e ciascun altro socio di investitura, anziché un unico patto condiviso da tutti). Dopo tre settimane di trattative, il 24 ottobre Pedro Sánchez e Yolanda Diáz hanno siglato pubblicamente l'accordo di governo[53] tra *PSOE* e *Sumar*, ratificato nei giorni seguenti dai militanti delle rispettive forze politiche[54], rieditando così la coalizione di governo uscente e il *tandem* tra il Presidente e la sua Vice, e impegnandosi a cercare il sostegno parlamentare necessario per ottenere la fiducia del Congresso. Con l'apertura di Sánchez alla legge di amnistia invocata dai catalani, la strada per l'investitura si è fatta poi in discesa, sicché il 9 novembre anche l'interlocutore più restio (*Junts*) ha annunciato e siglato l'accordo di investitura con il *PSOE*. Nel negoziato con Sánchez i nazionalisti catalani

la seconda risoluzione, presentata da *Junts*, *ERC* e *CUP*, il Parlamento di Catalogna ha affermato la necessità di una legge di amnistia circa le infrazioni penali o amministrative in relazione alla difesa del diritto all'autodeterminazione, con uno sforzo per un'applicazione immediata della stessa.

[52] Cfr. *Moción por la que el Senado se manifiesta a favor de garantizar los principios constitucionales y recuperar la política de acuerdos de Estado entre las principales fuerzas políticas de ámbito nacional*, n. 662/000003, Senato, XV legislatura. La mozione è stata approvata con 139 voti favorevoli e 107 contrari: favorevoli i senatori di *PP*, *Vox* e *UPN*, contrari quelli dei gruppi di sinistra e indipendentisti/nazionalisti. Nella mozione si condannano le ipotesi di un'amnistia e di un nuovo referendum per la Catalogna; in luogo di un compromesso con gli indipendentisti si propone di rilanciare i patti di stato, ovvero accordi tra i due grandi partiti per neutralizzare l'influenza dei partiti locali rispetto alla formazione del nuovo governo. Del resto, il leader popolare aveva invitato più volte il partito socialista, anche prima delle elezioni, a consentire l'investitura in Parlamento del capo della forza politica più votata (segnatamente il *PP*). Sánchez non solo ha più volte declinato la proposta, ma in sede di colloquio con il candidato all'investitura Feijóo aveva rilanciato chiedendo a sua volta al *PP* un accordo per sbloccare in parlamento la nomina del Consiglio Generale del Potere Giudiziario (*CGPJ*), a prescindere dalla partita della formazione del governo, mettendo fine a una crisi istituzionale che perdura da anni (per la quale si rimanda a C. VIDAL PRADO, *Crisi istituzionale in Spagna: il rinnovo frustrato del* Consejo General del Poder Judicial *e del* Tribunal Constitucional, in *federalismi.it*, n. 34, 2022; G. NAGLIERI, *Polarizzazione, giurisdizionalizzazione, delegittimazione. La crisi istituzionale spagnola tra regolarità ed anomalie*, in *federalismi.it*, n. 4, 2023, pp. 69-87).

[53] Cfr. *España avanza. Una nueva coalición de gobierno progresista*, 24 ottobre 2023, Madrid.

[54] Il patto è stato ratificato dai militanti socialisti tramite una consultazione interna celebrata tra il 30 ottobre e il 4 novembre (in forma telematica fino al 3 novembre, e in forma presenziale nella giornata di sabato 4 novembre), tramite un quesito a trama aperta rispetto all'apporto di ulteriori accordi con altre formazioni politiche per raggiungere la maggioranza necessaria (segnatamente gli indipendentisti). Testo del quesito: «¿Apoyas el acuerdo para formar un gobierno con Sumar y lograr el apoyo de otras formaciones políticas para alcanzar la mayoría necesaria?»

hanno strappato così il via libera all'amnistia per i fautori del *Procés*[55], mentre come contropartita rinunciano (almeno per il momento)[56] a un nuovo referendum unilaterale di indipendenza.

In definitiva, in forza dei diversi accordi bilaterali con le altre forze politiche, il socialista Sánchez ha potuto presentarsi alla sessione di investitura del 15-16 novembre forte del sostegno di ben otto formazioni e di una maggioranza assoluta di 179 voti: al termine del dibattito Sánchez è stato rieletto Presidente del Governo sommando i voti favorevoli di *PSOE*, *Sumar*, *ERC*, *Junts*, *EH Bildu*[57], *PNV*, *BNG*, *CC*[58], contro i 171 voti contrari di *PP*, *Vox* e *UPN*. In conformità all'art. 99 della Costituzione, il giorno stesso Re Felipe VI ha dunque formalizzato[59] la nomina di Sánchez a Presidente del Governo, il quale ha giurato il 17 novembre nelle mani del Capo dello Stato. Il 20 di novembre il Presidente ha poi annunciato la compagine ministeriale del suo nuovo Esecutivo, che include esponenti socialisti e delle principali componenti di *Sumar* (con la vistosa esclusione di *Podemos*); i ministri hanno dunque prestato giuramento il giorno successivo.

7. Riflessioni sull'evoluzione della forma di governo spagnola

Alla luce della cronaca costituzionale spagnola degli ultimi mesi fin qui passata in rassegna, nonché delle annesse riflessioni che si è tentato di proporre sul significato degli istituti giuridici e sulle connesse relazioni conformanti il sistema di governo in discorso, si propongono alcune conclusioni.

1. Quanto al sistema politico spagnolo, sia che si voglia intendere quale elemento costitutivo oppure fattore (meramente) condizionante[60] della forma di governo, si può osservare come con le ultime elezioni questo si sia notevolmente semplificato, invertendo la tendenza alla frammentazione che

[55] Quanto all'ambito applicativo dell'amnistia, nell'accordo *PSOE-Junts* si fa riferimento a una legge che «deve includere sia i responsabili sia i cittadini che, prima e dopo della consultazione del 2014 e del referendum del 2017, sono stati oggetto di decisioni o processi giudiziari legati a questi eventi». Tale impegno si è poi concretato in una proposta di legge di iniziativa parlamentare presentata dal Gruppo Parlamentare Socialista: *Proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña*, n. 122/000019, Congresso dei Deputati, XV Legislatura, pubblicata in *BOCG. Congreso de los Diputados*, n. B-32-1, 24 novembre 2023.

[56] La mozione presentata dal partito indipendentista *CUP* per promuovere un nuovo referendum unilaterale per l'indipendenza, discussa e votata il 9 novembre in seno al *Parlament de Catalunya*, è stata bocciata grazie all'astensione determinante di *Junts* e *ERC* (i due partiti catalani che a livello nazionale hanno negoziato per investire il nuovo governo Sánchez). Cfr. *Moció subsegüent a la interpellació al Govern sobre l'acord de claredat* (302-00350/13), in *BOPC*, n. 695, 3 novembre 2023, p. 17.

[57] Successivamente al conferimento dell'incarico a Sánchez, sin dai primi contatti la formazione della sinistra basca *EH Bildu* ha espresso il proprio appoggio all'investitura del leader socialista per fare fronte comune contro la destra.

[58] L'unica deputata di *Coalición Canaria*, che si era dapprima offerta di sostenere l'investitura di Feijóo, ha infine concluso un "accordo di legislatura" con Sánchez, nel quale un'apposita clausola svincola *CC* dall'appoggiare l'amnistia in sede parlamentare.

[59] *Real Decreto 828/2023, de 16 de noviembre, por el que se nombra Presidente del Gobierno a don Pedro Sánchez Pérez-Castejón*, pubblicato in *BOE*, n. 275, in data venerdì 17 novembre 2023.

[60] Sul punto si rinvia *supra* alla nota n. 4.

si era affermata alle tornate precedenti[61]. La sparizione di *Ciudadanos*, il calo dei voti ai partiti nazionalisti e indipendentisti, e la rinnovata polarizzazione[62] del voto attorno ai principali partiti moderati di destra (*PP*) e di sinistra (*PSOE*) a scapito delle proposte più identitarie (*Vox* e *Sumar*) hanno contribuito a razionalizzare il sistema politico riassestandolo nell'alveo del tradizionale asse ideologico destra-sinistra. Se la semplificazione in discorso non ha significato un ritorno al bipartitismo imperfetto, è innegabile come attualmente la leadership dei due storici grandi partiti, ciascuno nel proprio campo, non sia più in discussione, mentre nella logica di un nuovo bipolarismo[63] tanto *Vox* quanto *Sumar* non possono che limitarsi a svolgere un ruolo gregario nei confronti, rispettivamente, dei partiti popolare e socialista. Tale tendenza è osservabile con riferimento a entrambi i tentativi di investitura, nella preparazione dei quali sia Santiago Abascal che Yolanda Díaz sono stati costretti a facilitare gli sforzi di formazione del nuovo governo rispettivamente di Feijóo e di Sánchez senza una posizione contrattuale di forza e dunque senza poter minacciare reali strappi nei confronti di questi (*Vox* ha dato un appoggio sostanzialmente incondizionato al *PP*, nell'ottica di consentire alla candidatura di Feijóo di risultare meno respingente nei confronti dei partiti nazionalisti più moderati, mentre *Sumar* si è proposta come testa di ponte nel dialogo tra il Premier uscente e gli indipendentisti catalani).

2. Con il consolidarsi di questo nuovo bipolarismo[64], articolato attorno ai due grandi partiti storici e quindi a trazione centripeta, trova riscontro in parallelo la conferma della formula del governo coalizionale. Il terzo governo Sánchez rappresenta infatti anche il secondo governo di coalizione da quando è vigente la Costituzione del 1978, nonché la continuazione dell'esperimento del primo esecutivo rosso-viola. Si interrompe così il parallelismo[65] che correlava frammentazione del sistema politico e declino della prassi dei governi monocolore: a fronte della semplificazione del quadro politico, per il tramite di una parziale riaffermazione dei due grandi partiti, non si è inverato un ritorno ai governi monopartitici bensì si è consolidato lo schema del governo di

[61] Sulla tendenza al multipartitismo, fotografata dalle elezioni generali del 2015, cfr. M. NARDINI, *La Spagna di fronte al multipartitismo: verso un "caso Italia" in salsa iberica?*, in *Amministrazione In Cammino*, 13 gennaio 2016, pp. 1 ss.

[62] Se alle elezioni generali del 2008 i due principali partiti assommavano l'83,8% dei consensi, alle elezioni successive (2011) la percentuale era già scesa al 73,4%, per poi precipitare al 50,72% nel 2015 (55,64% nel 2016), e al minimo storico con il 45,4 % dell'aprile 2019. Dopo la relativa ripresa col 48, 81% del novembre 2019, le ultime elezioni generali (luglio 2023) hanno segnato una significativa riaffermazione di *PSOE* e *PP*, che hanno totalizzato insieme il 64,75% dei consensi.

[63] Sul punto si rimanda alle categorie già note nel passato recente del sistema di governo italiano e ben delineate in A. D'ANDREA, L. SPADACINI (a cura di), *La rigidità bipolare del parlamentarismo italiano. Cinque anni di centrodestra (2001-2006)*, Bibliofabbrica, Brescia, 2008.

[64] In questo senso anche cfr. L. FROSINA, *Bipolarismo, polarizzazione e governi di coalizione: i nuovi elementi della politica spagnola*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 2, 2023, p. 6.

[65] Cfr. D. CASAL, *Fragmentación parlamentaria y capacidades ¿colaboración o conflicto? Una aproximación a las relaciones Gobierno-Cortes Generales en España (2000-2022)*, in *Forum. Revista Departamento Ciencia Política*, n. 24 (julio-diciembre), 2023, p. 256.

coalizione. Fenomeno che, se all'inizio stentava a innestarsi a livello centrale in Spagna[66], complice la consuetudine di decenni di governi monocolore, una volta sdoganato (in seguito alle elezioni del 2019) si è riproposto oggi come naturale[67]. Il che avvicina la forma di governo spagnola ai modelli italiano e tedesco, dove da sempre prevale la formula coalizionale[68].

3. Con l'affermazione della formula coalizionale si è superata presto anche la convenzione costituzionale che soleva identificare leader del primo partito alle elezioni e capo del Governo: con l'ultima vicenda si è inverata infatti la prima investitura post-elettorale di un governo dei "perdenti", ovvero formato dai partiti che sono arrivati rispettivamente secondo e quarto alle elezioni (*PSOE* e *UP*), data la preferenza a questi accordata dai partiti nazionalisti e indipendentisti catalani e baschi, precludendo la via per il governo a *PP* e *Vox* (rispettivamente il primo e il terzo in ordine di voti e di seggi). Una svolta storica per un modello che, fino a tempi recenti, funzionava secondo una logica maggioritaria non dissimile a quella vigente nel modello Westminster[69], e che invece ha vissuto negli ultimi anni un'evoluzione italianizzante. Del resto, in ossequio a un principio elementare del parlamentarismo, il governo del paese non spetta di diritto alla forza politica che ottiene la maggioranza relativa alle elezioni (la quale potrà semmai vantare una prelazione sul tentativo di formare il governo, e dunque la precedenza nel proporsi per l'investitura), bensì a chi riesce ad aggregare la maggioranza dei seggi in parlamento (come dimostrano anche le elezioni parlamentari in Polonia dell'ottobre 2023)[70].
4. Questo governo dei migliori "perdenti", in combinazione con gli effetti maggioritari esasperati dal sistema elettorale per la componente elettiva del *Senado*, ha realizzato uno scenario di contrasto

[66] In seguito alle elezioni generali dell'aprile 2019, pur sussistendo virtualmente i numeri per due diverse maggioranze di governo (*PSOE* e *Ciudadanos* insieme, oppure una coalizione *PSOE* e *UP* con l'astensione delle forze indipendentiste più dialoganti), ed escludendo comunque l'ipotesi (sempre numericamente possibile) di una grande coalizione (*PSOE* e *PP*), i partiti non riuscirono a trovare l'accordo per l'investitura del nuovo governo, costringendo il paese a elezioni anticipate lo stesso anno.

[67] In seguito alla ripetizione delle elezioni anticipate nel novembre 2019 (v. nota precedente sulle elezioni anticipate dell'aprile 2019), *PSOE* e *UP*, entrambi usciti ridimensionati dalla sfida elettorale in termini di seggi, avviarono celermente le trattative per formare il governo di coalizione (Sánchez II), accettando la formula coalizionale e dunque riuscendo lì dove pochi mesi prima (e con numeri più favorevoli) avevano fallito.

[68] Cfr. G. RIZZONI, *I contratti di coalizione nella Repubblica federale tedesca fra politica e diritto*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2014, dove si ricorda che la Germania è da sempre governata con la formula coalizionale (nella maggior parte dei casi esecutivi formati da due partiti); cfr. L. DELL'ATTI, *Il governo di coalizione aggiornato. Appunti sulla forma costituzionale di governo nelle incertezze della cd terza repubblica*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 2, 2022, p. 53, dove si riconosce che la coalizione seguita a sussistere quale carattere fondamentale della forma di governo italiana; più risalente ma *amplius* v. A. D'ANDREA, *Accordi di governo e regole di coalizione. Profili costituzionali*, Giappichelli Editore, Torino, 1991.

[69] Cfr. M. VOLPI, *La crisi del modello maggioritario, cit.*, p. 187.

[70] Alle elezioni parlamentari polacche del 15 ottobre 2023 il partito del governo uscente (*PiS*) è arrivato primo, conquistando 194 seggi insufficienti per governare (anche immaginando di sommarvi i 18 seggi di *Konfederacja*). Di contro i partiti di opposizione hanno ottenuto i seggi sufficienti per la formazione di un governo che imprima alla Polonia una svolta europeista: *KO*, *TD* e *Lewica* hanno raccolto rispettivamente 157, 65 e 26 seggi, che sommati insieme superano la maggioranza assoluta della Camera bassa fissata a 231, sicché in seguito all'accordo di coalizione da questi sottoscritto lo scorso 10 novembre l'europeista Donald Tusk (*KO*) è tornato alla guida del governo.

tra il Governo in carica e la camera alta, che dal 1978 era sempre stata saldamente controllata dal partito di governo (con la vistosa, e infatti breve, eccezione del 2018 – primo governo Sánchez)[71]. Data l'esclusione del Senato dal circuito fiduciario (similarmente a quanto accade alle omologhe camere in Francia, Germania, Regno Unito e contrariamente in Italia) e dato il ruolo recessivo dello stesso nel procedimento legislativo[72], tale condizione non è impeditiva di per sé al funzionamento del governo a guida socialista, ma potrà produrre rilevanti conseguenze sia sul piano istituzionale sia sull'iter legislativo. Non è da escludersi, infatti, che proprio l'attuale congiuntura possa restituire al Senato un inedito protagonismo come organo di contrappeso nei confronti del Governo in carica, potendo incalzare l'Esecutivo ovvero ostacolarne le iniziative legislative. Le prime prassi costituzionali[73] sembrano andare in questa direzione, con conseguenze che saranno da osservare sul lungo periodo.

5. Si conferma il ruolo discreto della Corona, che anche stavolta nell'esercizio dei poteri formali che ineriscono la formazione del Governo si è attenuta a criteri imparziali e notarili, rinunciando a esercitare qualsivoglia iniziativa politica. Come si era già dimostrato ai tempi del *bloqueo político* del 2015-2016, in Spagna il Capo dello Stato non entra nel gioco politico nemmeno dinnanzi al fallimento conclamato delle forze parlamentari e alla prospettiva di un ritorno alle urne (si pensi alle due elezioni anticipate celebrate nel 2019). In questo senso il ruolo minimale del monarca è assimilabile a quello degli omologhi capi di Stato in Regno Unito e Belgio, mentre siderale è la distanza riscontrabile nel paragone con la Presidenza della Repubblica in Italia (che nell'ultimo decennio è intervenuta con iniziative politico-maieutiche ogni qual volta il sistema politico si sia

[71] Nel 2018 il Senato era saldamente controllato dall'opposizione del Partito Popolare, il che è comprensibile avendo quest'ultimo ottenuto un'ampia maggioranza relativa dei voti alle elezioni del 2016. L'inattesa approvazione nel 2018 della mozione di censura (al Congresso dei deputati) ha inverato così, in corso di legislatura, la prima coabitazione tra un governo e un Senato di segno opposto.

[72] Il Senato spagnolo può, prima della promulgazione (entro due mesi, ovvero venti giorni in caso di urgenza o in caso di iniziativa governativa), emendare o porre il veto sulle leggi approvate dal Congresso, tramite un voto a maggioranza assoluta. Se il Senato pone il veto a un progetto di legge, la Camera bassa può revocare il veto a maggioranza assoluta (a maggioranza semplice se sono trascorsi due mesi). In caso il Senato emendi il progetto di legge, il Congresso può accettare o rigettare le modifiche con un voto a maggioranza semplice. Ne consegue che il Senato può ritardare l'entrata in vigore di una legge per un massimo di quattro mesi, ma non può impedirla. Cfr. E. BULMER, *Bicameralism*, International IDEA, Stoccolma, 2017, p. 27.

[73] Si fa riferimento alla riforma del Regolamento del Senato proposta (e rapidamente approvata in data 14 novembre) dal *PP* per dilatare le tempistiche per l'esame delle proposte di legge di iniziativa parlamentare su cui venga apposta l'urgenza (cfr. *Propuesta de reforma del Reglamento del Senado por la que se modifica el artículo 133*, n. 626/000004, Senato, XV Legislatura), alla mozione approvata dal Senato contro l'amnistia (v. la mozione richiamata *supra* alla nota n. 52), nonché la convocazione che è seguita di un dibattito *ad hoc* sullo stesso tema per risaltare la contrarietà sul punto dei Presidenti delle Comunità autonome che fanno riferimento al *PP* (ovvero la stragrande maggioranza) celebrato il 19 ottobre 2023 (cfr. *Solicitud, al amparo del artículo 56 bis 3 del Reglamento del Senado, de convocatoria de la Comisión General de las Comunidades Autónomas para debatir sobre la aplicación efectiva de los principios de igualdad ante la ley de todos los españoles, y de solidaridad entre las comunidades autónomas*, n. 544/000003, Senato, XV Legislatura).

inceppato)[74]. La discrezione della Casa Reale spagnola è stata messa ripetutamente a dura prova negli ultimi anni, ma ciononostante non ha vacillato, e anzi il Re ha cercato legittimazione delle proprie scelte rendendole trasparenti con pochi ma calibrati comunicati[75], operando una ricognizione delle regole di natura consuetudinaria che presidiano le consultazioni del Monarca e la proposta del candidato all'investitura. L'imparzialità del Capo dello Stato è così assicurata, oltre che dall'istituto costituzionale del *refrendo* (in forza del quale il Presidente del Congresso si configura giuridicamente come uno *stuntman* del Re nella proposta del candidato all'investitura), anche dal percorso di una progressiva e morbida razionalizzazione del potere di proposta del candidato all'investitura, perseguito tramite i comunicati della stessa Corona.

6. Come si è giù evidenziato, si riafferma il ruolo pivotale dei partiti nazionalisti e indipendentisti nella formazione del governo centrale, detenendo questi i seggi decisivi al Congresso per l'investitura del governo. La rottura catalana e più in generale la vicenda del *procés*, infatti, hanno dato forza a un rinnovato *clivage* centro-periferia (tra spinte opposte centraliste e indipendentiste), che si sovrappone solo parzialmente e interagisce con il tradizionale asse politico destra-sinistra. Nel dibattito pubblico in Catalogna e nei Paesi Baschi la divisione in discorso ha raggiunto una rilevanza tale da prevalere sulla dimensione ideologica, sicché l'interazione tra i subsistemi politici di questi territori e il sistema politico statuale si è risolta nella preferenza accordata dai partiti catalani e baschi (inclusi quelli moderati) alla coalizione di sinistra (più incline a un approccio dialogante rispetto all'alternativa di un governo popolare appoggiato da *Vox*). Che i partiti locali, nazionalisti, autonomisti o indipendentisti detengano le chiavi per la governabilità, o che possano anche solo favorirla, non è un *unicum* spagnolo, come si osserva anche con riferimento agli ordinamenti britannico e italiano[76].

---

[74] Si fa riferimento in particolare alla nascita del governo Monti (2011), patrocinato dall'allora Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, e ancora alla travagliata formazione del Governo Letta (2013), che si inseriva nel solco della rielezione dello stesso Napolitano e nel segno dell'invito rivolto alle forze politiche a perseguire le riforme per il Paese. Si pensi poi a Sergio Mattarella, al veto da lui posto (e palesato) alla nomina del Ministro Savona (2018), contro le due forze politiche (M5S e Lega) che erano risultate vincitrici alle elezioni, nonché all'incarico a Carlo Cottarelli (2018); e ancora si consideri il patrocinio offerto dal Quirinale alla gestazione del Governo Draghi (2021), sostenuto da tutte le forze parlamentari con la sola esclusione di Fratelli d'Italia. Sul tema si vedano le osservazioni in M. FRAU, *Il caso Savona: la progressiva deriva dualistica del potere presidenziale di nomina dei ministri e i suoi potenziali riflessi sulla struttura del regime parlamentare italiano*, in A. APOSTOLI, M. GORLANI (a cura di), *Il primo settennato di Sergio Mattarella. Dentro la Presidenza della Repubblica: fatti, atti, considerazioni*, Giappichelli, Torino, 2022.

[75] Sul punto v. *supra* il paragrafo 4.

[76] Per l'Inghilterra si può osservare come il fenomeno della *devoution* abbia dato linfa ai partiti con radicamento territoriale, consentendo a questi di controllare più agevolmente alcune *constituencies* (si pensi allo *SNP* in Scozia) sottraendole ai due grandi partiti, sicché per i laburisti e per i *Tories* è diventato più difficile raggiungere autonomamente la maggioranza dei seggi (come è provato anche dall'accordo May con il *DUP* nel 2017; sul punto si rimanda a F. ROSA, *Le inaspettate elezioni britanniche del 2017*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2017). Nello stesso senso v. anche M. VOLPI, *La crisi del modello maggioritario, cit.*, p. 191. In Italia l'approccio filogovernativo del *SVP* e più in generale delle minoranze linguistiche e territoriali è risultato

8. Conclusioni

Traendo le somme, gli spunti di riflessione appena passati in rassegna descrivono una forma di governo dinamica, che ha manifestato in tempi recenti un'inaspettata vitalità. Si è scritto molto nell'ultimo decennio circa la crisi del parlamentarismo spagnolo, innescata dapprima dalla crisi economica e dei debiti sovrani e, successivamente, dallo smottamento del sistema politico e dallo strappo istituzionale della Catalogna. A ben vedere però tutte queste difficoltà hanno infine dimostrato la capacità di tenuta della democrazia spagnola, assicurata anche dagli strumenti di razionalizzazione della forma di governo. Tali strumenti prendono il posto di quel ruolo discrezionale giocato nell'ordinamento italiano dal Presidente della Repubblica (quanto meno con riferimento a quelle situazioni che la Consulta ha evocato come «ipotesi di stasi o di blocco»[77]): mancando in Spagna un ruolo interventista del Capo dello Stato, proprio nella gestione delle crisi viene esaltata la responsabilizzazione dei partiti e dei rispettivi leader, chiamati ad assumere le scelte politiche fondamentali (*inter alia* individuazione del Presidente del Governo, sostituzione del medesimo tramite sfiducia costruttiva, scioglimento anticipato delle camere) e a renderne conto dapprima agli interlocutori e in definitiva al corpo elettorale. Il risultato è che le sfide prima evocate hanno contribuito a forgiare un parlamentarismo sì affannato ma al contempo adattivo, in divenire, che ha saputo evolversi imparando a funzionare (non senza tensioni e tentennamenti) pure in un contesto di alta volatilità del sistema politico. Da questa prospettiva anche il pesante ruolo negoziale dei partiti catalani nell'ultima investitura di Sánchez assume una nuova luce, non limitandosi a un incidente di percorso (certamente favorito dalla mancanza di una maggioranza parlamentare precostituita) e dunque a un pesante dazio politico pagato agli indipendentisti, ma rappresentando invece, almeno secondo gli auspici dei promotori, un'opportunità per sanare il divario territoriale aperto dalla frattura istituzionale del 2017 e fotografare il pieno riassorbimento dei partiti nazionalisti catalani nel circuito politico-istituzionale spagnolo.

Affermazione della formula coalizionale, ulteriore razionalizzazione nell'esercizio dei poteri discrezionali del Capo dello Stato, ricaduta delle dinamiche territoriali sulla formazione del governo centrale: in definitiva tutte le tendenze fin qui esposte descrivono l'evoluzione della forma di governo spagnola, dai caratteri sì storicamente maggioritari, ma nel contesto di un ciclo nel quale si sperimentano elementi di

utile, nonostante la minore rilevanza in termini di seggi, per puntellare le maggioranze di governo, specialmente nei casi in cui queste vantavano numeri risicati (si pensi al secondo Governo Prodi).

[77] «Tutti i poteri del Presidente della Repubblica hanno dunque lo scopo di consentire allo stesso di indirizzare gli appropriati impulsi ai titolari degli organi che devono assumere decisioni di merito, senza mai sostituirsi a questi, ma avviando e assecondando il loro funzionamento, oppure, in ipotesi di stasi o di blocco, adottando provvedimenti intesi a riavviare il normale ciclo di svolgimento delle funzioni costituzionali» (cfr. Corte cost., sent. 1/2013, *Considerato in diritto §8.2*).

stampo consensuale[78]. In definitiva, il principio di governabilità, che pure ha trovato un'importante affermazione nella Costituzione del 1978, è negli ultimi tempi divenuto recessivo rispetto all'esigenza di tutelare la convivenza delle nazionalità (art. 2 *CE*)[79] che compongono il Paese (e i governi di coalizione non sono che il sintomo più rilevante di tale evoluzione). Perché tanto in Spagna quanto nelle altre democrazie parlamentari non sempre governa chi vince, bensì vince *quien suma*[80].

[78] Ci si riferisce all'ibridazione del modello spagnolo con caratteri tra quelli individuati nella categoria di modello consensuale di democrazia descritta in A. LIJPHART, *Patterns of democracy. Government forms and performance in thirty-six countries*, Yale University Press, New Haven and London, 1999, pp. 31 ss.

[79] Si riporta in forma integrale l'art. 99 della Costituzione Spagnola, nella versione tradotta reperibile sul sito del *BOE* (Bollettino Ufficiale dello Stato): «La Costituzione si basa sulla indissolubile unità della Nazione spagnola, patria comune e indivisibile di tutti gli spagnoli, e riconosce e garantisce il diritto alla autonomia delle nazionalità e regioni che la compongono e la solidarietà fra tutte le medesime».

[80] Il concetto, riassumibile nella formula "non governa chi vince bensì chi unisce", insiste su quel principio della forma di governo parlamentare secondo il quale l'opportunità di governo deriva non tanto dall'ottenere la maggioranza relativa dei consensi alle elezioni, e dunque dall'investitura popolare, quanto piuttosto dalla capacità di saper aggregare una maggioranza parlamentare in grado di esprimere un esecutivo. Tale principio può porsi in tensione con alcune delle tesi sviluppate attorno al concetto di democrazia di investitura (per una trattazione recente sul tema, comprensiva di amplia bibliografia, v. A. CAMPATI, *La «democrazia immediata»: prospettive a confronto*, in *Teoria politica*, n. 10, 2020, pp. 297-315). L'espressione sopra riportata prende spunto invece da un inciso del discorso del deputato catalano Gabriel Rufián Romero (*ERC*) durante la sessione di investitura di Feijóo, il quale intervenendo in lingua catalana ha sostenuto come «*no guanya qui guanya, guanya qui pot sumar per governar. I vostè, señor Feijóo, simplement no pot*», ovvero «non vince chi vince, vince chi può unirsi per governare. E voi, signor Feijóo, semplicemente non ne siete in grado» (traduzione a cura dell'Autore). Cfr. *BOCG, Congreso de los Diputados, Pleno y Dip. Perm.*, n. 4, 26 settembre 2023, p. 55.

Accordi e disaccordi. Il patto di investitura PSOE-*Junts per Catalunya* nella crisi costituzionale spagnola*

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

Abstract [It]: Il recente patto di investitura tra PSOE e *Junts per Catalunya* rileva in ordine non solo alla nascita del nuovo Esecutivo spagnolo a guida socialista, ma anche alla questione catalana e ai delicati rapporti tra politica e giurisdizione, segnati negli ultimi anni da significativi momenti di crisi. Su questi diversi versanti il documento politico, pur nella sua genericità, apre scenari inediti e non privi di incognite, come le reazioni all'accordo hanno da subito messo in evidenza.

Title: Agreements and disagreements. The PSOE-*Junts per Catalunya* investiture pact in the Spanish constitutional crisis
Abstract [En]: The recent support agreement between PSOE and *Junts per Catalunya* is relevant not only to the birth of the new Spanish executive led by socialists, but also to the Catalan issue and the delicate relations between politics and jurisdiction, characterized in recent years by significant moments of crisis. On these different aspects, the political document, despite its vagueness, opens unprecedented scenarios, although not without doubts, as the reactions to the agreement have immediately highlighted.

Parole chiave: Spagna, Catalogna, accordo di governo, politica e giurisdizione, secessione
Keywords: Spain, Catalonia, coalition agreement, politics and jurisdiction, secession

Sommario: 1. L'accordo. **2.** Amnistia e *lawfare*. **3.** Fatti e narrazioni. **4.** Persistenza e nervi scoperti. **5.** Quale unità?

1. L'accordo

"Un accordo di pace più che di investitura"[1]: in questi termini è stato icasticamente rappresentato, all'indomani della stipula, il patto raggiunto da Carles Puigdemont (a seconda delle prospettive: presidente esiliato in Belgio o ex-presidente latitante della *Generalitat de Catalunya*; nonché principale referente del partito indipendentista *Junts per Catalunya*) e Pedro Sánchez, segretario del *Partido socialista Obrero Español* (PSOE) e Presidente del Governo uscente. La nascita del nuovo Esecutivo, con il voto parlamentare del

* Articolo sottoposto a referaggio.
[1] V. PARTAL, *Junts-PSOE: un acord de pau més que no d'investidura, però ple de riscs i inconcrecions*, in *Vilaweb.cat*, 12 novembre 2023.

16 novembre, scongiura il ritorno alle urne il prossimo gennaio: si sarebbe trattato del sesto voto politico in meno di dieci anni[2].

I profili di interesse dell'accordo – al di là del suo rilievo in funzione della investitura, che *Junts* si è impegnato a garantire con il voto dei propri deputati al *Congreso* – sono molteplici. Le luci del dibattito pubblico, e dell'intenso scontro politico, si sono accese sulla prospettiva di una legge di amnistia e sulla sua ampiezza[3]. A questo tema principale si aggiungono altre teste di capitolo, relative ad un più pieno riconoscimento della specificità nazionale catalana, al modello di finanziamento della Comunità autonoma, al rafforzamento della partecipazione di quest'ultima in sede europea e internazionale.

Teste di capitolo, appunto: di capitoli da scrivere però quasi interamente, sulle cui prospettive di effettiva concretizzazione e realizzazione possono nutrirsi non poche riserve. Ciò anche in virtù dei modesti risultati raggiunti, sul terreno della questione territoriale, dalla *tavola di dialogo* istituita nella precedente legislatura con l'accordo tra i socialisti e l'altro principale partito indipendentista (*Esquerra Republicana de Catalunya*, ERC), che aveva portato alla nascita del secondo Governo Sánchez[4]. Risultati modesti, si diceva, quantomeno dall'ottica dei separatisti catalani più intransigenti, come rivela la loro profonda disillusione e il distacco sempre più profondo generatosi tra una base sociale, mobilitata grazie all'opera di due grandi associazioni (*Assemblea nacional catalana* – ANC – e *Òmnium cultural*), e la dimensione partitico-istituzionale. Proprio il solido allineamento di questi due piani, riscontrabile nella fase 2012-2019, aveva costituito il principale punto di forza delle rivendicazioni catalane.

Alla luce di quanto accaduto nella precedente legislatura, non sorprende dunque la freddezza, se non l'ostilità, nei confronti dell'odierno accordo da parte dei settori più mobilitati dell'indipendentismo: nel corso delle trattative, proprio la ANC aveva presentato al *Parlament de Catalunya* una petizione con cui

---

[2] L'Accordo è stato siglato a Bruxelles il 9 novembre 2023, dai rappresentanti del PSOE e di *Junts* (rispettivamente Santos Cerdán León e Jordi Turull i Negre). Il testo può essere consultato al *link* https://www.lavanguardia.com/politica/20231110/9366764/acuerdo-psoe-junts.html

[3] La più nota vicenda processuale legata alle vicende catalane – su cui è peraltro già intervenuto l'indulto deciso dal Governo nella scorsa legislatura (v. A. MASTROMARINO, *Pedro Sanchez concede l'indulto: coraggio della politica o incauto atto?*, in *diritticomparati.it*, 15 luglio 2021; L. FROSINA, *L'indulto e lo stato di allarme al centro del conflitto tra politica e magistratura*, in *Nomos*, n. 2, 2021) è senz'altro quella innanzi al *Tribunal Supremo*, che ha visto imputati i principali *leader* politici e associativi dell'indipendentismo e si è conclusa con la sentenza n. 459/2019 del 14 ottobre 2019 (su cui cfr. J. QUERALT JIMÉNEZ [a cura di], *La sentencia del procés. Una aproximación académica*, Barcelona, 2020). Numerosissimi sono stati però i procedimenti a carico di altri esponenti o semplici militanti dell'indipendentismo: in merito cfr. R. SELMINI, *Criminalizzazione e repressione del dissenso politico. Il caso della mobilitazione indipendentista catalana*, in *Criminalia*, 2020, p. 431 ss.; R. SELMINI – B. SALELLAS I VILAR, *Da Barcellona a Leningrado: riflessioni sulla criminalizzazione del movimento indipendentista catalano*, in *Studi sulla questione criminale*, n. 2, 2022, p. 7 ss.

[4] Si tratta, precisamente, della *Mesa bilateral de diálogo, negociación y acuerdo para la resolución del conflicto político*, prevista dal documento stilato dai due partiti (il 2 gennaio 2020) e intitolato *Acuerdo para la creación de una mesa entre el gobierno de España y el govern de la Generalitat de Catalunya para la resolución del conflicto político* [https://www.psoe.es/media-content/2020/01/20200102-ACUERDO_PSOE-PSC-ERC.pdf].

chiedeva all'istituzione una presa di posizione chiara contro il patto di governo[5]. Il timore era la "normalizzazione" dell'ultimo partito che aveva continuato (quantomeno) a dichiarare quale propria priorità politica il raggiungimento dell'indipendenza.

2. Amnistia e *lawfare*

La concretizzazione degli impegni raccolti nell'accordo – un documento di semplice natura politica – appare in larga misura incerta. Ciò anche in virtù di alcune immediate reazioni da parte di associazioni della *Guardia Civil*[6] e di pezzi importanti del potere giudiziario (associazioni di magistrati e, soprattutto, il *Consejo General del Poder Judicial*, CGPJ)[7], in primo luogo in relazione alla legge di amnistia (il cui percorso si prefigura pertanto tutt'altro che agevole, tanto nella approvazione quanto nella successiva fase applicativa) e alla istituzione, pure prefigurata dal patto, di commissioni parlamentari di inchiesta su eventuali casi di *lawfare* ("guerra giudiziaria", "giustizia politica") posti in essere negli ultimi anni per criminalizzare il movimento indipendentista[8]. Su entrambi i versanti, è evidente come socialisti spagnoli e indipendentisti di *Junts* sollevino non pochi dubbi su alcune modalità di intervento degli apparati giudiziari in relazione alle vicende legate alla questione catalana.

Va anche evidenziato che il documento, in molti passaggi, più che attestare convergenze prospetta due mondi paralleli in cui i contraenti, pur affermando «il rispetto e il riconoscimento dell'altro», continuano a vivere senza incontrarsi. Da una parte vi è la dimensione dell'unità indissolubile della Spagna difesa dai socialisti, che hanno dalla loro la forza, mostratasi pressoché invincibile, derivante dal controllo degli apparati statali e che puntano, per superare il conflitto, sulla completa attuazione dello Statuto del 2006 (evidentemente, fino ad oggi, non attuato in tutte le sue potenzialità) e sul pieno «sviluppo e rispetto delle istituzioni di autogoverno e della specificità istituzionale, culturale e linguistica della Catalogna» (evidentemente, fino ad oggi, non pienamente sviluppate e rispettate). Dall'altra parte, vi è il desiderio di autodeterminazione del partito di Puigdemont, che non ha sinora trovato percorsi politici in grado di dare ad esso concretezza. Quest'ultimo dichiara attraverso il patto di continuare a sentirsi legato sia al risultato della consultazione del Primo ottobre 2017 sia alla successiva dichiarazione di indipendenza, pur

[5] Si veda la *Petició de l'Assemblea Nacional Catalana al Parlament de Catalunya per rebutjar els pactes amb l'Estat espanyol i avançar cap a la independència*, 9 novembre 2023, [https://assemblea.cat/peticio-parlament-dui/]

[6] Cfr. *Associacions de guàrdies civils rebutgen l'acord PSOE-Junts i recorden que el seu "primer deure" és "defensar Espanya"*, *La Vanguardia*, 11 novembre 2023 [https://www.lavanguardia.com/vida/20231111/9370197/associacions-guardies-civils-rebutgen-l-acord-psoe-junts-i-recorden-seu-primer-deure-es-defensar-espanya-agenciaslv20231111.html].

[7] Nello specifico, il CGPJ ha adottato, a maggioranza, due atti fortemente critici sui contenuti dell'accordo: il primo del 6 novembre (*Declaración institucional del Pleno del CGPJ*), il secondo del 9 novembre (*Comunicado de la Comisión Permanente en relación con las referencias al lawfare contenidas en el acuerdo suscrito hoy por el PSOE y Junts*). I documenti possono essere consultati alla pagina web *www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial*.

[8] Sul punto, in riferimento specifico alla vicenda dell'accordo di Governo *Junts*-PSOE, v. J. URÍAS, *Qué es el 'lawfare' y cómo (no) podemos evitarlo*, in *ctxt.es*, 10 novembre 2023.

prospettando come strumento per superare l'attuale stallo la celebrazione di un ulteriore referendum di autodeterminazione, da costruire, in via negoziata, sulla base dell'art. 92 della Costituzione spagnola[9].

Ricongiungendo i due punti appena segnalati – le ombre gettate sul funzionamento del sistema giudiziario, il tentativo di tenere insieme prospettive oggettivamente inconciliabili – si potrebbe constatare la volontà di PSOE e *Junts* (questa sì comune) di superare una fase in cui gli spazi del semplice dibattito politico, e più specificamente di quello politico-parlamentare, sono stati compressi entro limiti giuridici forse troppo angusti.

Vi è senz'altro il tema delle numerose incriminazioni per condotte che, agli occhi di osservatori esterni, sono apparse un semplice esercizio della libertà di manifestazione del pensiero: il rapporto annuale di Amnesty International del 2017-18 ha rilevato come «the rights to freedom of expression and peaceful assembly of Catalan independence supporters were disproportionally restricted. Dozens of people were prosecuted for "glorification of terrorism" and "humiliation of victims" on social media. […] In many instances, authorities pressed criminal charges against people who had expressed opinions that did not constitute incitement to a terrorism-related offence and fell within the permissible forms of expression under international human rights law»[10].

Attraverso l'intervento del *Tribunal constitucional* si è però anche giunti ad annullare atti del *Parlament de Catalunya* dal rilievo prettamente – se non esclusivamente – politico (semplici risoluzioni di indirizzo[11], l'istituzione di commissioni con compiti di studio, la presa d'atto delle risultanze dell'attività di queste ultime)[12], inidonei a determinare effetti giuridici, con l'obiettivo di censurare la discussione istituzionale su determinati temi[13]. In qualche ricorso statale avverso atti di questo tipo, si è addirittura potuto leggere che quello che si intendeva scongiurare era «l'effetto giuridico sulla cittadinanza in quanto [l'atto] pretende

[9] La disposizione costituzionale in questione disciplina il referendum consultivo, che può essere convocato dal Re su proposta del Governo previamente autorizzata dal *Congreso*. Sulla utilizzabilità di questo strumento in relazione al conflitto territoriale con la Catalogna, si vedano i diversi punti di vista espressi dagli interventi raccolti in L. CAPPUCCIO – G. FERRAIUOLO (cura di), *Il futuro politico della Catalogna*, in *federalismi.it*, n. 22, 2014.

[10] Cfr. *Amnesty International Report 2017/18. The State of the World's Human Rights*, London, 2018, pp. 339-340. Un analogo utilizzo è stato fatto di altre figure criminose: sul punto, nella dottrina italiana, cfr. M. IACOMETTI, *Il Tribunale costituzionale spagnolo verso l'ipertrofia del concetto di "discurso del odio" e la eccessiva compressione della libertà di espressione?*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1, 2017.

[11] È il caso, ad esempio, delle risoluzioni n. 5/X del 23 gennaio 2013 (*Declaració de sobirania i del dret a decidir del Poble de Catalunya*) e n. 1/XI del 9 novembre 2015 (*sobre l'inici del procés polític a Catalunya com a conseqüència dels resultats electorals del 27 de setembre de 2015*): sulla prima è intervenuta la sentenza n. 42 del 201, con una dichiarazione in parte di illegittimità, in parte interpretativa; sulla seconda la sentenza n. 259 del 2015, che ne ha dichiarato l'incostituzionalità.

[12] Si vedano le risoluzioni n. 5/XI del 20 gennaio 2016 *de creació de comissions parlamentaries*, nella parte in cui si riferisce, in particolare, alla creazione di una *Comissió d'estudi del procés constituent*, e la n. 263/XI del 27 luglio 2016, *per la qual es ratifiquen l'Informe i les Conclusions de la Comissió d'Estudi del Procés Constituent*, dichiarate illegittime dal TC, rispettivamente, con *auto* n. 141 e *auto* n. 170 del 2016.

[13] Invero, alcuni di quegli atti saranno anche utilizzati per sostenere, innanzi al *Tribunal Supremo*, le imputazioni di ribellione e di sedizione a carico dei dirigenti politici e associativi dell'indipendentismo.

di attivare e promuovere l'esercizio delle libertà di pensiero (art. 20.1, lett. a CE) e la partecipazione ai pubblici affari (art. 23.1 CE)»[14]

All'accordo pare dunque sottesa l'esigenza di ridefinire una cornice pubblica in cui si possa tematizzare – insisto: sul piano politico – la prospettiva dell'indipendenza, del referendum di autodeterminazione, della ricerca di eventuali vie attraverso cui concretizzare l'una e l'altra. Una possibilità, peraltro, che per quanto sia stata nel recente passato negata, è forse scontata in qualsiasi ordinamento democratico; e che, comunque, dovrebbe risultare pienamente coerente con il carattere *no militante* della democrazia spagnola ribadito in più occasioni dal TC: una democrazia che non richiede «la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución»; che non delinea alcun «núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional» e nel quale, pertanto, «si la Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, que tiene reconocida por la Constitución iniciativa de reforma constitucional […], formulase una propuesta en tal sentido [nel senso della secessione], el Parlamento español deberá entrar a considerarla»[15]. La premessa logica – prima che giuridica – di tale eventuale sbocco non può che essere un dibattito pubblico ampio e partecipato; diversamente, le affermazioni del giudice costituzionale appena riportate dovrebbero essere degradate a meri artifici retorici.

Non è casuale che proprio quei passaggi giurisprudenziali siano stati richiamati, accanto all'intento di riportare «al debate parlamentario las divisiones que siguen tensando las costuras de la sociedad», nella relazione di accompagnamento alla *Proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña*, depositato al *Congreso* dal gruppo socialista, il 13 novembre 2023 (prima dell'avvio del dibattito di investitura). Sul terreno in questione, l'accordo sembra effettivamente essersi posto l'obiettivo di un cambio di scenario: per il prodursi del quale potrebbe risultare tuttavia insufficiente la volontà di due soli partiti, richiedendosi una convergenza che implichi tutte le forze politiche (anche quelle di opposizione), nonché una rinnovata percezione del proprio ruolo da parte della giurisdizione, anche di quella costituzionale.

3. Fatti e narrazioni

A fronte della genericità e delle incertezze che circondano molti dei contenuti sostanziali dell'accordo, i passaggi che, allo stato, risultano di maggiore rilievo (e forse di maggiore interesse costituzionale) sono le sue "premesse in fatto", contenute nella sezione degli *Antecedentes*, che ripercorrono la recente storia del conflitto territoriale.

[14] Così può leggersi a p. 13 del ricorso governativo al TC avverso la risoluzione del *Parlament de Catalunya* n. 5/X del 23 gennaio 2013 (mia la traduzione).

[15] Così nella sentenza del TC n. 42 del 2014; in senso analogo si erano già espresso le decisioni nn. 48/2003, 103/2008, 31/2009.

Una sezione, si badi, che non racchiude né un impegno politico-programmatico futuro e incerto (proprio perché guarda essenzialmente al passato) né una presa di posizione "unilaterale" che afferma, come in altri casi, una distanza tra i sottoscrittori del patto più che un loro effettivo avvicinamento: rispetto alla ricostruzione fornita in questa parte del documento, infatti, non è segnalata alcuna diversità di vedute tra i contrenti.

Quella che gli *Antecendetes* raccontano appare una storia diversa da quella lasciata fino ad oggi filtrare da parte spagnola. I socialisti, sottoscrivendo l'accordo, si pongono invero in una posizione di estrema delicatezza, se non di ambiguità: riconoscono una realtà che forse avrebbe meritato risposte diverse, non rimesse esclusivamente ad una strategia giudiziaria e di segno repressivo, rispetto alla quale il PSOE è stato però in questi anni (quantomeno) accondiscendente. In altri termini: il documento, dalla prospettiva socialista, deve essere inteso o come una severa autocritica rispetto all'approccio sinora adottato sulla questione catalana, o come prova del cinismo di un partito disposto a rimodellare la realtà dei fatti pur di confermarsi alla guida del Paese.

La narrazione oggi accolta (anche) dai socialisti riconosce la *profondità storica* delle rivendicazioni catalane, dei *deficit di autogoverno accumulati nei secoli*, fin da quei *Decretos de Nueva Planta* del 1714 che tanta centralità assumono nella *immaginazione* (*à la* Anderson)[16] del nazionalismo catalano. Uno snodo imprescindibile per comprendere la più recente crisi è individuato nella sentenza del *Tribunal constitucional* (n. 31 del 2010) sullo Statuto catalano, con il quale si tentava di affermare il *riconoscimento della Catalogna come nazione* (nella unità della Spagna): «este período no puede comprenderse sin la sentencia del Tribunal Constitucional del 2010». Le rivendicazioni catalane – rivolte principalmente ai versanti *culturale, linguistico e istituzionale* – sono state però, nel tempo, oggetto di una *severa limitazione legale*, di veri e propri *divieti* quando non di una *persecuzione attiva*. In particolare, dopo le imponenti mobilitazioni degli ultimi anni e le prese di posizione da parte delle istituzioni catalane che ne sono seguite, i governi spagnoli succedutisi non hanno fatto *nulla per favorire le negoziazioni*, rifiutando di discutere le proposte avanzate dalla comunità autonoma *lealmente e nel rispetto della cornice legale vigente*. Le spinte unilaterali che ne sono derivate – con la consultazione "informale" del 9 novembre 2014, le elezioni "plebiscitarie" del 2015, il referendum del Primo ottobre 2017 – hanno prodotto una reazione giudiziaria dall'innegabile *valenza politica* (oggetto di *critica da parte di diversi organismi internazionali*)[17] quando non addirittura uno sproporzionato impiego della forza,

[16] È noto che Benedict Anderson non attribuisce al carattere *immaginato* della nazione alcuna portata valutativa: lo studioso si limita ad assumere il dato per cui le nazioni – tutte le nazioni – sono *manufatti culturali*, frutto della creazione umana; dalla constatazione della *artificialità* non consegue pertanto alcuna distinzione tra nazioni *autentiche* e nazioni *false* (cfr. B. ANDERSON, *Imagined Communities. Reflection on the Origin and Spread of Nationalism*, London-New York, 1983, ed. italiana *Comunità immaginate. Origini e fortuna dei nazionalismi*, Roma, 1996, p. 23 ss.).

[17] L'accordo richiama, tra i vari organismi, il *Working Group On Arbitrary Detention* dell'*United Nations Human Rights Office Of The High Commissioner*; lo *Human Rights Committee* delle Nazioni Unite, la Corte di giustizia della Unione europea, la Corte europea dei diritti umani e l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa.

testimoniato da *immagini con un forte impatto sia dentro sia fuori i confini spagnoli* (il riferimento è chiaramente alla repressione violenta messa in atto dalle forze dell'ordine spagnole per bloccare le operazioni referendarie del Primo ottobre).

In corsivo si sono riportati, pressoché letteralmente, alcuni dei passaggi contenuti negli *antecedentes* dell'accordo: non si tratta, in questa sede, di compiere valutazioni o verifiche sulla loro esattezza, ma semplicemente di assumerli come presupposti fattuali della ricostruzione oggi accettata dai contraenti del patto di governo. È su queste basi che gli stessi intendono cogliere la *oportunidad histórica* di aprire una «nuova tappa nella quale ricercare, muovendo dal rispetto e dal riconoscimento dell'altro, una soluzione politica e negoziata al conflitto».

4. Persistenza e nervi scoperti

Innanzi ai diversi vicoli ciechi nei quali il movimento indipendentista si è imbattuto in questi anni per la ferma chiusura dei governi spagnoli, è stata più volte annunciata la fine della questione catalana. Essa ha tuttavia continuato a tenere banco, e il patto lo enuncia in termini chiari: si è di fronte ad un «conflitto che in democrazia solo la politica può instradare verso una soluzione, dato che, trascorsi sei anni [il riferimento assunto è, evidentemente, il referendum del 2017, ma si potrebbe invero risalire ancora più indietro nel tempo], la questione di fondo continua ad essere irrisolta»[18].

Naturalmente, rispetto all'*autunno catalano* del 2017[19], l'attenzione sugli eventi è andata scemando, così come il sostegno e l'entusiasmo di molti catalani per il progetto dell'indipendenza. Numerosi sono stati però i segnali che in questi ultimi anni, all'interno e all'esterno della Spagna, hanno mostrato come lo scontro tra Barcellona e Madrid permanga sottotraccia, continuando a generare tensioni, incertezze e contraddizioni, anche in ordine alla tenuta di alcuni equilibri democratici.

Si considerino, in primo luogo, i richiamati rilievi critici mossi da osservatori internazionali sulle modalità con cui lo Stato ha gestito il conflitto; ancora, i problemi emersi a seguito della elezione al Parlamento

Tra gli atti di diversi osservatori che hanno evidenziato alcune criticità nella gestione del conflitto territoriale da parte della Spagna, si vedano: ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *Index 2021. The China Challenge*, London, 2022; ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *Democracy Index 2017. Free speech under attack*, London, 2018; AMNESTY INTERNATIONAL, *Amnesty International Report 2017/18*, cit; AMNISTÍA INTERNACIONAL ESPAÑA, *1-O en Cataluña: obstáculos para la investigación del uso excesivo de la fuerza*, Madrid, 2018; HUMAN RIGHTS WATCH, *World Report 2019. Events of 2018*, USA, 2019; UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER - WORKING GROUP ON ARBITRARY DETENTION, *opinions* n. 6 del 13 giugno 2019 e n. 12 del 10 luglio 2019; AMNISTI A INTERNACIONAL ESPAÑA, *España: libertad de reunión y de expresión, y principio de legalidad, a la luz de la sentencia del Tribunal supremo en la causa especial 3/20907/2017*, Madrid, 2020.

[18] Già l'*Acuerdo* (cit.) tra PSOE ed ERC della precedente legislatura si fondava sul «reconocimiento de que existe un conflicto de naturaleza política en relación al futuro político de Catalunya. Como cualquier conflicto de esta naturaleza, sólo puede resolverse a través de cauces democráticos, mediante el diálogo, la negociación y el acuerdo, superando la judicialización del mismo».

[19] Su cui si può leggere il bel volume di E.M. BRANDOLINI, *Piolín imbavagliato. Cronaca dell'autunno catalano*, Roma, 2018.

europeo di politici catalani sottoposti in Spagna a procedimenti penali (tra cui i leader dei principali partiti indipendentisti, Oriol Junqueras e lo stesso Carles Puigdemont), legati al loro insediamento, al tema della immunità parlamentare e all'esito – nella sostanza infruttuoso – delle richieste di estradizione attivate dai giudici spagnoli presso le autorità giurisdizionali di diversi Paesi europei (Germania, Belgio, Regno Unito, Italia)[20].

Sul piano interno, la rivendicazione catalana – nella sua persistenza – ha forse contribuito ad esasperare alcuni tratti disfunzionali già presenti nell'ordinamento spagnolo: ci si riferisce, in primo luogo, all'azione di una magistratura che appare forse troppo a ridosso della politica, non solo per le dinamiche concrete che riguardano i due piani ma anche per il modo in cui ne sono formalmente strutturati i rapporti[21].

In particolare, il CGPJ si trova da tempo al centro di polemiche ed è oggetto di rilievi in sede sovranazionale in punto di autonomia e indipendenza[22]. In ragione della regolazione costituzionale e attuativa, l'organo risulta infatti integralmente di derivazione politica, tanto nella componente laica quanto in quella togata[23]; ne discendono inevitabili ripercussioni sull'unica quota di giudici costituzionali (due su dodici) scelti dal *Consejo*, in teoria slegati da quel medesimo circuito (essendo gli altri dieci designati, a norma dell'art. 159, co. 1 CE, dal Governo, dal Congresso e dal Senato).

E, in effetti, anche il TC non sembra godere – quantomeno a partire da una certa fase – di particolare popolarità. Già nel 2002, in un momento in cui non erano ancora accesi i riflettori sul processo indipendentista, Roberto Luis Blanco Valdés salutò con favore la scelta del legislatore di non attribuire al TC la decisione sulla illegalizzazione dei partiti politici, in virtù del «marcato profilo partitico che, di fronte all'opinione pubblica spagnola, ha finito per avere il Tribunale costituzionale, dovuto soprattutto alla

[20] Si vedano, in particolare, le sentenze della CGUE 19 dicembre 2019, C-502/19, e 31 gennaio 2023, C-158/21. Nella dottrina italiana, sui profili segnalati, cfr. M. CECILI, *Catalogna: Junqueras vince la battaglia alla Corte di giustizia, mentre Torra rischia la presidenza*, in *diritticomparati.it*, 20 dicembre 2019; R. CENTENARI, *Alle fondamenta dell'inviolabilità dei membri del Parlamento europeo: il caso Junqueras*, in *sidisblog.org*, 16 maggio 2020; M. CECILI – A DI CHIARA, *Puigdemont, tra mandato europeo e immunità parlamentare*, in *lacostituzione.info*, 26 settembre 2021; M. CECILI – A DI CHIARA, *Il Parlamento europeo revoca l'immunità degli indipendentisti catalani. E adesso?*, in *lacostituzione.info*, 13 marzo 2021; G. DELLEDONNE, *La sospensione dell'estradizione a carico di Puigdemont: quali coordinate?*, in *eublog.eu*, 16 novembre 2021; D. CAMONI, *Una nuova casella nella scacchiera del Mandato di Arresto Europeo (MAE), all'ombra della "questione catalana"*, in *DPCE online*, n. 1, 2023, 1421 ss.; J. SOLANES MULLOR – L. MANCINI, *Il mandato d'arresto europeo (MAE) nel contesto delle crisi dello Stato di diritto: alcune note sulla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 31 gennaio 2023, Puig Gordi e altri, C-158/21, EU:C:2023:57*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 4, 2023, p. 155 ss.

[21] Per una ricostruzione fortemente critica degli apparati giudiziari spagnoli, cfr. B. CLAVERO, *Constitución a la deriva. Imprudencia de la justicia y otros desafueros*, Barcelona, 2019.

[22] Cfr., ad esempio, i rapporti della Commissione europea sulla situazione dello stato di diritto in Spagna (in particolare, per il 2022 e il 2023: *Informe sobre el Estado de Derecho. Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España*, rispettivamente del 13 luglio 2022 e del 5 luglio 2023); nonché i rapporti periodici del GRECO (*Groupe d'États contre la corruption* del Consiglio di Europa) relativi all'ordinamento spagnolo.

[23] In attuazione dell'art. 122, co. 3, Cost., la *Ley Orgánica* 4/2013, *de 28 de junio* (*de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*) stabilisce che «cada una de las Cámaras elegirá, por mayoría de tres quintos de sus miembros, a diez Vocales, cuatro entre juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio en su profesión y seis correspondientes al turno judicial» (art. 567, co. 2).

politica viziata dalla lottizzazione operata negli ultimi anni dai partiti che controllano la Camera dei deputati e il Senato»[24]. Francisco Rubio Llorente ha parlato di una vera e propria *colonización* del TC, divenuto la sede in cui i protagonisti del bipartitismo spagnolo continuano la «contienda política» persa in Parlamento, con conseguenze molto gravi sull'autorità dell'organo[25].

Il punto di inflessione di questa parabola è da molti individuato proprio nella tormentata vicenda della sentenza sullo statuto catalano[26]. Il TC «salió dañado tras el control del Estatuto de Cataluña»[27]: si è parlato di «argumentaciones verdaderamente sorprendentes, circunloquios, paráfrasis, anáforas y paradojas»[28]; di «desaparición del juicio de conocimiento y su sustitución por el juicio provinente de la decisión política»[29]; e si percepiva bene la ferita che la decisione infliggeva alla legittimazione dell'organo, «pieza clave del sistema que no puede funcionar correctamente si el máximo intérprete de la norma suprema carece de credibilidad» (credibilità relazionata, in primo luogo, ad un rigore argomentativo che mancava del tutto nella «pequeña y triste historia» di quella pronuncia)[30].

Un tale stato di cose non poteva non venire in rilevo nel momento in cui tutto il peso di una questione essenzialmente politica – lo scontro nazionalistico-territoriale tra Spagna e Catalogna – è stato scaricato sulla giurisdizione, prima su quella costituzionale poi su quella penale[31]. Così, anche la abnorme vicenda consumatasi sul finire dello scorso anno – generata da un *recurso de amparo* dei deputati del Partito popolare

[24] R.L. BLANCO VALDÉS, *A proposito della "illegalizzazione" di Batasuna*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2002, pp. 762-763.

[25] F. RUBIO LLORENTE*, Defectos de forma,* in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 100, 2014, pp. 147-148. Le critiche articolate sul piano scientifico, trovano corrispondenza anche nella dimensione politica: nel suo *discurso de investidura* innanzi al *Congreso de los Diputados* del 1° marzo 2016, [http://www.psoe.es/actualidad/documentos-de-interes/discurso-de-investidura-de-pedro-sanchez/], Pedro Sánchez proponeva di dare impulso ad «una auténtica revolución en el nombramiento de cargos de designación parlamentaria», tra i quali i membri del TC: «en estos y otros casos debe primar […] la independencia, profesionalidad y la imparcialidad de los candidatos y candidatas». Anche il partito *Ciudadanos* – oggi praticamente scomparso dallo scenario politico ma che aveva costruito la sua ascesa proprio sulla frontale contrapposizione alle istanze del nazionalismo catalano – ha parlato del TC in termini di organo «totalmente politizado», arrivando addirittura a prefigurarne la soppressione: cfr. *Ciudadanos plantea suprimir el Constitucional por su politización*, in *El Mundo*, 20 agosto 2015.

[26] Tormentata in quanto si riscontrano proroghe di magistrati, ricusazioni di giudici con dubbio fondamento, un collegio profondamente diviso che si pronuncia peraltro su un testo già approvato, per via referendaria, dai cittadini catalani, al termine di un procedimento durato ben quattro anni: cfr. E. AJA FERNÁNDEZ, *Estado autonómico y reforma federal,* Madrid, 2014, p. 89 ss.

[27] J. GARCÍA ROCA, *Desafío secesionista y justicia constitucional*, in *El País*, 23 settembre 2015.

[28] S. MUÑOZ MACHADO, *Cataluña y las demás Españas*, Barcelona, 2014, p. 144.

[29] M.A. APARICIO PÉREZ, *Alguna consideració sobre la sentència 31/2010 i el rol atribuït al Tribunal constitucional*, in *Revista catalana de dret públic. Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006*, 2010, p. 27.

[30] X. ARBÓS MARÍN, *Una visió general*, in *Revista catalana de dret públic*, *Especial*, cit., p. 30.

[31] Una critica alla giurisdizionalizzazione dello scontro con la Catalogna, senza prospettare contestualmente alcuna risposta sul piano politico, è stata espressa in Italia da B. CARAVITA - M. CONDINANZI - A. MORRONE - A.M. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meditato maggiore ponderazione*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2020, p. ix.

in relazione ad alcune modifiche della normativa concernente le nomine dei giudici costituzionali[32] – può dirsi in qualche misura innescata dal *procés sobiranista* catalano (o almeno dai suoi strascichi).

In quella occasione è risultato quanto mai evidente come all'interno dell'organo di garanzia costituzionale operassero blocchi di giudici distinti in maniera netta, collocati in una *maggioranza* e in una *opposizione* stabilmente riconoscibili, orientati – in maniera altamente prevedibile – secondo una ferrea *disciplina di gruppo*; scontata appariva anche la pretesa delle forze parlamentari della maggioranza a guida socialista di tramutarsi, in virtù della legittimazione elettorale ottenuta, in maggioranza anche nell'istituzione di garanzia. Capitava così che si discutesse con naturalezza di una maggioranza di quest'ultima non allineata a quella «que saliò de las urnas»[33], per la presenza di una «mayoría conservadora que no se corresponde con la actual representación parlamentaria»[34]: laddove una simile situazione – ovviamente depurata da forzature e abusi – dovrebbe invece risultare del tutto normale per un organo chiamato ad operare, fisiologicamente, in chiave contro-maggioritaria. Ancora, le manovre realizzate per bloccare il procedimento legislativo parlamentare – dato sicuramente inconsueto per un ordinamento democratico – venivano diffusamente (e disinvoltamente) ascritte all'azione di una *derecha política y judicial*[35]. Se, da una parte, si corre il rischio di apparire ingenui e poco realisti nel sorprendersi innanzi a siffatte prospettazioni, dall'altra non si ritiene di poter trascurare l'impatto che esse determinano, anche in chiave costituzionalistica, sulle dinamiche di un ordinamento democratico: in particolare allorquando esse tendano a radicarsi presso l'opinione pubblica (e magari, con ancora maggior forza, presso l'opinione pubblica di una nazione minoritaria) come la consolidata – per quanto deprecabile e deprecata – natura delle cose.

Ma in che termini è possibile individuare un legame tra la questione catalana e la vicenda da ultimo richiamata?

In primo luogo, questa costituisce – nei suoi anomali contorni – una ulteriore prova delle disfunzioni sistemiche cui si è accennato. La crisi della fine del 2022 vede operare un CGPJ scaduto da oltre quattro

---

[32] Sulla vicenda cfr. G. NAGLIERI, *Polarizzazione, giurisdizionalizzazione, delegittimazione. La crisi istituzionale spagnola tra regolarità ed anomalie*, in *federalismi.it*, n. 4, 2023; C. VIDAL PRADO, *Crisi istituzionale in Spagna: il rinnovo frustrato del* Consejo General del Poder Judicial *e del* Tribunal Constitucional, in *federalsimi.it*, n. 34, 2022; M.A. SIMONELLI, *Un paso adelante? Una breve riflessione sulla crisi costituzionale spagnola*, in *diritticomparati.it*, 25 gennaio 2023; J. URÍAS, *Un auto político. Comentario al ATC 177/2022, de 19 de diciembre*, in *Blog de la Revista catalana de dret públic*, 15 febbraio 2023; L. FROSINA, *La crisi costituzionale spagnola tra lawfare, conflitti tra i poteri e rischi di erosione delle istituzioni*, in *Nomos*, n. 3, 2022; J.M. CASTELLÀ ANDREU, *Reformas legislativas del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional y erosión democrática en España*, in *DPCE online*, n. 4, 2022, p. 2259 ss.

[33] *El Gobierno pone fin al secuestro del Constitucional al suprimir la mayoría de tres quintos en el CGPJ para elegir magistrados*, in *eldiario.es*, 8 dicembre.

[34] *El Gobierno y sus socios debaten registrar la nueva reforma del Constitucional tras conocer el fallo del tribunal*, in *El País*, 22 dicembre 2022.

[35] Così, ad esempio, *La derecha política y judicial intenta burlar al Congreso bloqueando la reforma legal en marcha*, in *El País*, 15 dicembre 2022.

anni: l'ultimo rinnovo dell'organismo risaliva al 2013, allorquando il Partito popolare, al Governo e forte della maggioranza assoluta in entrambe le Camere ottenuta alle elezioni politiche del 2011, aveva potuto determinare una maggioranza conservatrice all'interno del *Consejo* e, a cascata, del TC, tramite le quattro nomine appannaggio del Governo e del CGPJ, prodottesi anch'esse nel 2013 e rientranti nel "terzo" dell'organismo di garanzia che si rinnova, a termini di Costituzione (art.159), per singole componenti ogni tre anni[36].

Va poi ricordato che il *recurso de amparo* del PP era rivolto a colpire le norme "intruse" (in quanto evidentemente eterogenee rispetto al suo contenuto originario) di un disegno di legge, inserite in via emendativa dalla maggioranza, in maniera discutibile, in un procedimento legislativo d'urgenza[37]: ed è la delicatezza politica di quel disegno di legge (oltre che degli emendamenti poi introdotti, relativi alle procedure di nomina di giudici costituzionali spettanti al CGPJ) a determinare la durezza dello scontro: si trattava di un intervento di riforma del codice penale adottato proprio nella prospettiva di una pacificazione dei rapporti con la Catalogna, in particolare attraverso il superamento di una «figura penal decimonónica» come la *sedizione*[38] (art. 544 del codice penale, ora abrogato) nonché la riforma della *malversazione* (artt. 432 ss. del codice penale), ovvero le fattispecie di reato in forza delle quali erano state inflitte severe condanne ai leader dell'indipendentismo.

Ma il punto di maggiore interesse è, invero, un altro. Uno dei profili della vicenda che ha suscitato maggiori polemiche è rappresentato dalla sospensione, da parte del TC, di un procedimento legislativo in corso, andando così ad incidere sull'autonomia di un Parlamento che viene assoggettato non più ad un controllo (successivo) su atti che ha definitivamente approvato ma ad una vigilanza (preventiva) sulle proprie attività interne. Certo, i commentatori hanno offerto valutazioni diversificate in merito alla vicenda, non mancando chi ha ritenuto che il *mezzo* adoperato dalla maggioranza di Governo (la forzatura del procedimento legislativo) non fosse in ogni caso giustificato dal *fine* (lo sblocco della paralisi nel

[36] Questa situazione risultava scientemente protratta dal PP, grazie alla maggioranza qualificata (tre quinti) prescritta per le nomine dei membri del *Consejo* (art. 122, co. 3 Cost.), del quale aveva così potuto mantenere il controllo anche nella fase in cui iniziano a succedersi maggioranze governative a guida socialista. La disponibilità a porre fine a siffatta condotta ostruzionistica è stata subordinata dai Popolari, in questi anni, alle più svariate condizioni: riformare previamente il complessivo sistema di elezione del CGPJ; tener fuori dalle negoziazioni per la scelta dei componenti dell'organo *Unidas Podemos* (UP, alleati di governo del PSOE nella passata legislatura); escludere dall'azione di governo interventi rivolti a incidere sulla situazione dei *leader* dell'indipendentismo catalano condannati o incriminati.

[37] Si trattava, specificamente, della *Proposición de Ley Orgánica de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso*. Il testo, nella versione trasmessa dal *Congreso* al *Senado* il 16 dicembre 2022, può essere consultato in *Boletín oficial de las Cortes generales (Senado)*, n. 428 del 16 dicembre 2022.

[38] Pur muovendo da posizioni di radicale critica all'indipendentismo catalano, è in questi termini che Luigi Ferrajoli si è espresso sul reato di sedizione e sulla sua applicazione nella vicenda separatista: si tratterebbe infatti di una figura delittuosa che «limita siempre, de hecho, con el ejercicio del derecho de reunión y de protesta política» (L. FERRAJOLI, *Sobre la cuestión catalana: deshaciendo un posible equívoco*, in *sinpermiso.info*, 22 dicembre 2019). Eloquenti, nel medesimo senso, i numerosi riscontri oggi offerti nella relazione che accompagna la *Proposición de Ley Orgánica de transposición*, cit., p. 14 ss.

rinnovo di organi essenziali del circuito delle garanzie)[39]; e non è mancato, di conseguenza, chi ha condiviso e difeso l'intervento del TC con *auto* n. 177 del 19 dicembre 2022[40], che ha determinato in via cautelare – ma di fatto assorbendo il merito – la sospensione del procedimento parlamentare.

Al fondo, però, la sensazione è che in un simile scenario sia davvero arduo individuare il male migliore, e che la gravità della crisi costituzionale derivi proprio da degenerazioni che risultano inscalfibili se non a costo di vistose forzature. In ogni caso, un atto delicato quale la sospensione di un procedimento legislativo, che tocca uno snodo nevralgico degli ordinamenti democratici – l'equilibrio tra decisore politico-rappresentativo e garante della Costituzione – dovrebbe quantomeno essere frutto dell'opera di un giudice costituzionale dotato di una incontestabile autorevolezza, al di sopra di ogni sospetto di parzialità: condizioni che, quantomeno in questa fase, non sembrano darsi per il TC[41].

Proprio questo tipo di intervento, apparso ai più eccezionale e senz'altro inedito nella dimensione statale, aveva in realtà già conosciuto una intensa sperimentazione nello scontro politico tra Spagna e Catalogna: il TC aveva infatti paralizzato diversi procedimenti in corso nel *Parlament de Catalunya*[42], legislativi e non. Anche in quei casi non si interveniva, *in uscita*, sulla manifestazione di volontà dell'organo legislativo formatasi all'esito del libero dibattito parlamentare ma, *in entrata*, sulle fasi embrionali del procedimento, con il risultato sostanziale di precludere il dibattito medesimo.

5. Quale unità?

La persistenza della questione catalana e la sua attitudine ad esasperare talune criticità dell'ordinamento spagnolo da una parte, l'esigenza (oggi avvertita dai socialisti) di ridefinire la cornice da cui muovere per un cambio di rotta nelle relazioni con l'indipendentismo catalano dall'altra (anche se solo il tempo potrà dire quanto un simile approccio sia ispirato a sincerità e quanto dettato da calcoli contingenti e opportunistici), inducono a qualche sintetica considerazione conclusiva sulle modalità di gestione delle tensioni secessioniste negli ordinamenti democratici.

---

[39] Cfr. A. CARMONA CONTRERAS, *Cuando el fin no justifica los medios*, in *El País*, 13 dicembre 2022. Particolarmente critico con i diversi interventi di riforma sul potere giudiziario portati avanti dalla maggioranza PSOE-*Podemos* nella scorsa legislatura J.M. CASTELLÀ ANDREU, *Reformas*, cit., p. 2260 ss.

[40] Così, ad esempio, M. ARAGÓN, *El TC ha actuado correctamente*, in *El Mundo*, 23 dicembre 2022; J.M. CASTELLÀ ANDREU, *Reformas*, cit., p. 2267; C. VIDAL PRADO, *Crisi istituzionale*, cit.; di diverso avviso M.Á. PRESNO LINERA, *El Constitucional en la maraña de la política*, in *El País*, 20 dicembre 2022; G. RUIZ-RICO RUIZ, *¿Réquiem por el Tribunal Constitucional? Comentario al último caso en el proceso de politización de la justicia constitucional en España (la atribución ilegítima de una competencia para el control preventivo de los actos del Parlamento)*, in *DPCE online*, n. 4, 2022, p. 2273 ss.; J. URÍAS, *Un auto político*, cit.

[41] Nella vicenda considerata, particolarmente indicativo il modo in cui il TC affronta, nell'auto 177/2022, la questione preliminare relativa alla ricusazione di due giudici costituzionali: su tale profilo si sofferma, in particolare, J. URÍAS, *Un auto político*, cit.

[42] Il punto è ben evidenziato da G. NAGLIERI, *Polarizzazione*, cit., p. 78 ss. Tra gli interventi del TC in tal senso più rilevanti vi è senz'altro l'*auto* 124/2017. Si vedano anche la *providencia* del TC dell'11 novembre 2015 (n. *asunto* 6330-2015), la sentenza n. 259 del 2015, l'*auto* n. 141 del 2016, l'*auto* n. 134 del 2017.

Se si guarda al parere sulla secessione del Québec del 1998 della Corte suprema canadese[43], considerato un «referente mundial por contener seguramente la más avanzada doctrina constitucional sobre el derecho de secesión»[44], l'elemento su cui esso è costruito è proprio l'esigenza di inquadrare i fenomeni in questione nella duplice dimensione dell'*adherence to the law* e della *legitimacy*[45]. E un'analoga esigenza è racchiusa nella tensione tra *moral authority* e *legal autority*, che orienta il percorso intrapreso nel Regno Unito, tra il 2011 e il 2014, per far fronte alla rivendicazione indipendentista scozzese[46].

Di fronte alla portata che assumono alcuni processi – per il rilievo culturale, per il sostegno politico-sociale, per la profondità e il radicamento storico – pensare di esaurire la risposta ad essi in una dimensione meramente legalistica può risultare, in chiave democratica, illusorio: difesa in quei termini, l'unità rischia di rivelarsi «formula perdente», come era stato prontamente rilevato proprio in riferimento alle implicazioni sottese alla sentenza del TC sullo Statuto catalano[47].

La ricerca di un diverso approccio non deve peraltro essere necessariamente letta come cedimento alla istanze disgregative: gli schemi sinteticamente richiamati (quello canadese, quello adottato nel Regno Unito) possono essere infatti rivolti ad *addomesticare* la secessione[48]: a portare cioè ad emersione – nel quadro di una procedimentalizzazione che valorizza la negoziazione politica – soluzioni alternative compatibili con il mantenimento dell'unità, magari in una declinazione maggiormente rispettosa del pluralismo nazionale che caratterizza determinati ordinamenti. In tal senso, il processo scozzese, dalla *devolution* al referendum indipendentista, è stato da molti interpretato non come sintomo di una crisi di sistema quanto piuttosto come prova (democratica) di «flexibility to adjust to such a challenge and the

---

43 Si tratta del noto *Reference re Secession of Quebec*, [1998], 2 SCR 217.

44 E. FOSSAS ESPADALER, *Interpretar la política. Comentario a la STC 42/2014, de 25 de marzo, sobre la Declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña*, in *Revista Española de Derecho constitucional*, n. 101, 2014, p. 287.

45 Si veda, in particolare, il par. 67 del parere. Si è di recente ribadito come «the rejection of an approach solely based on a legalistic and formalistic conception of constitutional normativity» rappresenti uno degli elementi portanti della costruzione della Corte canadese: così J.F. GAUDREAULT-DESBIENS, *Secession Blues: Some Legal and Political Challenges Facing the Independence Movement in Quebec*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3, 2014, pp. 768-769.

46 Tensione che emerge da una serie di atti e documenti relativi a quella vicenda: cfr., ad esempio, il manifesto programmatico dello *Scottish National Party* presentato in vista delle elezioni del 2011 (*Re-elect. A Scottish Government Working for Scotland (2011). Scottish National Party Manifesto 2011*, spec. p. 28); le dichiarazioni successive alle elezioni del *leader* del medesimo partito (raccolte in *Stunning SNP election victory throws spotlight on Scottish independence*, *theguardian.com*, 6 maggio 2011); nonché diversi dossier istituzionali elaborati dalle istituzioni britanniche, tra cui *Scotland's constitutional future. A consultation on facilitating a legal, fair and decisive referendum on whether Scotland should leave the United Kingdom*, gennaio 2012; *Referendum on Scottish Independence*, elaborato dal *Select Committee on the Constitution* della Camera dei *Lords* (febbraio 2012); *The Referendum on Separation for Scotland: making the process legal*, House of Commons Scottish Affairs Committee, agosto 2012.

47 A. GREPPI, *Retoriche dell'unità. "Nazione" e "nazionalità" nella Sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo sullo Statuto della Catalogna*, in E. Vitale (a cura di), *Quale federalismo?*, Torino, 2011, pp. 162-163; rilievi di segno analogo sono rinvenibili in J. PÉREZ ROYO, *La STC 31/2010 y la contribución de la jurisprudencia constitucional a la configuración de un Estado compuesto en España: elementos de continuidad y ruptura, e incidencia en las perspectivas de evolución del Estado autonómico*, in *Revista catalana de dret públic*, n. 43, 2011, spec. p. 142 ss.

48 Su tale prospettiva v. A. MASTROMARINO, *Addomesticare la secessione: indipendentismo e integrazione europea in dialogo*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3, 2014, p. 639 ss.

capacity also to recognise the multinational character of the State which underpins the political aspirations of its different peoples»[49]; «a sign of strength, the latest example of the state's pragmatic reconsolidation in response to internal stresses»[50].

Proprio la negoziazione politica tra gli attori in conflitto sembra oggi la scelta di metodo assunta come centrale dall'accordo PSOE-*Junts*: centrale ma anch'essa tutta da concretizzare nelle sue modalità, pur non rinunciandosi a prospettare da subito l'intervento di mediatori internazionali indipendenti per garantire la lealtà delle parti nella conduzione delle trattive.

Volendo provare a formulare, anche alla luce dei recenti accadimenti, una valutazione sulla gestione della questione catalana da parte dello Stato spagnolo, si può ritenere che maggiormente funzionale all'unità dell'ordinamento e alla solidità delle sue istituzioni sarebbe forse risultato un atteggiamento non schiacciato sull'immobilismo e sulla giurisdizionalizzazione del conflitto, ma propenso a riconoscere la portata del problema e dare ad esso risposte politiche, nel tentativo di moderare la radicalità delle istanze portate avanti dalla Comunità autonoma. Molteplici, in tale prospettiva, le soluzioni da esplorare: un referendum consultivo sull'indipendenza, da costruire negli interstizi dell'ordinamento; oppure, senza arrivare a tale ipotesi, si sarebbe potuto ragionare su una revisione del modello di finanziamento; o su una riarticolazione dell'assetto autonomistico (da molti autorevoli studiosi criticato, in primo luogo per aver fallito l'obiettivo di sciogliere il «nudo gordiano del constitucionalismo español», quello della sistemazione della plurinazionalità)[51], da realizzare con interventi o di portata generale o specificamente rivolti a riconoscere la peculiarità catalana[52]; ancora, si sarebbe potuto operare sul rafforzamento degli strumenti di tutela linguistica.

Nella più recente vicenda, colpisce che il terreno per il raggiungimento dell'accordo di governo sia stato preparato proprio con iniziative intraprese dai socialisti su quest'ultimo versante, intese a riconoscere ai parlamentari la possibilità – fino ad oggi negata – di intervenire alle *Cortes generales* utilizzando lingue co-officiali, tra cui il catalano[53], e ad avviare le procedure per includere tale lingua tra quelle ufficiali della UE. Misure in parte ancora precarie e incerte, forse da sole insufficienti, ma che segnano effettivamente un cambio di scenario rispetto alla fase in cui – era il 2012 – un Ministro spagnolo (*de Educación y Cultura*)

[49] S. TIERNEY, *"The Three Hundred and Seven Year Itch": Scotland and the 2014 Independence Referendum*, in M. Qvortrup (a cura di), *The British Constitution: Continuity and Change. A Festschrift for Vernon Bogdanor*, Oxford, 2013, pp. 141-142.
[50] W. WALKER, *International reactions to the Scottish referendum*, in *International Affairs*, vol. 90, n. 4, 2014, p. 745.
[51] F. RUBIO LLORENTE, *Defectos de forma,* cit., pp. 163-164; in termini analoghi, B. ALÁEZ CORRAL, *Constitucionalizar la secesión para armonizar la legalidad constitucional y el principio democrático en estados territorialmente descentralizados como España*, in *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n. 22, 2015, pp. 137-138.
[52] Cfr. S. MUÑOZ MACHADO, *Cataluña*, cit., pp. 228-230; J. TORNOS MAS, *El problema catalán: una solución razonable*, in *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, n. 42, 2014, pp. 52-53.
[53] Si veda la *Reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados*, approvata il 21 settembre 2023 (in *Boletín oficial del Estado*, n. 229 del 25 settembre 2023).

dichiarava candidamente al *Congreso de los diputados* l'intenzione del suo governo di «spagnolizzare i bambini catalani»[54].

[54] Cfr. *Wert: 'Nuestro interés es españolizar a los niños catalanes'*, in *El Mundo*, 10 ottobre 2012.

Oneri motivazionali differenziati richiesti per l'affidamento a società *in house* di attività aventi rilevanza economica e affidamenti *in house* "convenzionali"*

di Andrea Maltoni
Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Milano

Abstract [It]: Il legislatore nazionale nel confermare un'impostazione più pro-concorrenziale rispetto a quanto stabilito dal diritto eurounitario ha individuato nell'onere di motivazione rafforzato una condizione ulteriore ai fini della valutazione della legittimità degli affidamenti in house deliberati dalle amministrazioni appaltanti/concedenti, onere che è sottoposto al sindacato del giudice amministrativo. Di recente sono state introdotte nell'ordinamento giuridico italiano diverse disposizioni che prevedono differenziati oneri di motivazione. Il legislatore interno ha inoltre disciplinato fattispecie convenzionali, in base alle quali le amministrazioni aggiudicatrici possono stipulare convenzioni con società in house, pur in assenza del requisito del controllo analogo.

Title: Different burdens of motivating the decision to award public contracts to in house companies and in house conventional relationships
Abstract [En]: The Italian legislator confirmed a more pro-competitive approach than the euro-unitary one and identified in the burden of motivating an additional condition for the purpose of assessing the legitimacy of the in-house providing decision made by contracting authority, that is subject to the review of the administrative judge. Various legislative provisions concerning the burden of motivating were introduced into the Italian legal system. In addition, legislative provisions concerning conventional relationships were introduced by domestic legislator, according to which the contracting authorities may conclude conventions with in-house companies, even in the absence of the requirement of the 'similar control'.

Parole chiave: onere, motivazione, società in house, codice dei contratti pubblici, diritto dell'Unione europea
Keywords: burden, motivation, in house company, code of public contracts, EU law

Sommario: 1. Introduzione. **2.** Oneri motivazionali differenziati negli affidamenti di appalti e concessioni a società *in house* previsti rispettivamente dal Codice dei contratti pubblici e dal d.lgs. n. 201/2022. **2.1.** Se dette nuove fattispecie normative impongano la dimostrazione del fallimento del mercato ai fini del ricorso agli affidamenti diretti. **2.2.** La relazione di cui all'art. 14, d.lgs. n. 201/2022 rivolta all'esplicitazione delle ragioni della scelta della modalità di gestione del servizio pubblico locale. **3.** Sulla (almeno parziale) convergenza tra le ragioni da porre alla base dell'istituzione di (o della partecipazione a) enti societari *in house* e le ragioni che debbono presiedere alla decisione di procedere agli affidamenti *in house*. **4.** Sulla compatibilità o meno col diritto eurounitario di disposizioni legislative che disciplinano affidamenti *in house* "convenzionali". **5.** Conclusioni.

1. Introduzione

L'onere di motivazione rafforzato con riferimento agli affidamenti *in house*, che è attualmente previsto dall'art. 7, comma 2, d.lgs. n. 36/2023, era già contemplato dall'art. 192, comma 2 del previgente Codice

* Articolo sottoposto a referaggio.

dei contratti pubblici. Come si illustrerà, l'art. 7, d.lgs. n. 36/2023 detta una disciplina dell'onere di motivazione in parte diversa da quella previgente. Prima di esaminare la disciplina sull'onere di motivazione contenuta nella nuova normativa, sembra opportuno rammentare che la Corte di Giustizia e la Corte costituzionale[1] avevano ritenuto, rispettivamente, che l'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 risultava conforme al diritto eurounitario e che le censure di illegittimità costituzionale prospettate con riguardo alla medesima disposizione legislativa erano infondate. In particolare, la Consulta aveva riconosciuto che il legislatore nazionale, mediante la previsione di «ulteriori condizioni», può restringere le ipotesi in cui è consentito il ricorso alla gestione *in house*, in quanto «una disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario», pur non essendo da questo imposta «neppure si pone in contrasto» col medesimo, che, in quanto diretto «a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri»[2].

Inoltre, come è stato evidenziato dai giudici di Palazzo Spada, l'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 – ma lo stesso discorso va riferito, ora, alle disposizioni succedanee di tale norma – risultava «integrativo quanto alle condizioni per il legittimo ricorso all'affidamento *in house* rispetto all'art. 12, Dir. 26 febbraio 2014, n. 2014/24/UE»[3].

Il legislatore nazionale nel confermare un'impostazione più pro-concorrenziale rispetto a quanto stabilito dal diritto eurounitario[4] – che, come si è evidenziato, non risulta in contrasto col medesimo – ha individuato nell'onere di motivazione rafforzato una condizione ulteriore, ricollegandola, segnatamente, «agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza»[5].

---

[1] Si v. Corte di Giustizia UE, sez. IX, 6 febbraio 2020, nelle cause riunite C-89/19, C-90/19 e C-91/19, *www.curia.europa.eu*, nella quale i giudici europei hanno riconosciuto che gli Stati membri sono autorizzati a subordinare la conclusione di una operazione interna per la prestazione di un servizio «all'impossibilità di indire una gara d'appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna». A commento di tale sentenza si v., anche per alcuni rilievi critici, C. CONTESSA, *La Corte di Giustizia legittima i limiti nazionali agli affidamenti "in house"*, in *Urb. e app.*, 3/2020, 354 s. e B. MAMELI, *Il principio di autorganizzazione tra eccezione residuale e opzione di base*, in *Giur. it.*, 2020, 1731 s., e Corte cost. sent. 27 maggio 2020, n. 100.

[2] Si v. Corte cost. sent. 27 maggio 2020, n. 100, § 9.2. parte in Diritto.

[3] Si v. Cons. Stato, sez. IV, 19 ottobre 2021, n. 7023, *in http://www.giustizia-amministrativa.it*.

[4] Si v. l'art. 2 direttiva n. 2014/23/UE e il Considerando 5 delle direttive n. 2014/23 e 2014/24, in cui si è riconosciuto, rispettivamente, "*il diritto degli Stati membri e delle autorità pubbliche di decidere le modalità di gestione ritenute più appropriate per l'esecuzione di lavori e la fornitura di servizi*", e che "*nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici …*".

[5] Si v. Cons. giust. Amm. Sicilia, sez. giurisd., 13 dicembre 2022, n. 1258, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Ne consegue che, oltre ai tre requisiti stabiliti dalle direttive europee[6], il legislatore nazionale ne ha individuato uno ulteriore, stabilendo un onere rafforzato di motivazione nelle ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda affidare un'attività a rilevanza economica a società *in house*. Peraltro, che si tratti di una condizione ulteriore, ai fini della valutazione della legittimità o meno degli affidamenti *in house* deliberati dalle amministrazioni appaltanti/concedenti, appare desumibile anche dal sindacato giurisdizionale che consente un penetrante controllo delle scelte compiute dalle medesime amministrazioni[7].

Si esamineranno ora le disposizioni più recenti introdotte nel nostro ordinamento, riguardanti l'affidamento di contratti pubblici a società *in house*, che, oltre ad accrescere il novero delle ipotesi in cui le amministrazioni affidanti sono sottoposte ad un onere di motivazione, delineano regolamentazioni tra loro differenziate.

Occorrerà, infine, considerare anche le fattispecie legali in cui il legislatore interno, che soltanto in qualche caso ha imposto un onere di motivazione alle amministrazioni affidanti, ha disciplinato una nuova tipologia di affidamento diretto, previa stipula di una convenzione, in assenza del requisito del controllo analogo.

2. Oneri motivazionali differenziati negli affidamenti di appalti e concessioni a società *in house* previsti rispettivamente dal Codice dei contratti pubblici e dal d.lgs. n. 201/2022

Va osservato come nel nuovo Codice dei contratti pubblici del 2023 – che, rinnovando la normativa nazionale di recepimento delle direttive europee del 2014, disciplina, in termini generali, i requisiti e le condizioni che rendono possibile l'autoproduzione quale modalità alternativa al ricorso al mercato[8] – per un verso si stabilisca che l'auto-produzione deve risultare conforme ai principi del risultato, della fiducia

[6] In tema, per una ricognizione di tali caratteri e dei profili di maggiore criticità che presentano alcune disposizioni del t.u.s.p.p. sia consentito rinviare a M. ANTONIOLI, M. CORRADINO, V. DONATIVI, F. FRACCHIA, S. GLINIANSKI, A. MALTONI, (a cura di), *Le società in house*, Napoli, 2020.

[7] Si v. TAR, Lombardia, sez. I, Milano, 22 marzo 2021, n. 742, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[8] Come è stato riconosciuto anche da Cons. Stato, sez. I, 7 maggio 2019, parere n. 488/2019, cit., «l'autorità pubblica, in virtù del principio di libera amministrazione, può discrezionalmente decidere come devono essere gestiti i servizi pubblici locali di rilevanza economica, vale a dire: mediante il ricorso al mercato – individuando l'affidatario mediante gara ad evidenza pubblica –; attraverso il c.d. partenariato pubblico privato – ossia per mezzo di una società mista e quindi con una gara a doppio oggetto per la scelta del socio e, poi, per la gestione del servizio –; ovvero attraverso l'affidamento diretto, *in house*, senza previa gara, ad un soggetto che solo formalmente è diverso dall'ente, ma che ne costituisce sostanzialmente un diretto strumento operativo (Cons. Stato, sez. V, n. 4599/2014; sez. V, n. 257/2015; sez. V, n. 1900/2016)». Cfr. Cons. Stato, Relazione di accompagnamento al codice, 7 dicembre 2022, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui si riconosce come la codificazione del principio di auto-organizzazione determini un maggiore allineamento del diritto nazionale all'ordinamento dell'Unione europea.

e dell'accesso al mercato, per l'altro non sia stata più riproposta una disposizione del tenore di quella prevista dall'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50/2016[9].

Si è tuttavia mantenuto in capo alle Amministrazioni, che intendono procedere ad affidamenti *in house*, un onere di motivazione, la cui previsione e i cui caratteri inducono a rilevare come, in base al diritto interno, permanga un certo disfavore per l'autoproduzione rispetto al ricorso al mercato[10], di cui sembra potersi rinvenire un fondamento anche nel riferimento al principio di cui all'art. 3, d.lgs. n. 36/2023 – contenuto nell'art. 7, comma 2, d.lgs. n. 36/2023 – a norma del quale che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti debbono favorire "*l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità*".

Più nello specifico, si può notare come la nuova disciplina contenuta nell'art. 7, comma 2, d.lgs. n. 36/2023 (Codice dei Contratti pubblici) riprenda in parte la previsione di cui al comma 3 dell'art. 10, d.l. n. 77/2021, conv. dalla l. n. 108/2021. Quest'ultima disposizione, nell'ipotesi in cui l'amministrazione intenda avvalersi del supporto tecnico-operativo di una società *in house* – iscritta nell'elenco delle stazioni appaltanti qualificate tenuto dall'ANAC, ex art. 38, d.lgs. n. 50/2016 – ha in particolare semplificato (rispetto a quanto era stabilito dall'art. 192, comma 2 del Codice del 2016) il contenuto della motivazione in ordine alla congruità economica dell'offerta, prevedendo che la stessa debba avere riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, nonché debba dare conto dei vantaggi, rispetto al ricorso al mercato, derivanti dal risparmio di tempo e di risorse economiche, che emergano in base ad una comparazione con gli standard di riferimento della società Consip S.p.A. e delle centrali di committenza regionali.

Deve altresì rilevarsi che all'art. 7, comma 2, d.lgs. n. 36/2023 si è inteso dare continuità, generalizzandone la portata, alla misura di semplificazione dell'onere motivazionale prevista dal comma 3 dell'art. 10, d.l. n. 77/2021. Anzi, a ben vedere, tale disposizione del Codice dei contratti, per un verso ha graduato l'onere

---

[9] Peraltro, non è stato riproposto neppure il precedente procedimento, delineato dall'art. 192, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016, di iscrizione nell'elenco delle società *in house* detenuto dall'ANAC; procedimento avente inizialmente una funzione meramente dichiarativa, che successivamente aveva assunto caratteri di obbligatorietà (cfr. Cons. Stato, Ad. Comm. Spec., 1° febbraio 2017, parere n. 282/2017, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Non è stata altresì riproposta l'esplicitazione dei requisiti soggettivi richiesti in capo ai soggetti *in house*, che trovava la sua disciplina nel previgente art. 5 del d.lgs. n. 50/2016. Ciò, in conformità al dichiarato obiettivo del PNRR (consultabile sul sito *italiadomani.gov.it/it/home.html*, spec. p. 70), che prevedeva l'adozione di una nuova disciplina più snella rispetto a quella vigente, che riduca al massimo le regole che vanno oltre quelle richieste dalla normativa europea, anche sulla base di una comparazione con la normativa adottata in altri Stati membri dell'Unione europea.

[10] Detto disfavore con cui il legislatore interno ha considerato l'*in house providing* è stato riconosciuto come legittimo dalla Consulta già a partire da Corte cost. sent. 17 novembre 2010, n. 325 – e successivamente anche Corte cost. sent. 20 marzo 2013, n. 46 – in cui si è affermato che l'*in house providing* costituisce «un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica». Per il rilievo secondo cui tale indirizzo restrittivo è stato confermato e rafforzato con il d.lgs. n. 175/2016, si v. A. GIUSTI, *I requisiti dell'in house fra principi giurisprudenziali e nuove regole codificate*, in *Giur. it.*, 2017, 2, 439 s. Si può notare, inoltre, che, rispetto alla formulazione dell'art. 192 del previgente codice dei contratti, manca nell'art. 7, d.lgs. n. 36/2023 il richiamo del "*ricorso al mercato*" (riproposto invece all'art. 17 del d.lgs. n. 201/2022), con la conseguenza che la motivazione sembrerebbe doversi concentrare più sul dato sostanziale, legato all'effettiva maggiore convenienza della scelta della forma di gestione *in house*.

di motivazione in rapporto alle attività oggetto di affidamento, per l'altro ha individuato un'ipotesi di esclusione dell'applicazione della relativa disciplina mediante il rinvio al d.lgs. n. 201/2022 in relazione all'affidamento di servizi di interesse economico generale locali. A tal riguardo si può notare come, in base al combinato disposto di cui al comma 3 dell'art. 7 del nuovo Codice dei contratti pubblici e ai commi 1 e 2 dell'art. 17, d.lgs. n. 201/2022, quest'ultima disciplina legislativa sia in realtà destinata a trovare applicazione soltanto agli affidamenti *in house* di servizi di interesse economico generale di livello locale sopra soglia (su cui si v. *infra* §. 2.1.). Di tal che, la disciplina di cui all'art. 7, comma 2 d.lgs. n. 36/2023 è da ritenere che trovi applicazione agli affidamenti di appalti e concessioni sia sopra che sottosoglia, nei settori ordinari e in quelli speciali, ad eccezione di quelli aventi ad oggetto servizi di interesse economico generale di livello locale.

Oltre a questa distinzione, desumibile sulla base del rinvio effettuato dall'art. 7, comma 3, d.lgs. n. 36/2023 alla disciplina sui servizi pubblici locali di rilevanza economica, che appare basata sul valore economico e sulla specificità delle attività costituenti oggetto di affidamenti *in house*, deve rilevarsi come ne esista un'altra per così dire "interna" al Codice dei contratti. Come si evince, infatti, dall'art. 7, comma 2, d.lgs. n. 36/2023, nell'ambito delle prestazioni oggetto di contratti pubblici occorre distinguere quelle che sono qualificabili come "strumentali" da quelle che non sono sussumibili in tale categoria. Tuttavia, il Codice dei contratti non definisce, neppure in altra disposizione, quali siano le prestazioni "strumentali" e deve peraltro escludersi che tale locuzione possa riferirsi alla categoria dei "*servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza*", a cui faceva riferimento l'art. 192, comma 2 del Codice dei contratti del 2016, dal momento che non è rinvenibile nel contesto normativo, individuato dall'art. 7, comma 2 d.lgs. n. 36/2023, alcun riferimento alla concorrenza o al mercato con riguardo ai servizi da affidare.

Una disposizione di tal fatta, che stabilisce un diverso onere motivazionale, allorquando oggetto di un contratto pubblico sono prestazioni "strumentali", anche se non appare di agevole lettura è probabilmente da interpretarsi sulla base della distinzione tra beni e servizi strumentali e servizi di interesse generale, tracciata, in passato, dall'art. 13, d.lgs. n. 223/2006 e, da ultimo, ripresa dall'art. 4, comma 2, d.lgs. n. 175/2016[11]. Occorre infatti rilevare che il legislatore, ogni qual volta ha fatto

[11] In base all'art. 4, comma 2, d.lgs. n. 175/2016, si stabilisce, in particolare, che "le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate": a) la produzione di un servizio di interesse generale (SIG), nel cui ambito sono da ricondursi anche quelli a rilevanza economica (SIEG), ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; b) la progettazione e la realizzazione di un'opera pubblica in base ad un accordo di programma tra p.a.; c) la realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero la organizzazione e gestione di un SIG o di un SIEG oggetto di un contratto di partenariato affidato ad una società mista nella quale il socio privato sia scelto con gara a doppio oggetto; d) l'autoproduzione di beni e servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti nel rispetto della normativa europea e di quella interna in tema di contratti pubblici; e) la produzione di servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, a favore di amministrazioni aggiudicatrici e di enti non lucrativi. Le attività di cui all'art. 4, comma 2, d.lgs. n. 175/2016. appaiono, a ben vedere, individuabili in quelle proprie,

riferimento alla produzione di beni e servizi strumentali alle attività delle amministrazioni socie, ha inteso essenzialmente marcare la distinzione tra attività "strumentali", da un lato, e SIG e SIEG, dall'altro.

Pertanto, se si ritiene che anche il nuovo Codice dei contratti pubblici abbia accolto tale impostazione va altresì segnalato come l'onere motivazionale più gravoso, tra i due menzionati all'art. 7, comma 2, d.lgs. n. 36/2023, sia quello a cui sono assoggettate le p.a. che affidano servizi diversi da quelli strumentali (*i.e.* servizi di interesse economico generale), mentre alla decisione di autoprodurre beni e servizi "strumentali" risulta riferibile un onere motivazionale meno gravoso, dal momento che l'amministrazione è tenuta semplicemente a dare "*conto dei vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici*". La semplificazione appare soprattutto evidente là dove la disposizione *de qua* puntualizza che "*i vantaggi in termini di economicità*" potrebbero essere dimostrati "*mediante la comparazione con gli standard di riferimento della società Consip S.p.a. e delle altre centrali di committenza, con i parametri ufficiali elaborati da altri enti regionali nazionali o esteri oppure, in mancanza, con gli standard di mercato*". Quest'ultima disposizione ha infatti graduato, mediante la previsione di alcuni automatismi che dovrebbero prevenire il contenzioso, la dimostrazione della maggiore economicità degli affidamenti *in house*, disponendo in particolare che le amministrazioni o gli enti affidanti sono tenute/i a fare riferimento: *i*) agli standard di riferimento della Consip S.p.a. e delle altre centrali di committenza; *ii*) ai parametri ufficiali predisposti da altri enti regionali, nazionali o esteri; *iii*) in mancanza di quelli indicati *sub* i) e ii), agli standard di mercato rilevabili mediante un'apposita indagine.

Ne emerge un quadro piuttosto frastagliato ed anche disarmonico, essendo previsti ben tre diversi tipi di oneri motivazionali delineati in base ad un criterio di tipo "orizzontale", ossia che fa riferimento al diverso ambito prestazionale oggetto di affidamento (*i.e.*: distinguendo tra SIEG che non costituiscono oggetto di affidamento da parte di enti locali e servizi strumentali), e da un criterio di tipo "verticale", basato sul valore economico del contratto, riguardante i SIEG affidati dagli enti locali o dagli enti di ambito sovracomunale. Come infatti si evidenzierà nel prosieguo, anche nel caso dell'affidamento di concessioni e di appalti sotto soglia, aventi ad oggetto SIEG locali, non sembra potersi escludere la sussistenza di un onere di motivazione.

da un canto, delle società aventi ad oggetto la produzione di servizi di interesse generale (*rectius*: quelle indicate all'art. 4, comma 2, lett. a) e c), d.lgs. n. 175/2016), dall'altro, delle società c.d. strumentali *in house* o miste, ai sensi dell'abrogato art. 13, d.l. n. 223/2006, conv. dalla l. n. 248/2006 affidatarie di contratti pubblici (*rectius*: quelle di cui all'art. 4, comma 2, lett. b), d) ed e), d.lgs. n. 175/2016).

2.1. Se la fattispecie di cui all'art. 17, d.lgs. n. 201/2022 imponga la dimostrazione del fallimento del mercato ai fini dell'affidamento diretto

Deve rilevarsi che, tra le diverse fattispecie normative sopra menzionate, quella di cui all'art. 17, comma 2, d.lgs. n. 201/2021 contiene una disciplina sull'onere di motivazione che non sembra discostarsi molto da quella prevista dall'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50/2016. Come si evidenzierà, la previsione legislativa richiamata non offre elementi nuovi a sostegno dell'orientamento giurisprudenziale che ha accolto un'interpretazione decisamente restrittiva con riguardo all'onere di motivazione di cui all'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50/2016. Secondo il menzionato orientamento, le amministrazioni potevano in particolare disporre affidamenti *in house* soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato – con la conseguenza che risultava necessario dare «la prova dell'inesistenza di soluzioni alternative»[12] –, in ragione dell'impossibilità di perseguire obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità, di qualità del servizio, di ottimale impiego delle risorse pubbliche, e della comprova di specifici benefici per la collettività connessi alla scelta di fare ricorso all'autoproduzione[13].

Nell'individuazione delle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione dei SIEG locali sopra soglia, l'amministrazione affidante, ai sensi dell'art. 17, comma 2, d.lgs. n. 201/2022, deve in particolare tener conto – operando un raffronto con i costi di riferimento dei servizi, con lo schema tipo di piano economico-finanziario, con gli indicatori e i livelli minimi di qualità dei servizi definiti dalle Autorità di regolazione per i servizi a rete e dalle strutture della Presidenza del Consiglio per i servizi non a rete – dei "*benefici per la collettività della forma di gestione prescelta con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni in house*", nonché "*dei dati e delle informazioni risultanti dalle verifiche periodiche di cui all'articolo 30*"[14].

Da tale disposizione si desume, in particolare, come il mancato ricorso al mercato non costituisca un elemento valutativo distinto, bensì connesso ai (o per meglio dire che trova fondamento esclusivamente nei) due profili caratterizzanti l'obbligo di motivazione, da individuarsi sia nei benefici economici sia nei benefici per la collettività di riferimento di natura non economica. Là dove al comma 2 dell'art. 17, d.lgs. cit. si richiamano i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, si fa riferimento, infatti, tanto ad elementi di carattere economico (*i.e.*: investimenti, costi dei servizi per gli utenti, impatto sulla

[12] Si v. per detto riferimento Cons. Stato, sez. IV, 15 luglio 2021, n. 5351, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[13] Si v. Cons. St. sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102, ID, 3 marzo 2020, n. 1564, in *www.giustizia-amministrativa.it*, nonché Corte conti, sez. giurisd. Lombardia, 25 ottobre 2022, n. 161, in *www.corteconti.it/*.

[14] All'art. 30, comma 2, d.lgs. n. 201/2022 si prevede, in particolare, che deve essere compiuta dagli enti territoriali locali o dalle forme associative tra i medesimi una ricognizione periodica della situazione gestionale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica nei rispettivi territori, nella quale deve indicarsi anche "*la misura del ricorso all'affidamento a società in house, oltre che gli oneri e i risultati in capo agli enti affidanti*".

finanza pubblica, risultati conseguiti in precedenti gestioni *in house*), quanto ad elementi di carattere qualitativo (*i.e.*: la qualità del servizio, gli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità ai servizi). Di tal che, elementi di carattere economico ed elementi qualitativi risultano inestricabilmente connessi gli uni agli altri e finiscono per comporre un quadro unitario, che deve sostanziare la decisione dell'amministrazione pubblica di autoprodurre. Detta conclusione – che appunto delinea una valutazione integrata degli aspetti economici e di quelli qualitativi[15] – appare avvalorata anche dalla previsione del comma 5 dell'art. 17, d.lgs. cit., ai sensi della quale "*l'ente locale procede all'analisi periodica e all'eventuale razionalizzazione previste dall'articolo 20 del decreto legislativo n. 175 del 2016, dando conto, nel provvedimento di cui al comma 1 del medesimo articolo 20, delle ragioni che, sul piano economico e della qualità dei servizi, giustificano il mantenimento dell'affidamento del servizio a società in house, anche in relazione ai risultati conseguiti nella gestione*" [16].

Di particolare rilievo appaiono, inoltre, i riferimenti, contenuti nel comma 2 dell'art. 17, d.lgs. cit., agli investimenti (che potrebbero riguardare reti e infrastrutture essenziali alla gestione dei servizi pubblici), alla tutela dell'ambiente[17] e ai risultati di pregresse gestioni *in house*, in quanto siffatti elementi non erano contemplati dall'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50/2016. In altri termini, i benefici per la collettività derivanti dal mancato ricorso al mercato potrebbero, ora, essere individuati anche nel fatto che si intendono sostenere determinati, significativi, investimenti in reti, impianti e altre dotazioni strumentali essenziali per l'erogazione dei servizi, con riferimento ai quali non sia possibile acquisire una eguale disponibilità da parte di soggetti privati, da rilevarsi sulla base di un'indagine di mercato. Parimenti significativo è il riferimento alla tutela dell'ambiente, posto che una gestione interamente pubblica *in house* potrebbe garantire il conseguimento di più ambiziosi obiettivi di sostenibilità ambientale nella gestione dei servizi, stabilendosi ad esempio che tutti gli avanzi di gestione siano destinati in via esclusiva a dette finalità.

Infine, il fatto che possano essere considerati i risultati di pregresse gestioni *in house* sembra semplificare la dimostrazione dell'efficiente gestione dei SIEG da realizzare mediante tale forma di gestione (si tenga

[15] Ciò anche in coerenza con l'impostazione dettata dalle direttive europee in materia di contratti pubblici, in base alle quali il criterio di aggiudicazione deve essere quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (cfr. art. 67 della Direttiva n. 24/2014/UE settori ordinari; art. 82 della Direttiva n. 25/2014/UE settori speciali), dovendosi relegare ad un ruolo residuale, nelle ipotesi specificamente previste, il criterio del prezzo più basso.

[16] A tal riguardo occorre tener altresì conto che, a norma dell'art. 17, comma 4 d.lgs. n. 201/2021, riguardante i servizi pubblici locali a rete, la delibera di affidamento *in house*, oltre ad essere dotata di una motivazione qualificata, nei termini sopra specificati, deve essere fornita di un piano economico finanziario che, fatte salve le discipline di settore, contenga anche la proiezione, su base triennale e per l'intero periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti, nonché la specificazione dell'assetto economico-patrimoniale della società, del capitale proprio investito e dell'ammontare dell'indebitamento, da aggiornare ogni triennio. Tale piano deve essere asseverato da un istituto di credito o da una società di servizi iscritta all'albo degli intermediari finanziari.

[17] Sottolinea come la politica di investimenti e la tutela degli interessi ambientali siano due profili che, entrambi, comportano valutazioni di carattere economico e di natura sociale, che hanno una ricaduta sui costi di gestione, W. TROISE MANGONI, *La motivazione qualificata dell'affidamento in house*, in R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali. Aggiornamento al d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201*, Torino, Giappichelli, 2023, spec. 329.

presente che, come viene specificato al comma 2 dell'art. 17, d.lgs. cit., il mancato ricorso al mercato va posto in relazione all'efficiente gestione del servizio), dal momento che la ricognizione periodica della situazione gestionale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica – ricognizione che deve consentire di rilevare "*il concreto andamento dal punto di vista economico, della qualità del servizio e del rispetto degli obblighi indicati nel contratto di servizio, in modo analitico*" – è compiuta dagli enti locali o dalle forme associative dei medesimi, ex art. 30, d.lgs. n. 201/2022, in relazione "*al proprio ambito o bacino del servizio*". Pertanto, i benefici dal punto di vista economico per la collettività, richiesti ai fini degli affidamenti *in house*, potrebbero essere dimostrati in base ad un raffronto con pregresse gestioni *in house*, realizzate nei rispettivi ambiti territoriali degli enti affidanti.

Tutti questi elementi di carattere economico o qualitativo, che sembrerebbero imporre una ponderazione complessiva dei medesimi, inducono a ritenere che non sia affatto necessaria la dimostrazione di una situazione di fallimento di mercato.

È interessante notare come una parte della giurisprudenza avesse ritenuto integrato il fallimento del mercato, rispettivamente, «"tutte le volte che i benefici per la collettività siano di per sé tali da giustificare il mancato ricorso al mercato"», dal momento che «la realizzazione dell'interesse pubblico, sotteso alla scelta del gestore del servizio non esige … che l'onere motivazionale si estenda sino all'accertamento della oggettiva impossibilità di conseguire il medesimo risultato con il ricorso al mercato», risultando al riguardo sufficiente «l'indicazione di plausibili ed atipiche ragioni preferenziali, addotte a sostegno della globale convenienza dello strumento pubblico»[18], ogni qual volta risulta comprovata la «incapacità del mercato di offrire il servizio *de quo* alle medesime condizioni qualitative, economiche e di accessibilità»[19].

In altre pronunzie, poi, i giudici amministrativi, sempre in applicazione dell'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, avevano ritenuto che fosse implicitamente superfluo ogni riferimento al fallimento del mercato. Ciò, in ragione del fatto che, da un lato, a risultare essenziale era la dimostrazione «dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna e la congruità economica dell'offerta, che richiedono un'analisi di diversi fattori inerenti al caso specifico[20], e, dall'altro, l'art. 192, comma 2,

[18] Si v. TAR, Lombardia, sez. I, Milano, 4 gennaio 2022, n. 12, nonché TAR Veneto, 11 novembre 2022, n. 1729, in http://www.giustizia-amministrativa.it.

[19] Si v. Cons. Stato, sez. IV, 19 ottobre 2021, n. 7023, cit.

[20] Si v. Cons. Stato, sez. IV, 22 ottobre 2021, n. 7093, in http://www.giustizia-amministrativa.it, in cui sono passati in rassegna i vari fattori rilevanti ai fini di detta valutazione, tra cui segnatamente: il confronto puntuale del costo del lavoro; il confronto comparativo tra il costo complessivo offerto da servizi comunali e quello del gestore uscente; la verifica circa il costo unitario, riscontrato più conveniente di quello registrato nei plurimi "benchmark" presi a riferimento; il fatto che i "benchmark" indicati potessero ritenersi ragionevolmente attendibili, in ragione della comparazione effettuata con altri enti con caratteristiche di omogeneità territoriale e geografica; la considerazione che i "benchmark" presi a riferimento davano conto di una indagine di mercato rivolta a comparare la proposta della società *in house* con un benchmark di riferimento risultante dalle condizioni praticate da altre società *in house* operanti nel territorio limitrofo; il fatto che il costo medio per abitante era in linea con quello praticato nelle altre realtà territoriali dei servii comunali; la

d.lgs. n. 50/2016 non soltanto non poteva considerarsi riproduttivo dell'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008 e dell'art. 4, d.l. n. 138/2011 – disposizioni, queste, che contemplando un'ipotesi in cui l'affidamento diretto era automaticamente escluso, comportavano «una limitazione assoluta della discrezionalità dell'amministrazione» –, ma non presentava neppure un carattere particolarmente stringente, potendo, segnatamente, «ritenersi congrua la motivazione con cui si dimostri la convenienza economica dell'affidamento diretto e le ragioni del mancato ricorso al mercato, senza per questo arrivare a dare prova dell'inesistenza di soluzioni alternative»[21].

Alla luce della più recente disciplina contenuta nell'art. 17, comma 2, d.lgs. n. 201/2022 in tema di onere motivazionale (che presenta i sopra segnalati elementi differenziali rispetto alla fattispecie di cui all'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50/2016), si può considerare *a fortiori* superato il riferimento al fallimento del mercato o quanto meno si può ritenere il medesimo assorbito entro una valutazione unitaria, che presuppone la necessaria considerazione della concreta situazione di fatto – ossia dei dati oggettivi «necessari al fine di compiere in maniera oggettiva quanto completa» una comparazione tra i diversi modelli organizzativi disponibili –, nonché delle «ragioni che, nel caso concreto, hanno condotto l'amministrazione a scegliere il modello *in house* rispetto alla esternalizzazione»[22].

L'amministrazione affidante appare dunque tenuta a dimostrare, mediante un'accurata istruttoria, che il ricorso al mercato non garantirebbe quei benefici per la collettività (esemplificativamente indicati al comma 2 dell'art. 17, d.lgs. cit.), che possono essere invece assicurati da una gestione *in house*. Ciò, a ben vedere, presuppone non che sussista una situazione di fallimento di mercato, ovvero che venga dimostrata l'inesistenza di soluzioni alternative oppure l'oggettiva impossibilità di conseguire il medesimo risultato con il ricorso al mercato, ma più semplicemente che i predetti benefici possano essere meglio conseguiti mediante una gestione *in house*. Il che induce a ritenere che la valutazione discrezionale, che è rimessa all'amministrazione affidante, non dovrebbe discostarsi sostanzialmente da quella che era richiesta ai sensi dell'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, come interpretato da quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui non era necessaria la dimostrazione di una situazione fallimento di mercato, essendo sufficiente la verifica, da un lato, della maggior convenienza del modello dell'*in house providing* rispetto alle forme di esternalizzazione del servizio, e, dall'altro, che l'offerta inerente alla gestione del servizio presentata dall'ente societario *in house* risulta conveniente sul piano economico e qualitativo[23].

---

evidenziazione dei vantaggi economici derivanti dalla possibilità di adattare in ogni momento le condizioni di erogazione del servizio alle mutate esigenze del Comune; la previsione di elementi innovativi.

[21] Cons. Stato, sez. IV, 15 luglio 2021, n. 5351, cit.

[22] Si v. Cons. Stato, sez. IV, 19 ottobre 2021, n. 7023, cit.

[23] Si consideri, ad esempio, che come è stato rilevato da Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2022, n. 3562, in http://www.giustizia-amministrativa.it, la giurisprudenza (almeno una parte) interpretava l'art. 192, comma 2, d.lgs. cit., nel senso di richiedere: i) «una valutazione di convenienza della scelta di internalizzazione che tenga conto di tutti i parametri individuati dall'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016, di modo che ciascuno di essi deve sussistere per supportare

2.2. La relazione di cui all'art. 14, d.lgs. n. 201/2022 rivolta all'esplicitazione delle ragioni della scelta della modalità di gestione del servizio pubblico locale

Occorre evidenziare che all'art. 14, d.lgs. n. 201/2022 viene dettata una disciplina che risulta applicabile a tutti gli enti locali e alle forme associative tra i medesimi (*i.e.* "*gli altri enti competenti*"[24]), che ritengono sia possibile affidare un servizio pubblico locale ad un singolo operatore o ad un numero limitato di operatori economici. Al ricorrere di tale situazione, l'ente affidante (*i.e.* l'autorità d'ambito/l'ente di bacino o l'ente locale) deve individuare la forma di gestione più appropriata tra quelle previste, nel rispetto del diritto eurounitario, segnatamente: i) l'affidamento a terzi mediante procedura di evidenza pubblica, secondo le modalità previste dall'art. 15, d.lgs. cit.; ii) l'affidamento a società mista, secondo le modalità previste dall'art. 16, d.lgs. cit.; iii) l'affidamento a società *in house*, secondo le modalità previste dall'art. 17, d.lgs. cit.; iv) con riferimento soltanto ai servizi diversi da quelli a rete, la gestione in economia o mediante aziende speciali di cui all'art. 114, d.lgs. n. 267/2000.

Tale disposizione legislativa sembra riprendere, precisandone meglio i contenuti, la disciplina che era contenuta nell'art. 34, commi 20 e 21, d.l. n. 179/2012, conv. dalla l. n. 221/2012 – disposizioni, queste, che sono state abrogate dall'art. 37, comma 1, lett. h), d.lgs. n. 201/2022 – che appunto prescriveva che l'ente affidante, nel caso di nuovi affidamenti fosse tenuto a dar conto, in un'apposita relazione, oltre che delle ragioni della modalità gestionale prescelta anche della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento eurounitario, e, con riferimento agli affidamenti in essere non conformi al diritto eurounitario, dovesse provvedere al loro adeguamento.

Con la nuova disciplina in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica viene dunque confermata la scelta legislativa di imporre all'ente locale o ad altro ente competente sovracomunale affidante di dar conto delle ragioni che sono a fondamento dell'individuazione della modalità gestionale prescelta.

Nell'individuare la forma gestionale che caso per caso risulta preferibile, tra quelle summenzionate (*i.e.* quelle indicate all'art. 14, comma 1, lett. a-d), d.lgs. n. 201/2022), l'ente locale o l'ente sovracomunale

---

l'affidamento *in house*, compreso quello di economicità della gestione», di tal che l'amministrazione era tenuta a dare conto, «attraverso una valutazione complessiva ed articolata … di una serie di parametri afferenti alla qualità del servizio … esulanti dall'economicità del medesimo in senso stretto, ma che, una volta esternati concorrono a sostenere, sotto il profilo motivazionale, il provvedimento di affidamento, nel loro complesso e non in via autonoma e separata l'uno dall'altro»; ii) «il giudizio di convenienza economica, riferito all'offerta, così come in concreto formulata dalla società partecipata». Si v. anche Cons. Stato, sez. consultiva atti normativi, parere n. 774 del 29 marzo 2017, Cons. Stato, sez. IV, 15 luglio 2021, n. 5351, che fanno riferimento alla "ragionevolezza economica" e, dunque, ad un concetto riconducibile a quello di buona amministrazione.

[24] A norma dell'art. 2, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 201/2022, sono "enti competenti": gli enti locali, nonché "*gli altri soggetti competenti a regolare o organizzare i servizi di interesse economico generale di livello locale, ivi inclusi gli enti di governo degli ambiti o bacini di cui all'articolo 3 -bis del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, e le forme associative tra enti locali previste dall'ordinamento*".

competente nel redigere un'apposita relazione deve attenersi ad una serie di prescrizioni, puntualmente indicate ai commi 2 e 3 dell'art. 14, d.lgs. cit., o meglio, deve fornire un'adeguata motivazione di tale scelta. Come appare evidente il legislatore ha inteso prevedere un onere di motivazione non soltanto per il caso di affidamenti *in house*, ma anche con riguardo alle altre modalità gestionali previste dall'art. 14, comma 1, d.lgs. cit., il che finisce, a ben vedere, per rendere meno eccezionale l'auto-produzione rispetto ai modelli gestionali espressivi del ricorso al mercato.

Con riguardo agli affidamenti *in house* appare particolarmente rilevante la questione del rapporto sussistente tra le prescrizioni indicate nei commi 2 e 3 dell'art. 14, d.lgs. n. 201/2022, riguardanti la predetta relazione, e quelle contenute nel comma 2 dell'art. 17, d.lgs. cit., che attengono, invece, alla deliberazione di affidamento del servizio. Se appare indubitabile che si tratti di due atti distinti – stante l'espressa statuizione di cui all'art. 31, commi 1 e 2, d.lgs. n. 201/2022, che ne prevede l'espressa immediata pubblicazione sul sito istituzionale dell'ente affidante e la loro comunicazione all'ANAC, che a sua volta è tenuta a pubblicarli sul proprio portale telematico in un'apposita sezione – i contenuti di tali atti finiscono in buona parte per sovrapporsi.

Più precisamente, va osservato che le disposizioni di cui all'art. 17, comma 2, d.lgs. cit. dettano una disciplina specifica inerente all'onere motivazionale per i casi in cui l'ente pubblico intenda affidare un contratto avente ad oggetto la gestione di un servizio pubblico locale di importo superiore alle soglie di rilevanza europea ad una società *in house*, mentre nel caso in cui sia individuata un'altra forma gestionale troveranno applicazione le prescrizioni sull'onere di motivazione contenute nell'art. 14, comma 2, d.lgs. cit. Detto rilievo appare desumibile anche in base ad un raffronto tra gli artt. 15, 16 e 17, d.lgs. cit., da cui emerge come soltanto quest'ultima disposizione legislativa individui gli elementi valutativi da porre a fondamento della scelta di procedere ad un affidamento *in house*, mentre con riguardo alle altre modalità di gestione del servizio pubblico locale, mancando una disciplina specifica, non potranno che trovare applicazione le prescrizioni contenute nell'art. 14, comma 2, d.lgs. cit.

A ben vedere, però, vi è un'ulteriore precisazione che deve essere fatta. In base al combinato disposto di cui agli artt. 14, comma 2 e 17, comma 1, d.lgs. cit. occorre effettuare una partizione tra gli affidamenti *in house providing* di importo superiore alle soglie di rilevanza europea e quelli sotto soglia. In particolare, detta distinzione è desumibile dalla previsione di cui al comma 2 dell'art. 17, d.lgs, cit., che, diversamente dal comma 1 del medesimo articolo, specifica che i contenuti dell'onere di motivazione ivi indicati si riferiscono (esclusivamente) ad affidamenti di importo superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici.

Probabilmente l'intento del legislatore era quello di rinviare per gli appalti e le concessioni inerenti a servizi pubblici locali sottosoglia (che, a norma dell'art. 15, d.lgs. n. 201/2022, costituiscono gli strumenti

negoziali utilizzabili nell'affidamento di tali servizi) alla disciplina in materia di contratti pubblici, anche in tema di onere motivazionale. In realtà, detto rinvio mobile alla normativa interna di recepimento delle direttive in materia di contratti pubblici, previsto espressamente dall'art. 17, comma 1, d.lgs. cit., non sembra che possa essere riferito anche alla disciplina sull'onere motivazionale nei casi di affidamento *in house* sotto soglia di servizi pubblici locali, dovendo trovare applicazione, con riferimento a questi ultimi, le disposizioni di carattere speciale contenute nel d.lgs. n. 201/2022, segnatamente la previsione di cui all'art. 14, comma 2, d.lgs. cit. Occorre infatti tener presente che quest'ultima disposizione legislativa, a differenza dell'art. 17, comma 2, d.lgs. cit., non distingue tra affidamenti sopra e sotto soglia[25], dettando una disciplina unitaria sull'onere di motivazione che, come sopra evidenziato, appare riferibile a tutte e tre le modalità di gestione dei servizi pubblici locali. Pertanto, nel caso di affidamenti *in house* sotto soglia, sebbene la relazione di cui all'art. 14, comma 3, d.lgs. cit. non possa considerarsi sostitutiva della deliberazione di affidamento del servizio, è da ritenere che con tale relazione venga comunque assolto l'onere di motivazione. Tale conclusione trova riscontro nel fatto che i contenuti della relazione di cui all'art. 14, comma 2, d.lgs. cit. non sembrano discostarsi in modo sostanziale da quelli prescritti dall'art. 17, comma 2, d.lgs. cit., dal momento che si prevede che anche nella scelta del modello *in house providing* "*l'ente locale e gli altri enti competenti tengono conto delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio da prestare, inclusi i profili relativi alla qualità del servizio e agli investimenti infrastrutturali, della situazione delle finanze pubbliche, dei costi per l'ente locale e per gli utenti, dei risultati prevedibilmente attesi in relazione alle diverse alternative, anche con riferimento a esperienze paragonabili, nonché dei risultati della eventuale gestione precedente del medesimo servizio sotto il profilo degli effetti sulla finanza pubblica, della qualità del servizio offerto, dei costi per l'ente locale e per gli utenti e degli investimenti effettuati*", nonché "*dei dati e delle informazioni che emergono dalle verifiche periodiche di cui all'articolo 30*". Il medesimo discorso vale nel caso del piano economico-finanziario, che, con riguardo ai servizi pubblici locali a rete, è previsto in vista della realizzazione di interventi infrastrutturali tanto dall'art. 14, comma 4, d.lgs. cit. (là dove si specifica che detto piano integra la relazione), quanto dall'art. 17, comma 4, d.lgs. cit., in cui si precisa che il piano va allegato alla deliberazione di affidamento.

Tuttavia, va notato come, in relazione agli affidamenti sia sopra che sotto soglia inerenti a servizi pubblici locali, nella relazione di cui all'art. 14, comma 3, d.lgs. cit. – in linea di continuità con quanto era stabilito dall'art. 34, comma 20, d.l. n. 179/2012, conv. dalla l. n. 221/2012 – debbono indicarsi alcuni contenuti che non sono invece prescritti ai fini della predisposizione della deliberazione di affidamento di cui all'art.

[25] Il fatto che all'art. 14, comma 2, lett. c) si specifichi che gli affidamenti *in house* debbono avvenire secondo le modalità previste dall'art. 17, d.lgs. cit., non può che essere in questo caso inteso come non riferibile all'onere di motivazione di cui al comma 2 dell'art. 17, d.lgs. cit., stante l'espressa statuizione agli affidamenti di importo superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici. Del resto, l'onere di motivazione non costituisce una modalità, bensì la base giustificativa che presiede alla scelta di individuazione di tale modalità di gestione del servizio pubblico locale.

17, comma 2, d.lgs. cit., segnatamente: l'individuazione degli obblighi di servizio pubblico e delle "*eventuali compensazioni economiche, inclusi i relativi criteri di calcolo, anche al fine di evitare sovracompensazioni*".

D'altra parte, occorre considerare che la giurisprudenza amministrativa ha avuto già occasione di affermare che anche soltanto con uno di tali atti si può assolvere all'onere di motivazione, potendo la deliberazione di affidamento rinviare *per relationem* alle analisi e alle conclusioni contenute nella relazione[26].

Ciò che non appare, invece, ben comprensibile è la *ratio* sottesa alla previsione di cui all'art. 17, comma 3, d.lgs. cit., in base alla quale la clausola standstill o di c.d. "raffreddamento"[27] di sessanta giorni, stabilita ai fini della stipula del contratto di servizio, è riferibile soltanto alla pubblicazione sul sito istituzionale dell'ente della deliberazione di affidamento a società *in house* sopra soglia, nonché ad altre ipotesi di affidamento "*senza procedura a evidenza pubblica di importo superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici, compresi gli affidamenti nei settori di cui agli articoli 32 e 35*". Se la *ratio* di tale disposizione legislativa appare individuabile nel fatto che si è inteso garantire, in tale spazio temporale, tanto a determinate Autorità amministrative indipendenti (*i.e.* ANAC e AGCM), quanto agli operatori economici privati del settore di poter eventualmente contestare la scelta inerente alla modalità gestionale *in house* adottata dall'ente affidante[28], non si vede perché, a fronte dell'affidamento di un servizio di interesse economico generale locale, ancorché per un importo sotto soglia, non debba parimenti considerarsi essenziale tale garanzia, che, a ben vedere, è posta sia a tutela di interessi pubblici generali (che risultano presidiati dalle citate Autorità indipendenti), sia di situazioni giuridiche soggettive degli operatori economici.

Si tratta di una scelta legislativa che appare inspiegabile anche là dove si consideri che all'art. 31, comma 2, d.lgs. cit. si prevede l'immediata pubblicazione sul sito istituzionale, nonché la trasmissione all'ANAC (non soltanto della deliberazione di affidamento ma) anche della relazione di cui all'art. 14, comma 3, d.lgs. cit.

---

[26] Si v. sul punto Cons. giust. amm., Sicilia, sez. giurisd., 13 dicembre 2022, n. 1258, cit., in cui, con riguardo al caso specifico, i giudici amministrativi avevano rilevato che nessuno dei due atti aveva adempiuto all'onere di motivazione, dal momento che non avevano «dato conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta, nonché delle ragioni del mancato ricorso al mercato e dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta». Nel senso che la relazione, ex art. 34, comma 30 d.l. n. 179/2012, soddisfaceva l'onere motivazionale di cui all'art. 192, d.lgs. n. 50/2016, si v. Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2021, n. 1596, in http://www.giustizia-amministrativa.it.

[27] In questi termini la definiscono M. CLARICH, A. MOLITERNI, *Scelta della modalità di gestione del servizio pubblico locale*, in R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali. Commento al d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, e analisi sistematica delle regole vigenti nei singoli settori*, Giuffrè, Milano, 2023, 244. Mettono in evidenza come, con riguardo al settore dei contratti pubblici, si siano formati due indirizzi giurisprudenziali, G. FARES, V. LOPILATO, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali*, in *La riforma dei servizi pubblici locali. Commento al d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, e analisi sistematica delle regole vigenti nei singoli settori*, cit. 311. Secondo il primo orientamento la violazione di detto periodo di *stand still* comporta una grave violazione delle norme procedurali che determina la inefficacia in via retroattiva del contratto stipulato, mentre in base al secondo orientamento la indicata violazione non determina l'annullabilità dell'aggiudicazione, né l'inefficacia del contratto

[28] Si v. sul punto ancora M. CLARICH, A. MOLITERNI, *Scelta della modalità di gestione*, *cit.*, 244.

3. Sulla (almeno parziale) convergenza tra le ragioni da porre alla base dell'istituzione di (o della partecipazione a) enti societari *in house* e le ragioni che debbono presiedere alla decisione di procedere agli affidamenti *in house*

Agli oneri di motivazione che si sono indicati *supra*, deve aggiungersi quello richiesto ai sensi dell'art. 5, d.lgs. n. 175/2016, nei casi in cui una amministrazione pubblica adotti una deliberazione di costituzione di una società *in house* o di acquisizione di una partecipazione in una società di tal fatta, con riferimento alla quale, com'è noto, in seguito alla modifica del medesimo articolo ad opera dell'art. 11, l. n. 118/2022, è stata prevista una nuova forma di verifica da parte della competente sezione di controllo della Corte dei conti[29].

La motivazione di cui all'art. 5, d.lgs. n. 175/2016 sembra, a ben vedere, in parte sovrapponibile a quella prevista a corredo della deliberazione di affidamento di un appalto o di una concessione ad una società *in house*. Ciò, soprattutto, per la stretta inerenza tra la struttura societaria che viene costituita o partecipata e l'attività da affidare allo stesso ente societario. Stretta inerenza che, più specificamente, sussiste tra la valutazione circa la necessarietà della costituzione di una nuova società *in house* o dell'acquisizione di una partecipazione in una società di tale tipo, per il perseguimento dei fini istituzionali, e la valutazione del tipo di attività che si intende svolgere, da individuarsi tra le attività c.d. "ammesse" ex art. 4, comma 2 d.lgs. n. 175/2016, e che è appunto individuabile in un SIEG o in un servizio "strumentale"[30].

Peraltro, anche la valutazione che l'amministrazione pubblica è tenuta a compiere con riguardo alla decisione di costituire (o assumere una partecipazione in) una società *in house* in ordine alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione

[29] Si v. anche Corte conti, sez. contr. Emilia Romagna, delib. n. 32/2023, in www.corteconti.it/.

[30] Ai commi 1 e 2 dell'art. 4, d.lgs. n. 175/2016, sono indicati due criteri che debbono essere soddisfatti: quello c.d. teleologico e quello che pone il c.d. vincolo dell'attività. In particolare, il secondo criterio presuppone non soltanto che sia preventivamente soddisfatto il primo, ma altresì che le cinque tipologie di attività "ammesse" siano da considerare tassative. Si consideri, inoltre, che tutte le cinque tipologie di attività indicate presuppongono che le amministrazioni socie affidino alle società partecipate concessioni o appalti pubblici. Sulle ampie eccezioni previste dal legislatore a tali criteri sia consentito rinviare ad A. MALTONI, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica e i limiti alla capacità di agire di diritto privato delle P.A.*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione per approfondire*, Torino, Giappichelli, 2016, spec. 204 s. Tuttavia, di recente i giudici amministrativi (si v. Cons. St., sez. IV, 4 aprile 2023 n. 3494) sembrerebbero inclini ad accogliere un'interpretazione più 'elastica' del secondo criterio, *i.e.* quello che individua in modo tassativo le attività c.d. "ammesse". Nella sentenza richiamata, i giudici di Palazzo Spada erano chiamati a valutare se una partecipazione non di controllo, detenuta da una società *in house* (*i.e.* ASM Pavia S.p.A.) in un'altra società (*i.e.* A2A S.p.A.) risultasse o meno in contrasto con l'art. 4, comma 4, d.lgs. n. 175/2016, che impone alle società *in house* di avere un oggetto sociale esclusivo, ossia circoscritto ad una o più delle attività indicate alle lett. a), b), d) ed e) del comma 2 dell'art. 4, d.lgs. cit. Tali giudici hanno in particolare concluso che tale partecipazione non di controllo deve considerarsi alla stregua di una partecipazione finanziaria in una società terza. Di tal che, la medesima partecipazione societaria non è da valutarsi alla stregua di un'estensione (non consentita) dell'oggetto sociale della società partecipante, che resta quello stabilito dall'atto costitutivo e dallo statuto. Pertanto, alla luce di questo orientamento sembrerebbe doversi ritenere che partecipazioni societarie detenute da società *in house* in altre società, allorquando tali partecipazioni non risultano strumentali all'esercizio di un controllo analogo o comunque di un controllo societario, non comportino un ampliamento dell'oggetto sociale, dovendo le medesime essere propriamente qualificate come operazioni finanziarie, sempre consentite alle società di capitali, a meno che non sussista un espresso divieto statutario.

amministrativa – a norma dell'art. 5, d.lgs. n. 175/2016 – appare in buona parte sovrapponibile alle valutazioni che sono imposte alla medesima amministrazione ai fini della predisposizione del contenuto motivazionale della delibera di affidamento, ai sensi, rispettivamente, dell'art. 7, comma 2 d.lgs. 36/2023 e dell'art. 17, d.lgs. 201/2022.

Si consideri infatti che, mentre l'art. 7, comma 2, d.lgs. 36/2023 impone di verificare la *"congruità economica della prestazione*" ed "*il razionale impiego di risorse pubbliche*", nonché con riguardo alla prestazioni "strumentali" di dar conto dei "*vantaggi in termini di economicità*" che possono emergere "*mediante la comparazione con gli standard di riferimento della società Consip S.p.a. e delle altre centrali di committenza, con i parametri ufficiali elaborati da altri enti regionali nazionali o esteri oppure, in mancanza, con gli standard di mercato*", l'art. 17, comma 2, d.lgs n. 201/2022 stabilisce che debbano valutarsi "*i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni in house*…".

Ne consegue che l'onere motivazionale di cui all'art. 5, d.lgs. n. 175/2016. nei casi di contestuale costituzione dell'ente societario oppure di acquisizione della partecipazione societaria ed affidamento diretto dell'appalto o della concessione, quanto meno in relazione alla "*sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa*" appare sovrapponibile all'onere, rispettivamente prescritto dall'art. 7, comma 2, d.lgs. n. d.lgs. 36/2023 e dall'art. 17, comma 2, d.lgs. n. 201/2022, per quanto tali oneri siano riferibili a momenti distinti.

Occorre tuttavia osservare che, ai sensi del comma 4 dell'art. 5, d.lgs. n. 175/2016, allorquando il parere delle sezioni riunite della Corte dei conti (nel caso di società a partecipazione statale) e della sezione regionale di controllo competente (nelle ipotesi in cui la società sia a partecipazione regionale o locale) è in tutto o in parte negativo, è richiesta una "ulteriore" motivazione, nel senso che l'amministrazione pubblica, che intenda discostarsi dal medesimo parere, deve espressamente indicare le ragioni a fondamento della decisione di procedere, egualmente, alla costituzione della società o all'acquisizione della partecipazione e pubblicarle nel proprio sito istituzionale.

Inoltre, la motivazione delle deliberazioni testé indicate risulta sottoponibile al sindacato del giudice amministrativo, che può essere adito anche dall'AGCM[31].

[31] All'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 175/2016 viene infatti richiamato l'art. 21-*bis*, l. n. 287/1990.

4. Sulla compatibilità o meno col diritto euro-unitario di disposizioni legislative che disciplinano affidamenti *in house* "convenzionali"

Come è stato osservato dai giudici del Consiglio di Stato, il legislatore, nel dettare la nuova disciplina della governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza, con l'art. 10, d.l. n. 77/2021 «ha per un verso ampliato l'area applicativa del ricorso all'*in house providing*, autorizzando le amministrazioni interessate, al fine di "*sostenere la definizione e l'avvio delle procedure di affidamento ed accelerare l'attuazione degli investimenti pubblici, in particolare di quelli previsti dal* PNRR *e dai cicli di programmazione nazionale e dell'*Unione europea *2014-2020 e 2021-2027*", ad avvalersi, mediante apposite convenzioni, "*del supporto tecnico-operativo di società in house qualificate ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*", e, per l'altro verso, ha introdotto, nel comma 3, una disciplina *ad hoc* della motivazione del ricorso alla formula dell'*in house* in deroga al mercato, di cui all'art. 192, comma 2»[32].

Più precisamente, all'art. 10, d.l. n. 77/2021 si fa riferimento a due tipi di convenzioni: i) quelle che hanno ad oggetto il supporto tecnico-operativo che le società *in house* possono fornire e che le amministrazioni interessate possono stipulare "*per sostenere la definizione e l'avvio delle procedure di affidamento ed accelerare l'attuazione degli investimenti pubblici, in particolare quelli previsti dal* PNRR *e dai cicli di programmazione nazionale e dell'*Unione europea *2014-2020 e 2021-2027*" (art. 10, comma 1); ii) quelle che "*le Regioni, le Province autonome di Trento e di Bolzano e gli enti locali, per il tramite delle amministrazioni centrali dello Stato*" possono sottoscrivere al fine di "*avvalersi del supporto tecnico-operativo delle società di cui al comma 1 per la promozione e la realizzazione di progetti di sviluppo territoriale finanziati da fondi europei e nazionali*" (art. 10, comma 4).

Il citato art. 10, come è stato rilevato da una parte della dottrina, da un lato «sembra palesare una certa fiducia nei confronti dell'istituto dell'*in house providing*, (anche ai fini della realizzazione degli importanti obiettivi di realizzazione del PNRR)», e dall'altro denota una cesura rispetto alla linea di tendenza che ha contrassegnato l'ordinamento positivo negli ultimi quindici anni, ovvero quella di considerare con disfavore per gli affidamenti a società *in house*. Ciò, soprattutto se si considera che le disposizioni legislative

[32] Si v. Cons. Stato, sez. cons. atti normativi, 7 ottobre 2021, n. 1614/2021, in http://www.giustizia-amministrativa.it.

citate rendono possibile affidare in via diretta varie attività, in gran parte ascrivibili alla nozione di appalti di servizi[33], ad enti societari, pur in mancanza di una relazione *in house* tra questi ultimi e l'ente affidante[34]. Gli elementi fortemente derogatori, introdotti non soltanto dall'art. 10, d.l. n. 77/2021, ma anche da altre recenti disposizioni legislative appaiono essenzialmente individuabili nell'aver autorizzato affidamenti diretti di attività a società *in house*, prescindendo dalla sussistenza di un controllo analogo tra l'ente affidante o gli enti affidanti e la società *in house*. Al riguardo, si può richiamare l'art. 9, comma 14-*bis*, l. n. 394/1991, aggiunto dall'art. 55, comma 1, lett. a) n. 4, d.l. n. 76/2020, conv. dalla l. n. 120/2020, che consente agli Enti Parco di acquisire – al di fuori di procedure ad evidenza pubblica – la fornitura di servizi della società Sogesid (che è sottoposta al controllo analogo congiunto del Ministero della Transizione ecologica, divenuto il Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica e del Ministero delle Infrastrutture), nonostante non sia rinvenibile un rapporto *in house* fra gli Enti Parco e la società in questione. Inoltre, va menzionato l'art. 14, comma 3, d.l. n. 115/2022, conv. dalla l. n. 142/2022, che, al fine di superare la situazione di blocco nell'affidamento del servizio idrico integrato in cui versano alcuni enti di governo d'ambito, ha stabilito che "*gli enti di governo dell'ambito ovvero i Presidenti delle regioni, mediante apposite convenzioni, possono avvalersi di un soggetto societario a partecipazione interamente pubblica che abbia maturato esperienza in progetti di assistenza alle amministrazioni pubbliche impegnate nei processi di organizzazione, pianificazione*

[33] Si consideri l'ampia definizione di servizi prevista dall'art. 57 TFUE e di quella di appalto di servizi, contenuta all'art. 2, par. 1, n. 9, direttiva n. 2014/24, che presuppongono che le prestazioni di servizio siano rese a titolo oneroso (cgr anche il Considerando n. 4 della medesima direttiva). Inoltre, occorre tener conto, con riguardo al perimetro dei servizi che possono essere svolti attraverso la cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici e dunque senza far ricorso al mercato, che al Considerando 33 della direttiva n. 2014/24 si dispone che: "*Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero poter decidere di fornire congiuntamente i rispettivi servizi pubblici mediante cooperazione senza essere obbligate ad avvalersi di alcuna forma giuridica in particolare. Tale cooperazione potrebbe riguardare tutti i tipi di attività connesse alla prestazione di servizi e alle responsabilità affidati alle amministrazioni partecipanti o da esse assunti, quali i compiti obbligatori o facoltativi di enti pubblici territoriali o i servizi affidati a organismi specifici dal diritto pubblico. I servizi forniti dalle diverse amministrazioni partecipanti non devono necessariamente essere identici; potrebbero anche essere complementari. I contratti per la fornitura congiunta di servizi pubblici non dovrebbero essere soggetti all'applicazione delle norme stabilite nella presente direttiva, a condizione che siano conclusi esclusivamente tra amministrazioni aggiudicatrici, che l'attuazione di tale cooperazione sia dettata solo da considerazioni legate al pubblico interesse e che nessun fornitore privato di servizi goda di una posizione di vantaggio rispetto ai suoi concorrenti. Al fine di rispettare tali condizioni, la cooperazione dovrebbe fondarsi su un concetto cooperativistico. Tale cooperazione non comporta che tutte le amministrazioni partecipanti si assumano la responsabilità di eseguire i principali obblighi contrattuali, fintantoché sussistono impegni a cooperare all'esecuzione del servizio pubblico in questione. Inoltre, l'attuazione della cooperazione, inclusi gli eventuali trasferimenti finanziari tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, dovrebbe essere retta solo da considerazioni legate al pubblico interesse*".

[34] Si v. C. CONTESSA, *Il sistema italiano del Codice dei contratti al tempo del PNRR. Quali scenari futuri?*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2021. L'A. sottolinea, inoltre, che una lettura alternativa dell'art. 10, l. cit, – *i.e.* «volta a limitare ai soli rapporti fra amministrazione conferente ed organismo in house» – «ne paleserebbe la sostanziale inutilità, atteso che non occorrerebbe certo una specifica disposizione per consentire a una qualunque amministrazione di avvalersi di propri organismi in house al fine di attivare con essi specifiche convenzioni aventi ad oggetto l'espletamento di attività di supporto tecnico-operativo finalizzate alla realizzazione di piani e programmi (anche) di matrice eurounitaria». Nello stesso senso si v. anche C. ADDESSO, *Strumenti di attuazione del PNRR e di rafforzamento della capacità amministrativa: il partenariato pubblico-privato e l'in house*, Relazione al convegno "5ª Rassegna di diritto pubblico dell'economia", Varese, 17-18 giugno 2022, in www.giustizia-amministrativa.it, pubblicato in data 05.07.2022, ad avviso della quale «è proprio l'ampliamento della platea dei soggetti *in house* di cui l'amministrazione può avvalersi che consente di selezionare il partner più adeguato in relazione al intervento da realizzare».

ed efficientamento dei servizi pubblici locali, individuato con decreto del Ministro della transizione ecologica da adottare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto"[35].

Le fattispecie legali indicate hanno indotto a chiedersi se sia stato forgiato un nuovo modello di relazioni tra Amministrazioni pubbliche e società *in house* al fine di consentire affidamenti diretti[36], pur in mancanza di uno dei presupposti richiesti dal diritto eurounitario per gli affidamenti *in house*.

Le previsioni legislative indicate, per quanto sono da ricondurre a ragioni eccezionali, connesse anche all'efficace e tempestiva attuazione degli interventi del PNRR, non appaiono però conformi al diritto eurounitario, dal momento che i legislatori nazionali non sono legittimati ad individuare ipotesi alternative al ricorso al mercato, diverse e ulteriori rispetto a quelle espressamente contemplate dalle direttive europee in materia di appalti e concessioni[37]. Peraltro, nel prevedere dette fattispecie derogatorie il legislatore non si è dato neppure cura di distinguere gli affidamenti sotto soglia da quelli sopra soglia.

Una parte della dottrina ha ritenuto, tuttavia, possibile individuare un'interpretazione delle disposizioni indicate conforme al diritto eurounitario, sulla base di una sostanziale trasfigurazione, in sede ermeneutica, delle medesime fattispecie, che non sono state più ricondotte all'istituto dell'*in house providing*, bensì a quello dei partenariati o della cooperazione pubblico-pubblico[38] [39].

---

[35] Nel caso, poi, in cui il Presidente della Regione non provveda nei termini stabiliti, al comma 4 dell'art. 14, l. cit. si prevede che "*il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della transizione ecologica di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro per il Sud e la coesione territoriale, assegna al Presidente della regione un termine per provvedere non superiore a trenta giorni. In caso di perdurante inerzia, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro della transizione ecologica, sentita la Regione interessata, il Consiglio dei ministri adotta i provvedimenti necessari, anche incaricando il soggetto societario a partecipazione interamente pubblica di cui al comma 3 di provvedere alla gestione del servizio idrico integrato in via transitoria e per una durata non superiore a quattro anni, comunque rinnovabile*".

[36] Si è ipotizzato in dottrina – pur rilevandosi come l'imprecisione nella formulazione dell'art. 10, comma 1, d.l. n. 77/2021 finisca per demandare al giudice amministrativo il compito di sciogliere i dubbi interpretativi – che il legislatore nazionale potrebbe aver inteso attribuire all'istituto dell'*in house providing* «una valenza non più strettamente organizzatoria bensì funzionale, configurando il controllo analogo, nel caso dell'uso del modulo societario, quale mezzo di eterodirezione operante sul piano intersoggettivo e non interorganico e autoritativo», A. AVERARDI, *PNRR, investimenti e partecipate pubbliche*, in *Gior. dir. amm.*, 3/2022, spec. 305-306.

[37] In tali termini, si v. H. BONURA, *Il PNRR, il diritto dell'emergenza e l'in house senza controllo analogo: incrociare le rette parallele o intraprendere una retta via ?*, in *Diritto e Pratica amministrativa*, n. 6/2022, spec. 53.

[38] Si v. sul punto E. CAMPAGNANO, *L'evoluzione dell'in house providing, dall'eccezione all'evidenza pubblica a strumento per l'efficiente attuazione del PNRR*, in *Contratto e impresa*, n. 4/2022, spec. 1170, nonché, in termini meramente adesivi, M. TIBERI, *Il fondamento normativo o consensuale dell'in house providing. Note a margine del nuovo Codice e del PNRR*, in *amministrativamente.com*, fasc. n. 3/2023.

[39] Si v. ora l'art. 7, comma 4 d.lgs. n. 36/2023, che detta una disciplina più puntuale rispetto a quella previgente, contenuta nell'art. 5, comma 6, d.lgs. n. 50/2016, stabilendo che: "*La cooperazione tra stazioni appaltanti o enti concedenti volta al perseguimento di obiettivi di interesse comune non rientra nell'ambito di applicazione del codice quando concorrono tutte le seguenti condizioni: a) interviene esclusivamente tra due o più stazioni appaltanti o enti concedenti, anche con competenze diverse; b) garantisce la effettiva partecipazione di tutte le parti allo svolgimento di compiti funzionali all'attività di interesse comune, in un'ottica esclusivamente collaborativa e senza alcun rapporto sinallagmatico tra prestazioni; c) determina una convergenza sinergica su attività di interesse comune, pur nella eventuale diversità del fine perseguito da ciascuna amministrazione, purché l'accordo non tenda a realizzare la missione istituzionale di una sola delle amministrazioni aderenti; d) le stazioni appaltanti o gli enti concedenti partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione.*".

Com'è noto, le disposizioni di matrice euro-unitaria dettate dal Codice dei contratti pubblici in materia di procedure di aggiudicazione non trovano applicazione neanche nei casi in cui sono conclusi accordi esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici per realizzare una cooperazione finalizzata a garantire che i servizi pubblici, che essi sono tenuti a svolgere, siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che le stesse hanno in comune[40].

Nel tentativo di individuare un fondamento a tale ipotesi ricostruttiva si è in particolare fatto riferimento ad altre fattispecie legali, *i.e.* a quella prevista dall'art. 178, comma 8-*ter*, d.lgs. n. 50/2016[41] e a quella di cui all'art. 13-*bis*, comma 1, lett. b), d.l. n. 148/2017, conv. dalla l. n. 172/2017[42]. Al riguardo, occorre tener conto che, come è stato precisato dal Consiglio di Stato in sede consultiva, «tra l'articolo 178, comma 8 *ter*, Codice dei contratti pubblici e l'articolo 13 *bis* d.l. citato v'è un'importante differenza perché il primo sembra legittimare un vero e proprio affidamento *in house* – seppure con le cautele poi indicate nella stessa disposizione di legge – tra il Ministero e una società *in house* mentre il secondo prevede un rapporto di concessione tra il Ministero e gli enti territoriali con la semplice possibilità per questi ultimi di utilizzare una "società *in house*" ("*potranno anche avvalersi di società in house, esistenti o appositamente costituite, nel cui capitale non figurino privati*") per gestire la concessione senza che però quest'ultima divenga sub-concessionaria»[43].

In definitiva, anche nel richiamato parere i giudici di Palazzo Spada, con riferimento a fattispecie normative molto particolari, anziché individuare elementi su cui fondare deroghe che il legislatore nazionale possa legittimamente introdurre, sembrano confermare la necessità di vagliare la sussistenza dei presupposti per gli affidamenti *in house* stabiliti dal diritto eurounitario[44].

---

[40] In tema si v. *ex multis*: G. TACCOGNA, *I partenariati pubblico-pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, in *federalismi.it - Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, n. 18/2015.

[41] Tale disposizione stabiliva che: "*Le concessioni autostradali relative ad autostrade che interessano una o più regioni possono essere affidate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti a società in house di altre amministrazioni pubbliche anche appositamente costituite. A tal fine il controllo analogo di cui all'articolo 5 sulla predetta società in house può essere esercitato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti attraverso un comitato disciplinato da apposito accordo ai sensi dell'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, che eserciti sulla società in house i poteri di cui al citato articolo 5*". Si v. ora l'omologa disposizione di cui all'art. 186, comma 7, d.lgs. n. 36/2023.

[42] All'art. 13-bis, comma 1, lett. b), d.l. n. 148/2017, conv. dalla l. n. 172/2017 si stabilisce che: "*le convenzioni di concessione per la realizzazione delle opere e la gestione delle tratte autostradali hanno durata trentennale e sono stipulate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con le regioni e gli enti locali che hanno sottoscritto gli appositi protocolli di intesa in data 14 gennaio 2016, che potranno anche avvalersi nel ruolo di concessionario di società in house, esistenti o appositamente costituite, nel cui capitale non figurino privati ((;nel caso di società in house appositamente costituite e fino al momento dell'effettivo trasferimento della concessione, non si applica quanto previsto dall'articolo 14, comma 5, primo periodo, del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175))*".

[43] Si v. Cons. Stato, sez. I, 26 giugno 2018, n. 1645/2018, in *www.giustizia-amministrativa.it*, là dove si precisa che «le "convenzioni di concessione" (precedute dai protocolli di intesa del 14 gennaio 2016) tra il Ministero e gli enti territoriali richiamano l'istituto dell'accordo, ex articolo 15 l. 241/90, e vedono contrapposti, da un lato, il Ministero nella qualità di ente concedente e, dall'altro lato, le regioni e gli altri enti pubblici nella vesta di soggetto concessionario».

[44] Si v. ancora Cons. Stato, sez. I, 26 giugno 2018, n. 1645/2018, cit., in cui si puntualizza che «il ricorso all'istituto dell'*in house providing* è un modulo organizzativo degli enti territoriali che, per evitare di essere in contrasto con la normativa comunitaria, deve avere i requisiti prima menzionati, frutto di accordo in sede europea, così come riferito nel quesito (partecipazione totalitaria, controllo analogo, incedibilità delle quote pubbliche, ecc.) ed emerso in sede istruttoria».

Pertanto, la ricostruzione, di recente affacciata in dottrina, secondo cui il modello adottato dal legislatore nazionale, desumibile ex art. 10, d.l. n. 77/2021, potrebbe essere ricondotto all'istituto del partenariato pubblico-pubblico, realizzato tramite accordi amministrativi, anche in ragione del fatto che, in relazione all'attuazione del PNRR, sono certamente individuabili obiettivi condivisi da parte delle amministrazioni coinvolte – che realizzano una cooperazione tra loro –[45] non sembra che possa essere accolta per diversi ordini di ragioni.

Innanzitutto, occorre tener conto che nelle ipotesi che sono da qualificare come *in house* convenzionali non pare potersi escludere la sussistenza di un rapporto di tipo sinallagmatico tra le prestazioni dedotte nella convenzione[46].

In secondo luogo, le medesime fattispecie non configurano operazioni *in house* orizzontali, non essendo rinvenibile un duplice controllo analogo con riguardo a due operatori economici da parte della/e stessa/e amministrazione/i aggiudicatrice/i[47].

Infine, la possibilità di ri-qualificare secondo lo schema dell'accordo di collaborazione o del partenariato pubblico-pubblico le ipotesi di cui al comma 4 dell'art. 10, d.l. n. 77/2021 appare esclusa in ragione anche di quanto risulta specificato dalla Direttiva del MEF del 7 gennaio 2022, recante "*Definizione dei contenuti minimi delle convenzioni tra le società in house statali e le regioni, le Province autonome di Trento e Bolzano e gli enti locali, per il tramite delle amministrazioni centrali dello Stato*". Occorre infatti considerare che tra i contenuti minimi, che debbono essere previsti dalle convenzioni tra le Regioni, le Province autonome e gli enti locali e le società *in house* statali, si annovera, all'art. 1, comma 2, lett. i) di tale Direttiva, quello relativo alla "*indicazione dell'avvenuta preventiva valutazione, da parte delle regioni, delle Province autonome di Trento e Bolzano e degli enti locali, della congruità economica dell'offerta del soggetto in house, secondo quanto previsto dall'art. 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 in conformità del disposto normativo di cui al comma 3 dell'art. 10, secondo cui «la valutazione della congruità economica dell'offerta ha riguardo all'oggetto e al valore della prestazione e la motivazione del provvedimento di affidamento dà conto dei vantaggi, rispetto al ricorso al mercato, derivanti dal risparmio di tempo e di risorse economiche, mediante comparazione degli standard di riferimento della società Consip S.p.a. e delle centrali di committenza regionali»*"[48].

[45] Si v. E. CAMPAGNANO, *L'evoluzione dell'in house providing*, *cit.*, 1171, ad avviso del quale occorre tuttavia «evitare che l'*in house* convenzionale previsto per il PNRR possa essere utilizzato al di fuori degli stringenti limiti connessi all'attuazione dei progetti compresi nel PNRR» e dei «casi in cui difettino le competenze per attuare i progetti del PNRR».
[46] Elemento, questo, che invece deve essere escluso ai fini della configurabilità dell'indicata collaborazione pubblico-pubblico, si v. ora l'art. 7, comma 4, d.lgs. n. 36/2023.
[47] Si v. *ex multis*: Corte di Giustizia UE, sez. V, 8 maggio 2014, in causa C-15/13, in www.curia.europa.eu.
[48] Con la specificazione sopra indicata, l'onere di motivazione di cui al comma 3 dell'art. 10, d.l. n. 77/2021 – sicuramente applicabile alle ipotesi di cui al comma 1 dell'art. 10, d.l. cit. – è stato riferito anche alle ipotesi di cui al comma 4 della medesima disposizione.

Dal momento, dunque, che gli enti pubblici affidanti sono tenuti a valutare la congruità dell'offerta della società *in house* e specificare le ragioni del mancato ricorso al mercato, evidenziando i vantaggi che sono conseguibili sulla base dei parametri indicati all'art. 10, comma 3, d.l. n. 77/2021 – che prevede un onere di motivazione semplificato rispetto a quello (che era) contemplato dall'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 – è del tutto evidente che si è inteso fare riferimento all'istituto dell'*in house providing*.

Oltretutto, si consideri che l'aver previsto che debba essere valutata una vera e propria offerta economica contraddice una delle condizioni essenziali ai fini della configurazione di un partenariato pubblico-pubblico, ovvero la sua natura "*esclusivamente collaborativa*", che presuppone che non vi sia "*alcun rapporto sinallagmatico tra* [le] *prestazioni*" (art. 7 d.lgs. n. 36/2023).

Peraltro, ad ulteriore conferma di quanto testé indicato, va evidenziato che alle lett. f) e g) della medesima Direttiva del 2022, si prevede che sono, rispettivamente, ascrivibili ai contenuti minimi anche: la "*indicazione dell'avvenuta verifica annuale, da parte delle amministrazioni centrali cui le società risultino in house, dell'effettiva realizzazione della percentuale di fatturato citata alla lettera d), quale condizione prevista dall'art. 5, comma 1, lettera b), del decreto legislativo del 18 aprile 2016, n. 50*", e l'"*impegno della società, ove dovesse essere acclarato il mancato rispetto del limite del 20% del fatturato riconducibile agli affidamenti «extra house», a sanare l'irregolarità entro il termine di tre mesi, decorrenti dal momento in cui l'irregolarità medesima si è manifestata, rinunciando a una parte dei rapporti con soggetti terzi, sciogliendo i relativi rapporti contrattuali, nella misura corrispondente a quella necessaria a ripristinare il rispetto del predetto limite del 20%, coerentemente con quanto stabilito all'art. 16, comma 5, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175*".

Nel caso di specie è stato dunque prefigurato un rapporto *in house* che appare *sui generis*, in quanto debbono essere soddisfatti tutti i requisiti e le condizioni dettate dal Codice dei contratti pubblici e dal d.lgs. n. 175/2016, con riferimento agli affidamenti diretti a società *in house*, tranne quelli riguardanti il controllo analogo, che, tuttavia, in base al diritto euro-unitario, costituisce un requisito non derogabile da parte dei legislatori nazionali.

Ne consegue che il legislatore nazionale ha inteso delineare un nuovo modello di relazioni tra amministrazioni pubbliche e società *in house*, che non risulta però conforme al diritto euro-unitario, che appunto richiede anche la sussistenza di un controllo analogo per la configurazione di un affidamento *in house*.

Peraltro, le fattispecie legislative, diverse da quelle di cui ai commi 1 e 4 dell'art. 10, d.l. n. 77/2016 (in cui un onere di motivazione sia pure semplificato è previsto)[49], che delineano ipotesi di *in house* convenzionale

[49] Si pensi, ad esempio, all'ipotesi disciplinata dall'art. 9, comma 14-bis, l. n. 394/1991 e a quella di cui all'art. 14, comma 3, d.l. n. 115/2022, conv. dalla l. n. 142/2022. Trattandosi di disposizioni di carattere speciale o per meglio dire eccezionale, in mancanza di una espressa previsione circa l'onere di motivazione rafforzata, non sembra che a dette ipotesi possa estendersi l'applicazione delle disposizioni dettate dal Codice di contratti o dal d.lgs. n. 201/2021, previste per l'affidamento di appalti e di concessioni a società *in house*.

– connotate anch'esse dalla previsione della deroga sopra indicata – prestano il fianco a dubbi di legittimità costituzionale, dal momento che non sembra potersi individuare una *ratio* giustificatrice della sottrazione all'obbligo di motivazione rafforzata, espressamente imposto dal legislatore interno alle amministrazioni aggiudicatrici che intendono affidare appalti e concessioni a società *in house*. Non sembra, in altri termini, che siano rinvenibili elementi distintivi che giustificano il fatto che certe amministrazioni risultano sottratte al rispetto di determinati oneri motivazionali nell'affidamento di appalti e concessioni a società *in house*, per quanto, come si è evidenziato *supra*, tali oneri sono differenziati, trovando applicazione diverse discipline positive contenute nel Codice dei contratti pubblici e nel d.lgs. n. 201/2021.

In conclusione, le fattispecie che appaiono eccezionali rispetto alle ipotesi disciplinate dal legislatore nazionale, riguardanti la generalità dei casi in cui sono affidati appalti e concessioni a società *in house* (che riflettono, come si è osservato, un approccio maggiormente pro-concorrenziale), debbono trovare fondamento in specifiche esigenze giustificatrici, atteso che le amministrazioni aggiudicatrici sono pur sempre chiamate ad operare scelte discrezionali con riguardo all'individuazione della modalità di affidamento che risulta preferibile, caso per caso.

5. Conclusioni

Con una serie di disposizioni di nuovo conio si è accresciuto il novero delle ipotesi in cui le amministrazioni o gli enti che affidano attività a rilevanza economica a società *in house* sono sottoposti al rispetto di un onere di motivazione.

All'interno delle singole fattispecie normative sono state peraltro introdotte distinzioni in ordine ai contenuti obbligatori della motivazione, a seconda del tipo di attività da affidare.

Il quadro d'insieme delineato dalle nuove disposizioni legislative appare non soltanto frastagliato, ma anche disarmonico, dal momento che sono stati previsti ben tre diversi tipi di oneri motivazionali. A ciò si aggiunga che l'obbligo di motivazione di cui all'art. 5, d.lgs. n. 175/2016 risulta in parte sovrapponibile all'onere prescritto dalle ipotesi contemplate dal Codice dei contratti pubblici.

Le disposizioni contenute nella normativa di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e nel Codice dei contratti pubblici inducono comunque a ritenere non più attuale il riferimento al fallimento del mercato, che era stato considerato invece imprescindibile da una parte della giurisprudenza amministrativa.

Recenti disposizioni legislative hanno autorizzato affidamenti diretti di attività a rilevanza economica a favore di società *in house*, sulla base di convenzioni, prescindendo però dalla sussistenza di un controllo analogo tra l'ente affidante e la società *in house*.

Per quanto secondo una parte della dottrina tali ipotesi di affidamenti *in house* "convenzionali" potrebbero essere riconfigurate alla stregua di partenariati pubblico-pubblico, è da ritenere che non soltanto non sussistono i presupposti giuridici per addivenire ad una siffatta riqualificazione, ma non può neppure prescindersi dal fatto che il requisito del controllo analogo deve essere soddisfatto, non essendo il medesimo derogabile da parte dei legislatori nazionali.

Infine, con riferimento ad alcune delle disposizioni legislative, che prevedono affidamenti *in house* "convenzionali", appaiono prospettabili profili di illegittimità costituzionale, in quanto non sono rinvenibili elementi tali da poter giustificare la sottrazione all'obbligo di motivazione rafforzata, che il legislatore interno ha individuato, nel settore dei contratti pubblici, quale ulteriore requisito da osservare negli affidamenti a società *in house*.

Corte Costituzionale, con sentenza ampliativa (revocabile) 5.6.23 n. 111 su diritto al silenzio dell'interrogato, omette il c.d. giudicato costituzionale e sovrappone "avvertimento" ad "ammonimento", art. 21 att./1.12.23*

di Carlo Morselli
Docente in Diritto penale e Procedura penale dell'immigrazione
Università degli studi Guglielmo Marconi

Abstract [It]: È stretto l'orizzonte temporale della Consulta, sent. n.111 2023: *bis in idem* in un anno per l'art. 64 c.3 cpp, trascurando il c.d. giudicato costituzionale (sent. n. 148 2022). Il c.d. diritto al silenzio dell'interrogato, ora, è attestato "su tutta la linea ": dal fatto di reato alle circostanze *ex* art. 21 att. Mentre mente sulla doppia condanna definitiva, sui suoi beni patrimoniali o non risponde sul soprannome, l'inquisito sta tessendo la tela difensiva che deve essere tutelata, congettura il Giudice delle leggi. Ecco l'errore della Corte: l'avvertimento della facoltà di non rispondere alle domande *ex* art. 21 att,"saltando l'*incipit*: «Quando procede a norma dell'art. 66 del codice». Questa non prevede l'avvertimento per l'imputato, piuttosto l'opposto ammonimento.

Title: Constitutional Court, with amplifying ruling (revocable) 5.6.23 n. 111 on the right of silence of the interrogated person, omits the so-called constitutional judgment and superimposes "warning" with "warning", art. 21 act

Abstract [En]: The time horizon of the Consultation is narrow, sent. n.111 2023: bis in idem in one year for the art. 64 c.3 cpp, neglecting the so-called constitutional ruling (sentence no. 148 2022). The CD. the interrogated person's right to silence is now attested "across the board": from the fact of the crime to the circumstances pursuant to art. 21 act. While he lies about the definitive double conviction, about his assets or does not answer about his nickname, the person under investigation is weaving the defensive web that must be protected, conjectures the Judge of Laws. Here is the error of the Court: the warning of the faculty not to answer the questions pursuant to art. 21 att.," skipping the incipit: "When proceeding in accordance with the art. 66 of the code". This does not provide a warning for the accused, rather the opposite warning.

Parole chiave: diritto al silenzio, giudicato costituzionale, dedotto e deducibile
Keywords: right to silence, deemed constitutional, deduced and deductible

Sommario: 1. La sentenza ampliativa del diritto al silenzio di Corte costituzionale 5 giugno 2023 n. 111 intervenuta dopo un anno rispetto al responso negativo sul medesimo art. 64 co. 3, c.p.p. **2**. Il preteso "riordino" della materia promosso liberamente dall'organo rimettente, senza vincolo di "giudicato interno" (2022). Applicabile la regola del "dedotto e del deducibile"? **3**. La c.d. prova della resistenza, anche *ante litteram* 2 giugno 1946: elezioni dei deputati all'Assemblea costituente insieme al *referendum* sulla forma istituzionale dello Stato. **4**. Le basi testuali dell'art. 64 c.p.p. **5**. Il carattere poziore delle risultanze "tavolari" il cui filtro rende non irriducibili le diverse dichiarazioni. **6**. L'analisi dell'art. 64, comma 3, c.p.p. in rapporto con l'art. 21 disp. att. c.p.p.: l'allineamento del trattamento normativo. La cornice europea. La "riserva alla legge". **7**. La doglianza del giudice *a quo*. **8**. La dottrina: quella di Mazza e di Cordero. **9**. Giudicato costituzionale e revocabilità della sentenza emessa.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. La sentenza ampliativa del diritto al silenzio di Corte costituzionale 5 giugno 2023 n. 111 intervenuta dopo un anno rispetto al responso negativo sul medesimo art. 64 co. 3, c.p.p.

Nell'arco di un anno la Corte costituzionale ha ripetuto il suo intervento sullo stesso articolo e avuto riguardo il medesimo comma del codice di procedura penale ma con due giudizi opposti. Già l'accennata sequenza, ravvicinata nel tempo e ripetuta nel metodo del sindacato di costituzionalità, a prescindere dal *meritum causae*, potrebbe porre, tale *ordo procedendi* appunto, un interrogativo sul giudicato costituzionale e sul *bis in idem*, sul rispetto dei relativi vincoli. Ciò però, sul piano dell'appartenenza, è un problema che segnala l'interprete e che non ha avvertito la Corte nella seconda decisione del 2023, non facendo richiamo del suo precedente dell'anno prima (l'accennato problema potrebbe appellarsi "successione delle decisioni della Corte costituzionale nel tempo").

Il riferimento è all'identico art. 64, comma 3, c.p.p. e alle sentenze della Corte costituzionale, rispettivamente, 14 giugno 2022, n. 148 e 5 giugno 2023, sent. n. 111. Pure il giudice *a quo* è lo stesso: il Tribunale ordinario di Firenze, sezione prima penale, il quale però coinvolge nella *quaestio* devoluta alla Corte per la seconda volta, oltre l'art. 64 cit., altresì l'art. 21 disp. att. c. p. p. e l'art. 495 c.p.

Diverso, invece, il presidente della Corte: nel primo caso, e nel secondo del 2023 che, tuttavia, si badi, integrava la prima composizione del 2022 esprimendo un giudizio opposto.

Due Corti per la stessa norma, e in posizione divergente, in un tempo breve.

La Corte Costituzionale nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, con una sentenza ampliativa 5 giugno 2023 n. 111 [1], riaffermando il diritto al silenzio del sospettato e dell'indagato - ma allargandone i confini del suo esercizio non più circoscritto alla vicenda fattuale per la quale è chiamato a rispondere - ha dichiarato illegittimi: l'art. 64, comma 3, c.p.p., nella parte in cui non prevede che, quando l'Autorità Giudiziaria richiede alla persona sottoposta alle indagini o all'imputato le circostanze personali di cui all'art. 21 delle Norme di attuazione del codice di procedura penale, deve prima dare avvertimento dell'utilizzabilità nei suoi confronti delle dichiarazioni rese, della facoltà di non rispondere ad alcuna domanda (salvo le generalità personali di cui all'art. 66 comma 1 c.p.p.) considerato che il procedimento seguirà il suo corso e che le eventuali dichiarazioni su fatti che riguardino la responsabilità di altri comportano l'assunzione dell'ufficio di testimone in ordine a tali fatti (salve le incompatibilità previste dall'articolo 197 e le garanzie di cui all'articolo 197-*bis* c.p.p.);l'art. 495, comma 1, c.p., nella parte in cui non esclude la punibilità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato che, a richiesta

[1] Presidente Sciarra - Redattore Viganò. Camera di Consiglio del 05/04/2023 Decisione del 06/04/2023 Deposito del 05/06/2023 Pubblicazione in *G. U.* Norme impugnate: Art. 495 del codice penale e, in via subordinata, dell'art. 64, c. 3°, del codice di procedura penale, nonché dello stesso art. 495. cod. pen. Promosso dal Tribunale ordinario di Firenze, sezione prima penale, nel procedimento penale a carico di M. G., con ordinanza del 4 luglio 2022, iscritta al n. 98 del registro ordinanze 2022, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 38, prima serie speciale, dell'anno 2022, la cui trattazione è stata fissata per l'adunanza in camera di consiglio del 5 aprile 2023.

dell'Autorità Giudiziaria, abbiano reso false dichiarazioni sulle circostanze personali indicate nell'art. 21 norme att. c. p.p., nel caso in cui siano stati loro omessi gli avvertimenti di cui all'art. 64, comma 3, c.p.p.[2]. Questa volta il Giudice *ad quem* - tornando sullo stesso tema, nel suo viaggio di« andata e ritorno »[3] - si pronuncia adesivamente rispetto al Giudice *a quo*, diversamente dal precedente giudizio del giugno 2022, promosso dal medesimo Tribunale di merito[4].

"Corte costituzionale *versus* Corte costituzionale ", riassuntivamente e il cui doppio contenzioso risulta essere stato "acceso" dall'invariato organo del Tribunale ordinario di Firenze, sezione prima penale, nonché in un tempo assai ravvicinato l'uno dall'altro ed avente ad oggetto (o "di mira"), specialmente, lo stesso art. 64, comma 3, c.p.p. (oltre ad altri articoli). Una sequenza, oggettiva e soggettiva, assai singolare che non può essere sottaciuta sia quale *modus procedendi* che per quanto riguarda la messa fra parentesi del primo responso del 2022, riguardato come inespressivo di un vincolo, quale precedente di giustizia costituzionale.

L'identità delle norme attinte è partitiva e non integrale.

---

[2] Corte Costituzionale, 6 aprile -5 giugno 2023, sentenza n. 111, Presidente Sciarra, Redattore Viganò (in G.U. 1ª s.s. 07 giugno 2023 n. 23), in *Guida dir.*, n. 28, 22 luglio 2023, 80. Pure, *Diritto al silenzio e domande sulle qualità personali dell'imputato: la Corte Costituzionale (sentenza n. 111/2023) dichiara l'illegittimità costituzionale parziale dell'art. 64 c. 3 c.p.p. e dell'art. 495 c. 1 c.p.*, in *Giur. pen.*, 5 giugno 2023. *Contra*, Corte cost., 14 giugno 2022, n. 148, che dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 64, comma 3, del codice di procedura penale, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 24, 111 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e all'art. 14, paragrafo 3, lettera g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici (PIDCP), dal Tribunale ordinario di Firenze con le ordinanze indicate in epigrafe. V. *Corte Costituzionale, Sentenza n. 148/2022, in tema di processo penale, interrogatorio della persona sottoposta alle indagini, mancata previsione degli avvisi anche alla persona cui sia contestato l'illecito amministrativo*, in *federalismi.it*., 29 giugno 2022. V. nota n.4.

[3] La nitida immagine è di C. VALENTINI, *Contraddittorio, immediatezza, oralità*, in *Le ragioni del garantismo*, *I princìpi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Dike, Roma, 2016, p. 449: « La storia…s'interseca su se stessa, ripercorre tracce già note…la storia del processo penale più di ogni altra subisce questo periodico viaggio fatto di evoluzioni promettenti, seguite da involuzioni ».

[4] V. ordinanza del 29 aprile 2021 (r.o. n. 167 del 2021), con cui il Tribunale ordinario di Firenze, sezione prima penale, ha sollevato – in riferimento agli artt. 3, 24, 111 e 117 [*recte*: art. 117, primo comma,] della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e all'art. 14, paragrafo 3, lettera g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici (PIDCP) – questioni di legittimità costituzionale dell'art. 64, comma 3, del codice di procedura penale, censurandolo « nella parte in cui non prevede che gli avvisi ivi indicati debbano essere rivolti alla persona cui sia contestato l'illecito amministrativo di cui all'art. 75 co. 1 DPR 309/1990, o che sia già raggiunta da elementi indizianti di tale illecito, allorché la stessa sia sentita in relazione ad un reato collegato ai sensi dell'art. 371, co. 2, lettera b) c.p.p.». Corte cost. sent. 14 giugno 2022, n. 148, Pres. Amato, rel. Viganò, con il commento di L. MASERA, *La Corte costituzionale ritiene che le sanzioni amministrative previste per i consumatori di stupefacenti abbiano finalità preventiva e non punitiva*, in *Sist. pen.*, 14 luglio 2022; S.CORBETTA, Penale, *Avvisi ex art. 64, comma 3, c.p.p.: non vanno dati all'acquirente di droga*, in *Quot. giur.*, 17 giugno 2022.

Sul citato art. 75, sulla disciplina del consumo di stupefacenti, cfr. P. SORBELLO, *Attività autorizzate ed illeciti penali ed amministrativi. L'uso di sostanze stupefacenti,* in *I reati in materia di stupefacenti*, a cura di G. Insolera, G. Spangher, L. Della Ragione, Giuffrè, Milano, 2019, pp.767 ss.; ID., *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, Giuffrè, Milano, 2021; nonché, da ultimo, *Droghe in Europa: pubblicato lo "European Drug Report 2023"*, in *Sist. pen.*, 21 giugno 2023 e (in giurisprudenza) Corte cost., sent. 9 marzo - 8 maggio 2023, n. 88; Cass., sez. IV, sent. 7 agosto 2023, n. 34537; Corte E.d.u.,sent. 14 Settembre 2023, Ricorso n. 2264/12, Ainis vs Italia, 2023.

Nel giudizio del 2023, la sezione prima del Tribunale penale di Firenze ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 495 c.p., parametrato agli artt. 3 e 24 della Costituzione, «nella parte in cui si applica alle false dichiarazioni rese nell'ambito di un procedimento penale dalla persona sottoposta ad indagini o imputata in relazione ai propri precedenti penali e in generale in relazione alle circostanze indicate nell'art. 21 disp. att. c.p.p.».

Subordinatamente, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale, unicamente rispetto all'art. 24 Cost., dell'art. 64, comma 3, c.p.p., « nella parte in cui non prevede che gli avvisi ivi previsti debbano essere formulati nei confronti della persona sottoposta alle indagini/imputata prima di qualunque tipo di audizione della stessa nell'ambito del procedimento penale », nonché dello stesso art. 495 c.p., « nella parte in cui non prevede l'esclusione della punibilità per il reato ivi previsto in caso di false dichiarazioni » – in relazione ai propri precedenti penali e avuto riguardo alle circostanze indicate nell'art. 21 disp. att. c.p.p. – «rese nell'ambito di un procedimento penale da chi avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di non rispondere».

Nella doppia veste, il rimettente è organo giudicante, in dibattimento, della responsabilità penale di M. G. per l'imputazione del delitto *ex* art. 374-*bis* cod. pen., per avere dichiarato al personale della Questura di Pisa – nei tre adempimenti di identificazione, elezione di domicilio e nomina del difensore nel procedimento penale – di non avere riportato condanne penali in Italia, avendo invece il medesimo M. G. già riportato una duplice condanna definitiva.

Siffatta vicenda, secondo il Tribunale, integra invero – per la costante giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. V, sentenze 26 febbraio-3 maggio 2016, n. 18476; 8 luglio-16 settembre 2015, n. 37571; 9-23 luglio 2014, n. 32741; 6 marzo-15 maggio 2007, n. 18677) – il più grave delitto tipizzato all'art. 495 c. p. (*Falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri*), per il quale l'imputato dovrebbe essere condannato.

Il Giudice solleva la legittimità costituzionale della citata disposizione di legge e osserva che l'art. 495 cod. pen., il quale sottopone a pena « chiunque dichiara o attesta falsamente al pubblico ufficiale l'identità, lo stato o altre qualità della propria o dell'altrui persona », sia stato ritenuto applicabile dal Giudice di legittimità non solo all'ipotesi di false dichiarazioni in ordine ai propri precedenti penali (Cass., sentenze n. 18476 del 2016, n. 37571 del 2015, n. 32741 del 2014 e n. 18677 del 2007), ma anche alle false dichiarazioni relative ad altre circostanze indicate nell'art. 21 delle Norme di attuazione del codice di procedura penale (Cass., sez. fer., sentenza 4-11 settembre 2012, n. 34536, in relazione alla falsa dichiarazione relativa al titolo di studio in sede di interrogatorio davanti al giudice per le indagini preliminari, e Cass., sez. IV, sentenza 14-24 gennaio 2022, n. 2497, in relazione alla generalità delle dichiarazioni circa le proprie condizioni e qualità personali).

L'art. 66 cod. proc. pen. – seguita il rimettente nel suo provvedimento devolutivo della *quaestio* costituzionale - è a sua volta richiamato dall'art. 21 norme att. cod. proc. pen., disponendo che « il giudice o il pubblico ministero invita l'imputato o la persona sottoposta alle indagini a dichiarare se ha un soprannome o uno pseudonimo, se ha beni patrimoniali e quali sono le sue condizioni di vita individuale, familiare e sociale. Lo invita inoltre a dichiarare se è sottoposto ad altri processi penali, se ha riportato condanne nello Stato o all'estero e, quando ne è il caso, se esercita o ha esercitato uffici o servizi pubblici o servizi di pubblica necessità e se ricopre o ha ricoperto cariche pubbliche ».

Considera il rimettente che secondo la giurisprudenza citata la persona sottoposta alle indagini avrebbe l'obbligo di rispondere in modo veritiero soltanto alle domande relative alle proprie generalità e a quelle strettamente finalizzate all'identificazione, con esclusione delle dichiarazioni relative ai precedenti penali e alle altre circostanze previste nell'art. 21 norme att. cod. proc. pen. Rispetto a tali circostanze, il soggetto potrebbe rifiutarsi di rispondere senza penale responsabilità. Tuttavia qualora scegliesse di rispondere e rendesse false dichiarazioni, sarebbe responsabile del delitto di cui all'art. 495 c.p. (Cassazione sentenze n. 37571 del 2015, n. 32741 del 2014 e n. 18677 del 2007, nonché sentenza n. 108 del 1976 Corte Cost., con riferimento alla disciplina all'epoca vigente).

D'altra parte, il rimettente rileva che, sempre secondo la giurisprudenza di legittimità, le garanzie previste in via generale dall'art. 64 cod. proc. pen. nei confronti dell'indagato o dell'imputato, e cioè l'obbligo di formulare gli avvertimenti scanditi al comma 3 di tale norma, non opererebbero in sede di identificazione ed elezione di domicilio (Cassazione, sentenza n. 18476 del 2016). In particolare, non sussisterebbe secondo la Corte di cassazione alcun obbligo di far precedere le domande di cui all'art. 21 norme att. cod. proc. pen. dagli avvisi di cui all'art. 64, comma 3, cod. proc. pen., dal momento che le stesse si riferirebbero all'identità e allo stato civile e giuridico dell'imputato, e non al fatto per cui è accusato (Cassazione, sentenze n. 2497 del 2022; sez. II, 3-10 novembre 2020, n. 31463; sez. VI, 20 settembre-13 ottobre 2016, n. 43337; sez, V, 6 marzo-26 giugno 2013, n. 28020). In ogni caso, le risposte date potrebbero successivamente essere utilizzate dal giudice « ai fini cautelari o del merito » in pregiudizio della persona indagata o imputata.

Rispetto alle circostanze di cui all'art. 21 norme att. cod. proc. pen. troverebbe posto il diritto al silenzio, riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale quale corollario del diritto di difesa sancito all'art. 24 Cost. (ordinanza n. 117 del 2019 e altri citati precedenti).

Ad avviso del rimettente, il legislatore – « se pur non si trattava (forse) di una scelta costituzionalmente o convenzionalmente obbligata » – avrebbe declinato tale diritto riconoscendo, in via generale, che l'indagato e l'imputato, non solo non hanno l'obbligo di rispondere al giudice o all'autorità che procede, ma vantano anche il diritto di mentire ad essi nell'esercizio della propria difesa. Ora, dal mero mendacio

il giudice non può normalmente trarre conseguenze all'inquisito pregiudizievoli, ad esempio negargli su tale base circostanze attenuanti o benefici (Cassazione, sez. V, sentenze 17 gennaio-5 giugno 2020, n. 17232 e 14 settembre-28 dicembre 2017, n. 57703; sezioni unite penali, sentenza 24 maggio-20 settembre 2012, n. 36258).

Sul punto, il rimettente nota che « molto spesso le informazioni riferite con riguardo alle condizioni familiari ed economiche dell'indagato hanno un'evidente rilevanza ai fini della valutazione delle accuse: si pensi ad esempio alla maggiore o minore verosimiglianza della contestazione di un furto o di altro reato contro il patrimonio a seconda che l'indagato/imputato abbia o meno una regolare fonte di reddito o un consistente patrimonio; o, alla stessa stregua, alla valutazione della detenzione in casa di un quantitativo di stupefacente non irrisorio, come destinata al proprio consumo personale o piuttosto allo spaccio ».

D'altro canto, « la dichiarazione da parte dell'indagato di avere o meno precedenti penali (così come quella di avere un'occupazione lavorativa o di convivere con una persona dotata di un reddito stabile o di avere altro procedimento pendente, magari con una misura cautelare in corso di esecuzione) » potrebbe « incidere sulla valutazione delle esigenze cautelari, diverso essendo chiaramente il significato che assume il delitto per cui si procede in presenza di un soggetto incensurato o, piuttosto, di un soggetto gravato da plurimi precedenti specifici ».

Sempre dal punto di vista del rimettente, rispondendo a queste domande il soggetto starebbe allestendo la sua difesa, « cercando di fornire una propria versione che, anche con riguardo ai precedenti penali e alle altre qualità e condizioni di cui all'art. 21 disp. att. c.p.p., renda meno verisimili le accuse o faccia apparire meno gravi i fatti o meno stringenti le esigenze cautelari ».

Bisognerebbe trattare in modo uniforme il contenuto del diritto al silenzio rispetto tanto all'oggetto dell'accusa, quanto alle domande addizionali che possono rilevare in riferimento alle circostanze del reato, al trattamento sanzionatorio, ai benefici, alle esigenze cautelari, escludendo dunque la responsabilità penale per ogni falsa dichiarazione resa in proposito (dall'indagato/imputato).

È intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, sostenendo l'infondatezza di tutte le questioni sollevate dal rimettente.

Le dichiarazioni in ordine ai propri precedenti penali sarebbero assolutamente ininfluenti nel terreno dell'esercizio del diritto di difesa, poiché il P.M. fin dalla fase delle indagini preliminari acquisisce sempre le informazioni contenute nel casellario giudiziale; dal che discenderebbe « l'assoluta inanità del tentativo dell'indagato di fuorviare gli organi inquirenti dichiarando falsamente di non aver precedentemente commesso reati ».

Nell'altro versante, le domande previste all'art. 21 norme att. c.p.p. verterebbero, nel loro complesso, su « fatti e circostanze agevolmente conoscibili dall'autorità procedente, ragion per cui un eventuale rifiuto

di rispondere non condurrebbe ad alcun effettivo vantaggio sul piano difensivo», come viene riconosciuto dalla stessa giurisprudenza di legittimità (Cassazione, sentenza n. 2497 del 2022).
Conseguentemente, la mancata previsione della non punibilità per il delitto dell'art. 495 cod. pen. nel caso in cui – in difetto dei necessari avvisi – l'imputato o indagato abbia reso false dichiarazioni
in relazione ai propri precedenti penali e alle altre circostanze di cui all'art. 21 norme att. cod. proc. pen. non potrebbe essere ritenuta in contrasto con l'art. 24 Cost.

2. Il preteso "riordino" della materia promosso liberament dall'organo rimettente, senza vincolo di "giudicato interno" (2022). Applicabile la regola del "dedotto e del deducibile"?

Nel merito, le questioni sottoposte all'esame dell' " alta " Corte [5](quella che siede nel Palazzo della Consulta e può considerarsi il sommo interprete della Carta ed organo di chiusura del sistema [6]) ruotano sull'asse della estensione del diritto al silenzio dell'inquisito mentre pende il procedimento penale in un settore del tutto esterno ed estraneo al fatto per cui si procede. Il rimettente ritiene che il diritto al silenzio è destinato ad abbracciare (due ambiti, e cioè) non solo il fatto di reato, ma anche le circostanze – ai sensi dell'art. 21 norme att. c.p.p. – che riguardano la sua persona [7], al di fuori delle generalità *stricto sensu* (nome, cognome, luogo e data di nascita).
L'impressione generale che se ne trae dalla lettura della sentenza 2023 sul diritto al silenzio dilatato (nello slittamento o nella traslazione dal fatto alle circostanze) è che la Corte, guidata da un diverso presidente rispetto a prima, per la disamina, incalzata per la seconda volta dallo stesso organo territoriale e dopo un solo anno, non abbia saputo resistere e abbia usato una " lente di ingrandimento " così potente da alterare l'esito dello scrutinio disegnando figure non ancorate alla realtà e, per altro verso, che sia mancata una *secunda manus*. Cioè, è come se la sentenza fosse stata scritta di getto nella tensione " espansiva " [8],

[5] Per un riferimento, v. l'Alta Corte per la Regione Siciliana, in funzione tra il 1948 e il 1956 che, ad esempio, giudicava sulla costituzionalità delle leggi emanate dall'Assemblea regionale e delle leggi e dei regolamenti dello Stato rispetto allo Statuto siciliano. In dottrina, v. F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Giuffrè, Milano, 1962, p.879; P. VIRGA, *Alta Corte regione siciliana*, *ivi*, II, 1958, pp.83-84: « questa ha cessato ogni sua attività fin dal 1955…e giacché nel frattempo è intervenuta la decisione della Corte costituzionale del 9 marzo 1957, N.38…».
[6] Cfr. E. DI SALVATORE, *Interpretazione e nozioni della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it.*, n.1, 2023, p. 2 che richiama, di Vezio Crisafulli, uno studio giovanile riservato ai principi costituzionali dell'interpretazione (V. CRISAFULLI, *I principi costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Cedam, Padova, 1940, p.672). Altresì, v. M. DELLA MORTE, *La Corte decidente negli squilibri di sistema*, *ivi*,p. 113 sul « "peso" che…ha assunto…la Corte stessa, che, in quanto organo di chiusura del sistema, è sottoposta alle tensioni connesse alla facoltà di pronunciare l'ultima parola ».
[7] *In utramque partem*: diritto al silenzio ancipite, cioè sul fatto e sull'extrafatto.
[8] *Sic cogito, sic volo*. Cfr. A. RUGGERI, 1. *L'espansione della materia costituzionale e il ruolo allo scopo giocato dalla Corte costituzionale*, in *La giustizia costituzionale in navigazione verso l'ignoto*, *Rivista di Diritti Comparati*, 2022, n.2, pp. 557-558, in ordine a « un rapporto di corrispondenza biunivoca tra la espansione della materia costituzionale e la espansione del ruolo della giustizia costituzionale. Entrambe, infatti, si sono date (e si danno) mutuo alimento, sostegno, giustificazione » e che richiama i suoi scritti *La "materia" costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in *Riv. A.I.C.*, n. 4, 2017 e *I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale*

prima di licenziarla senza verificare l'autore che non ci fossero sovrapposizioni e tautologie oppure all'opposto che non fossero stati omessi confronti (con una propria decisione del 2022 sullo stesso o analogo tema, integrandosi un certo " pendolarismo "), da parte di una Corte così sollecitata dal giudice di merito in posizione di organo rimettente o meglio della devoluzione " insistita " di un contenzioso costituzionale centrato sul controllo normativo (che però non deve essere " aberrante ") [9]. Il giudice *a quo* di Firenze ha promosso il meccanismo di giustizia costituzionale attraverso una lettura delle norme affetta da assoluto astrattismo, facilmente riconoscibile (nessun magistrato, nel giudizio *de libertate*, elaborerebbe il vaglio sulle esigenze cautelari sulla base delle sole dichiarazioni del prevenuto, senza aver controllato, per quanto riguarda i precedenti specifici, il casellario).

Indubbiamente, quando la Consulta interviene annullando una norma si inserisce nei rapporti con il Parlamento [10], che, seppur implicitamente, si sente (o risulta) come sanzionato [11] da quel soggetto che,

tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva dei principi fondamentali, in *Consulta OnLine*, n.2, 2022, pp.473 ss.

[9] Oramai " a ruota libera ", trattandosi, fondamentalmente, di una sorta di copia anastatica rispetto al precedente calco, e ancorché il *devolutum* nei due casi non sia identico (ma su ciò, *amplius infra*).

Sulla giustizia costituzionale, quando interviene in un terreno poco ordinato, v. C. CASTORIADIS, *Spécificité et crise des societés occidentales*, in ID., *Écrits politiques* 1945-1997, vol. IV, Paris, 2013, p.120; A. RUGGERI, *Metamorfosi della giustizia costituzionale in Italia*, in ID., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, XXIV, Studi dell'anno 2020, Torino, 2021, pp.757 ss.; nonché C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia* [1953], in Id., Scritti giuridici scelti, vol. III, Napoli, 1999, p.39, secondo il quale « sarebbe comunque aberrante un controllo più penetrante alla attività legislativa: un controllo diretto a sindacare l'eccesso di potere o il merito degli atti legislativi ». Sull'accennato " pendolarismo", v. R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 497. Da ultimo, v. A. CIERVO, *La metamorfosi dell'ordine pubblico nell'esperienza costituzionale italiana*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023.

[10] Cfr. A.RUGGERI-A.SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, VII ed. completamente riveduta e corretta, Giappichelli, Torino, 2022; G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Quest. giust.*, n. 4, 2020; A. RUGGERI, *In tema di paradossi della Costituzione e della giustizia costituzionale (prime notazioni)*, in *Consulta OnLine*, fasc. III, 2022, spec. p.1150; N. ZANON, *I rapporti tra la Corte e il legislatore alla luce di alcune tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, n. 3/2001, pp. 86 ss.

Sul tema dei rapporti, v. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, pp.251 ss., su cui, criticamente, R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, *ivi*, n. 4/2019, pp.757 ss.; E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, *ivi*, pp. 777 ss.; M. NISTICÒ, *Corte costituzionale, strategie comunicative e ricorso al web*, in D. CHINNI (a cura di), *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p.77, ritiene che « la Corte è in qualche modo politica, ma questo modo non potrà mai trasformarla in una terza Camera; è in qualche modo giurisdizionale, ma questo modo non ne farà mai un giudice comune ».

[11] Il riferimento è agli interventi demolitivi o iconoclastici risalenti a Palazzo della Consulta nei 67 anni di funzionamento e sindacato costituzionale (1956-2023). La Corte costituzionale celebrò la prima pubblica udienza il 23 aprile 1956 e il deposito della prima sentenza è del 14 giugno 1956.

R. ROMEI, *Davvero I giudici sono soggetti soltanto alla legge?*, in *Labor*, n. 2/2022, p. 208 e, da ultimo, A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *A.I.C.*, 2023, n. 2, p.2: « Anche la più semplice sentenza caducatoria di Palazzo della Consulta – se vista da Montecitorio e Palazzo Madama – rischia di costituire una sorta di sanzione dell'operato del Parlamento…La natura invero giuridicamente fisiologica di questa dialettica – legata alla necessaria coesistenza nel costituzionalismo di pesi e contrappesi, poteri e contro-poteri – non attenua la potenziale tensione politica (forse, *rectius*: di psicologia politica) fra i due organi ».

non a caso, è chiamato pure Giudice delle leggi. Il diritto, nell'area coinvolta, viene calato in un lavacro [12]e diventa diritto giurisprudenziale [13].

I due giudici della *quaestio* pretendono un "riordino" della materia, e nel doppio ramo del diritto sostanziale e processuale, sul presupposto che fosse indispensabile, presentando quei vizi di tale portata da apparire insormontabili in via interpretativa, per assorbirli, e al fine di rendere il tessuto normativo allineato al piano costituzionale.

In realtà, la materia - razionalmente e armonicamente organizzata nel versante della proprietà distributiva, e il cui legislatore (infatti) sa distinguere ordinatamente tra fatto di reato e circostanze ad esso esterne ai fini dell'innesto del c.d. diritto al silenzio - non imponeva alcun "riordino", la necessità di procedere con la radicale tecnica dell'ablazione normativa, anticonservativa. Forse per la prima volta, si registra un certo abuso nel ruolo di " leva " affidato al c.d. giudice *a quo*, che insiste su una questione "coperta" da un certo o relativo giudicato (almeno *in parte qua*) [14], relativamente ad una sentenza emanata l'anno prima dalla Corte, con altro presidente [15]. Quando la Corte si è già pronunciata sulla questione di costituzionalità, ciò dovrebbe costituire un precedente di cui tenere conto successivamente, la *variatio* non potendo essere "simbolicamente" rappresentata da un cambio della presidenza dell'elevato organo (di un suo esponente),

---

[12] Parla « di "bonifica" costituzionale della legislazione », G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig./pubb.*, IX, Torino 1994, p.32. Cfr. M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Dir. soc.*, n. 1/2020, pp.53 ss.; A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica,Napoli, 2019, p.17; C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Editoriale Scientifica, Milano, 1984; nonché E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'età repubblicana. Nuova stagione, altri episodi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021, n. 24, p. 12; L. RULLO, *La politica a Corte. L'espansione della Corte costituzionale nell'arena politica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022.

[13] M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?,* Giuffrè, Milano, 1984; soprattutto, v. R.H.BORK, *Coercing Virtue. The Worldwide Rule of Judges* (2003), trad. it. di S. Fabi e S. Sileoni, Macerata, Liberilibri, 2006; L.FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena, 2018; E. DICIOTTI, *Le attività creative dei giudici*, Mucchi, Modena, 2022; AA.VV., *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, a cura di Padula, ES, Napoli, 2022; P.BONINI, *Il giudice e la legge. Contributo sulla funzione « paralegislativa » dei giudici*, Napoli ES, 2022; S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Roma-Bari, Laterza, 2022; F. SAITTA, *Interprete senza spartito. Saggio critico sulla discrezionalità del giudice ammnistrativo*, Napoli, ES, 2023; *"Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo". Enrico Zampetti intervista Fabio Saitta*, in *Giust. Ins.*, 15 giugno 2023.

[14] Cfr. A.LOLLO, *Il giudicato costituzionale nella giurisprudenza della Corte. I giudizi delle leggi in via incidentale*, in *A.I.C.*, 28 novembre 2011, pp. 1-2 che si occupa del caso in cui sia lo stesso legislatore che incorre in una lesione del giudicato della Corte quando riproduca la medesima norma affetta dai medesimi vizi. In materia, v. A.MORELLI, *L'illegittimità conseguenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettività delle tutela*, Soveria Mannelli 2008, pp. 109 ss.; F. DAL CANTO, *Giudicato costituzionale*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Giuffrè, Milano, 2001, pp.429 ss. e ID., *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giappichelli,Torino 2002, p. 233.
Più recentemente, v. E. FURNO, *Giudicato costituzionale*, in *Dig. Pubbl.*, Agg. ******** , Utet, Torino, 2021, pp. 210 ss.
In giurisprudenza, per uno spunto, v. Cass. pen., sez. I, sent. 31 ottobre 2023, n. 43931, in *Norme & Trib.*, 31 ottobre 2023: è ammissibile la reiterazione di più atti di impugnazione da parte dello stesso difensore, anche con diverso contenuto, purché al momento della rituale e tempestiva presentazione dell'ulteriore richiesta di riesame non sia già intervenuta una decisione in ordine a quella in precedenza proposta (Sez. 3, n. 37196 del 19/11/2020, Rv. 280823).

[15] V., dopo l'elezione del 5 dicembre 2022 del nuovo presidente della Corte, CHIEPPA, *Avvocati e Magistratura insieme per una giustizia migliore*, in *Il giusto processo*, Roma, 2002, p.11: « La nuova funzione che mi è stata affidata sarà da me intesa esclusivamente, non come espressione di potere…ma come servizio della collettività ».
In tema, v. G. AZZARITI, *Il ruolo del Presidente della Corte costituzionale nella dinamica del sistema costituzionale italiano*, in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, pp.186 ss.; S. PAJNO, *La Corte "mediatica": aspetti positivi e profili problematici di una trasformazione in atto*, in *Quest. giust.*, n. 4/2020, pp. 141 ss.

che deve venire in considerazione quale soggetto istituzionale impersonale dell'amministrazione della giustizia costituzionale.

L'interprete deve vigilare e anche segnalare le "manovre elusive" del vincolo del giudicato costituzionale, dirette ad occultare all'esterno, magari cambiando il ventaglio del parametro di costituzionalità individuato, la "ripetizione" del meccanismo di sindacato di costituzionalità per tentare di ribaltare il pregresso responso negativo.

Questa esperienza dovrebbe costituire un monito per il futuro, data l'assoluta libertà con cui il Tribunale toscano ha preteso di impegnare l'alta Corte, in un contenzioso non necessario (e senza essere "controleva" la Consulta) e su cui, in parte, si era già pronunciata.

Il controllo regolativo succederebbe all'attuale assoluta discrezionalità con cui si aprono questioni di incostituzionalità (al netto del doppio criterio della rilevanza e non manifesta infondatezza della questione), intervenendosi nel giudizio preliminare di ammissibilità della questione, nella fase antecedente (ancor più preliminare) ai lavori "di merito" della Corte. Il giudice territoriale non può comportarsi come un Pubblico ministero [16] che chiama il Parlamento al *redde rationem*, dato che - come si è detto - la lettura extratestuale dell'intervento adesivo della Corte (quando accoglie il *petitum*) è quella di essere " sanzionatorio " della responsabilità dell'organo parlamentare (messa in discussione [17]) nel suo tipico ruolo legislativo (ed espressione della volontà popolare [18], non si dimentichi) " incolpandolo " tacitamente di *mala gestio* nella sua funzione normativa. *A fortiori*, quando, solo implicitamente oltre che in via indiretta, pretende di "impugnare" un precedente e recente esito reiettivo della stessa Corte, in contrasto con l'art. 137 Cost. (al comma 3, secondo cui " Contro le decisioni della Corte costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione", cioè alcuna forma di impugnazione [19], compresa quella *sine nomine*). Per il

[16] Un "Pubblico ministero" a cui sarebbe data un potere di "scelta" del Presidente della Corte costituzionale, seguendone la successione nella ricerca di una presidenza più " arrendevole " (alle proprie tesi costituzionali) rispetto ad una precedenza presidenza.

[17] Cfr. C. FUSARO, *Una Costituzione in trasformazione*, in *Manuale di diritto pubblico*, III, *L'azione dei pubblici poteri*, a cura di G.Amato-A.Barbera, Il Mulino, Bologna, 1997, cap.12, p. 346. Anche R.ROMBOLI-E.ROSSI, *Giudizio di legittimità costituzionale*, in *Enc. dir.*, Agg., V (2001), Giuffrè, Milano, pp. 505 ss., specie sul « giudizio in via incidentale ».

[18] G. PITRUZZELLA, *Responsabilità politica*, in *Dig. Pubbl.*, XIII, Utet, Torino, 1997, p.294, sul « cosiddetto responsible party government, il quale si incentra sulla responsabilità politica del partito maggioritario verso gli elettori ». Cfr. E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, cit., p. 977; P. PASSAGLIA, *La problematica definizione della «forma di governo» della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 3/2004, pp.569 ss.

[19] Cfr. F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit., pp. 91 ss.; R. ROMBOLI, *La Corte costituzionale e il suo processo*, in *FI*, 1995. Non si esclude la « revocazione per errore di fatto » (E. FURNO, *Giudicato costituzionale*, cit., p.213, che richiama F. Dal Canto).

Ma secondo la tesi prevalente le sentenze e le ordinanze di rigetto (o di manifesta infondatezza o di manifesta inammissibilità), in difetto di norme espresse, spiegano efficacia *inter partes* limitata al processo *a quo* e precludono solo la riproposizione della medesima questione di legittimità costituzionale da parte del giudice remittente. Al riguardo, v. V. CRISAFULLI, *Le sentenze « interpretative » della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Studi in memoria di T. Ascarelli*, V, Giuffrè, Milano, 1969, p. 394; G. PUGLIESE, *« Giudicato civile (dir. vig.) »*, in *Enc. dir.*, XVIII, Giuffrè, Milano, 1968, p. 847. *Contra*, RUGGERI, Storia di un "falso". L'efficacia *inter partes* delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale, Giuffrè, Milano, 1990, pp.49 ss., per l'efficacia generale di tali pronunce.

medesimo organo territoriale quel responso dovrebbe avere un certo effetto " preclusivo " [20], in merito alla questione trattata, per l'art. 64, comma 3, c.p.p., o quanto meno essere citato e considerato con argomenti specifici di diverso segno. In altri termini, quell'organo, *sic et simpliciter*, non può "agire" una seconda volta (*bis de eadem re ne sit actio*), scalfendo la certezza del primo giudizio di incostituzionalità aperto e concluso (*res iudicata pro veritate accipitur*).

Anche le sentenze interpretative di rigetto, pur non essendo espulsive, tendono ormai ad essere intese come vincolanti [21].

Nel giudizio incidentale, l'efficacia della decisione reiettiva consiste in una verifica: l'accertamento dell'infondatezza del dubbio sollevato dal giudice *a quo* quando ha investito la Corte, con il conseguente divieto, per il medesimo giudice, di sollevare nuovamente la medesima questione [22], oltre che per il divieto di impugnazione delle decisioni costituzionali ai sensi dell'art.137, 3º co., Cost., pure per il principio del

Già in tema, v. G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, in *RISG*, 1933, p. 267.

[20] Cfr. A. BERNASCONI, *Chiusura delle indagini e archiviazione*, in A. Scalfati, A. Bernasconi, A. De Caro, M. Menna, C. Pansini, A. Pulvirenti, N. Triggiani, C. Valentini, D. Vigoni, *Manuale di diritto processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 566: « Il provvedimento di archiviazione è dotato di un'efficacia preclusiva " relativa " perché segna la fine del procedimento e rappresenta un ostacolo per una successiva attività di indagine in ordine agli stessi fatti…(Corte cost., 12 gennaio 1995, n. 27) ». Sugli « effetti preclusivi », in precedenza, v., criticamente, M. CAIANIELLO, *Archiviazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, *Annali* II, t. 1, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 78-79.

In giurisprudenza, si è osservato che in tema di impugnazione, la mancata deduzione di motivi sulla ritenuta responsabilità dell'imputato determina una preclusione su tale punto, ma non è idonea a far acquistare alla relativa statuizione l'autorità di cosa giudicata qualora per lo stesso capo d'imputazione siano stati articolati motivi di gravame sulla sussistenza di circostanze o sulla quantificazione della pena (Cass., sez. III, sent. 9 aprile 2019, n. 36370).

In tema di misure cautelari, l'effetto preclusivo "endoprocessuale" per ulteriori iniziative sul medesimo addebito si produce solo all'esito dell'esaurimento di eventuali procedimenti incidentali di impugnazione, ma non opera qualora sia intervenuto un provvedimento di archiviazione relativamente ad un precedente procedimento nel corso del quale è stata rigettata una richiesta di adozione di provvedimento coercitivo o interdittivo (Cass. pen., sez. II, sent. 12 dicembre 2014, n. 943).V. Cass. pen., sez. III, sent. 18 settembre 2014, n. 50310.

[21] Per A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale* 4,Giappichelli, Torino, 2018, pp. 143 ss., la Corte costituzionale assurge ormai al ruolo di una « magistratura d'interpretazione, investita di una sorta di nomofilachia costituzionale ». In precedenza, v. L. MONTESANO, *Sulle sentenze di incostituzionalità interpretative*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, Giuffrè, Milano 1972, p. 182.

Cfr. A. GIARDA, *Le fonti giurisprudenziali. Il sistema delle " fonti " del diritto processuale penale*, in G.Conso-V.Grevi-M.Bargi, *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova, 2019, CIX: « Qualche chiarimento esigono le sentenze della Corte costituzionale che di definiscono interpretative di rigetto: con esse non viene accolta la questione di costituzionalità, ma viene fornita dalla stessa Corte un'interpretazione della norma sottoposta al vaglio di legittimità tale da renderla compatibile con il teso costituzionale evocato quale referente della questione, così come prospettata dal giudice *a quo* ». In giurisprudenza, da ultimo, v., ad esempio, Corte cost., sent. 27 gennaio 2023, n.8.

[22] C. Cost., 8 giugno 1994, n. 225, in *GiC*, 1994, p. 1898: « l'effetto preclusivo alla riproposizione di questioni nel corso dello stesso giudizio deve ritenersi operante soltanto allorche´ risultino identici tutti e tre gli elementi che compongono la questione (norme impugnate, profili di incostituzionalita` dedotti, argomentazioni svolte a sostegno della ritenuta incostituzionalita`».

ne bis in idem [23], che preclude la ripetizione della *quaestio* avente il medesimo oggetto [24] (il principio del " *ne bis in idem* "è applicabile altresì nel procedimento di prevenzione [25]).

Quindi, « anche le decisioni di rigetto sono idonee ad acquisire l'autorità del giudicato in quanto pongono un limite alla riproposizione, all'interno dello stesso giudizio, del dubbio di legittimità e appaiono funzionali alla definizione del giudizio ed alle esigenze di certezza del diritto, potendo la q. l. c. essere riproposta solo per parametri e profili nuovi » [26].

---

[23] F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale*, cit., 112, nonché´ Corte Cost., 5-2-1998, n. 12, in *GiC*, 1998, p. 62. Praticamente, v. *Ne bis in idem* e diritto d'autore: la Corte Costituzionale (sentenza n. 149/2022) dichiara l'incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui non vieta l'inizio o la prosecuzione di un procedimento penale a carico di chi sia già stato sanzionato in via amministrativa per la medesima violazione, in *Giur. pen.*, 16 giugno 2022 [Corte Costituzionale, 16 giugno 2022 (ud. 10 maggio 2022), sentenza n. 149/2022 Presidente Amato, Relatore Viganò].

[24] A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., p. 276, per il quale « l'effetto preclusivo nel giudizio a quo e, limitatamente alle sentenze di accoglimento, per tutti, non va oltre i profili effettivamente considerati ».
Cfr. M. R. MORELLI, *Sentenze di rigetto della Corte costituzionale ed effetti preclusivi nel "giudizio" a quo*, in *GiC*, 1986, pp.3045 ss.

[25] Però, precisa Cass., sez. I, sent. 15 luglio 2016, n. 47233, la preclusione del giudicato opera "*rebus sic stantibus*" e, pertanto, non impedisce la rivalutazione della pericolosità ai fini dell'applicazione della misura, precedentemente rigettata, a condizione che si acquisiscano nuovi elementi di fatto, che possono consistere in dati di conoscenza nuovi e sopravvenuti ovvero in risultanze preesistenti al giudicato, ma mai apprezzate nei provvedimenti già emessi.
Ne bis in idem, dunque (oppure *Bis de eadem re ne sit actio*). In tema, da ultimo, v. I. GIACONA, *I due ne bis in idem, sostanziale e processuale: omonimi ma non parenti*, in *Sist. Pen.*, 5 ottobre 2023, considerando due recenti importanti pronunzie della Corte costituzionale (n. 149 del 2022) e della Corte di Giustizia UE (Grande Sezione, 8 marzo 2022, NE), relative entrambe al principio di proporzionalità e la prima anche a quello di *ne bis in idem*, nonché nel richiamo di G. ANGIOLINI, " *Ne bis in idem*: una declaratoria di incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p. che invoca un intervento legislativo", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, pp. 1329-1323. Cfr. G. GALLUCCIO MEZIO, *Un " messaggio in bottiglia " della Corte costituzionale in materia di epilogghi decisori del giudizio di legittimità avverso l'ordinanza di inammissibilità dell'istanza di revisione*, in *Penale. Diritto e Procedura*, 31 luglio 2023.
In precedenza, nel senso che il *ne bis in idem* rappresenti un « diritto civile e politico dell'individuo », tra le altre, v. Cass., sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, Donati e altro, in *Cass. pen.*, 2006, p. 68. Analogamente, v. M. PISANI, *Abolitio criminis* e sospensione condizionale della pena in sede esecutiva, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2186; N. GALANTINI, *Il divieto del doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, p. 97. E, nel senso che esso scolpisca una peculiarità della procedura penale pressoché universale ed affermata in tutti i Paesi che si richiamano alla tradizione liberale, v. G. DE LUCA, *Limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Giuffrè, 1963, pp.73 ss.; G. Lozzi, *Giudicato (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano,1969, pp. 913 ss.; nonché E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 505 ss.; N. GALANTINI, Il principio del *ne bis in idem* internazionale nel processo penale, Giuffrè, Milano, 1984, p. 3, nt. 6. In giurisprudenza, v., ad esempio, Cass., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 41 ss.
Ancora in dottrina v. A. SCALFATI, La pronuncia di *abolitio criminis* nel vigente assetto dell'esecuzione penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 205 ss; S. RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona*, in *Dir. pen. cont.* (Riv. trim.), 2015, n. 1, pp. 32 ss.; D. VICOLI, *L'illegittimità costituzionale della norma sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp.1006 ss.; D. VIGONI, *Giudicato ed esecuzione penale: confini normativi e frontiere giurisprudenziali*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 4, p. 8; , nonché B. LAVARINI, Incostituzionalità della disciplina penale in materia di stupefacenti e ricadute *ante* e *post iudicatum*, in *Giur. cost.*, 2014, pp.1907 ss.; ID., *L'incidente di esecuzione a rimedio della pena e della condanna illegale: tra riforme "pretorie" e mancate riforme legislative*, in *Arch. pen.*, 2019, n.3, pp. 1 ss.; criticamente v. F. CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in Bargis (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Giuffrè, Milano, 2103, pp.286 ss.; M. GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutta da una parte*, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 82 ss.

[26] Così, E. FURNO, *Giudicato costituzionale*, cit., p. 215, che richiama E. REDENTI, *Legittimita` delle leggi e Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 80 ss. ed E. CATELANI, *La determinazione della « questione di legittimita` costituzionale » nel giudizio incidentale*, Giuffrè, Milano, 1993.

In conclusione: quel giudice di merito ha già "consumato" il suo potere (con la "soccombenza" che implicitamente ne deriva) nel terreno e nell'ambito del *petitum* ampiamente inteso (e, ancora più ampiamente, la declaratoria intervenuta può coprire il " dedotto " e il " deducibile ", come per il giudicato civile), non ammettendosi un moto perpetuo sulla questione trattata. Una seconda iniziativa sarebbe "viziata" in quanto interverrebbe *sine titulo* e contro il principio della certezza del diritto. Appunto, nel campo civilistico si è stabilito che l'ambito di operatività del giudicato, in virtù del principio secondo il quale esso copre il dedotto e il deducibile, è correlato all'oggetto del processo e colpisce, perciò, tutto quanto rientri nel suo perimetro, incidendo, da un punto di vista sostanziale, non soltanto sull'esistenza del diritto azionato, ma anche sull'inesistenza di fatti impeditivi, estintivi e modificativi, ancorché non dedotti, senza estendersi a fatti ad esso successivi e a quelli comportanti un mutamento del " *petitum* " e della " *causa petendi* ", fermo restando il requisito dell'identità delle persone [27].

Proprio per il vincolo dettato dalla « regola del " dedotto e del deducibile "…in definitiva, la suddetta regola opera nei diversi impianti processuali in modo del tutto peculiare, per cui non può essere considerato un elemento contrario a riconoscere la natura del giudicato alle pronunce costituzionali il fatto che, in caso di rigetto della questione di costituzionalità, il giudice *a quo* possa *prospettare il dubbio sulla medesima norma con riferimento ad un parametro di costituzionalità precedentemente non dedotto in giudizio* » [28].

Nel processo amministrativo, in ipotesi di rigetto, si applica la regola del « dedotto e del deducibile », con la conseguenza che il vincolo del giudicato si estende « fino ai confini di tutti i possibili vizi, dedotti o no »[29].

---

[27] Cass. civ., sez. I, ord. 9 novembre 2022, n. 33021 e, in tema, Cass. civ., sez. I, sent. 28 ottobre 2011, n. 22520. Quindi il giudicato copre il dedotto e il deducibile: così Sezione Tributaria della Corte di Cassazione (Pres. Chindemi, Rel. Russo), Ordinanza 18 novembre 2021, n. 35137. In tema, v. Cass. civ., sez. un., sent., (data ud. 07 febbraio2023) 06 aprile 2023, n. 9479, in *Quot. Giur.*, 3 maggio 2023.

Il giudicato interno non si determina sul fatto ma su una statuizione minima della sentenza, costituita dalla sequenza rappresentata da fatto, norma ed effetto, suscettibile di acquisire autonoma efficacia decisoria nell'ambito della controversia, sicché l'appello motivato con riguardo ad uno soltanto degli elementi di quella statuizione riapre la cognizione sull'intera questione che essa identifica, così espandendo nuovamente il potere del giudice di riconsiderarla e riqualificarla anche relativamente agli aspetti che, sebbene ad essa coessenziali, non siano stati singolarmente coinvolti, neppure in via implicita, dal motivo di gravame (Cass. civ., sez. III, ord. 19 ottobre 2022, n. 30728; conf. Cass. civ., sez. I, ord. 30 giugno 2022, n. 20951). E sul c.d. giudicato esterno, v. Cass. civ., sez. lav., ord. 21 aprile 2022, n. 12754; Cass. civ., sez. I, ord. 2 marzo 2022, n. 6868 e, in precedenza, Cass. civ., sez. VI, sent. 6 giugno 2011, n. 12159, secondo cui l'esistenza di un giudicato, anche esterno, non costituisce oggetto di eccezione in senso tecnico, ma è rilevabile in ogni stato e grado anche d'ufficio, senza che in ciò sia riscontrabile alcuna violazione dei principi del giusto processo.

[28] (il secondo lungo corsivo è nostro, per segnalare l'importanza del passo) Così, testualmente, F. DAL CANTO, *Giudicato costituzionale*, in *Enc. dir.*, Agg., V, cit., p. 433, che richiama sia A. CERRI, *Il profilo tra argomento e termine della questione di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1978, I, pp. 330 ss. che E. CATELANI, *La determinazione della « questione di legittimità costituzionale » nel giudizio incidentale*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 1 ss., nonché la giurisprudenza costituzionale di Corte cost., 8 giugno 1994, n. 255, in *Giur. cost.*, 1994, pp. 1898 ss.; Corte cost., 9 maggio 1997, n 127, *ivi*,1997, pp. 1466 ss.; Corte cost., 17 marzo 1998, n. 63, *ivi*, 1998, pp. 668 ss.

[29] Così, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1994, p. 310. In tema v. P. M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo. Profili ricognitivi e individuazione della natura giuridica*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 151 ss. Per la manualistica, v. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 546 che nella cornice della

La questione è, quantomeno, aperta, ciò che ai nostri fini è sufficiente (poiché l'approfondimento riguarda il diritto processuale penale): poteva il giudice territoriale di Firenze, senza incorrere nello sbarramento del *ne bis in idem*, sull'art. 63, comma 3, c.p.p., tornare ad investire, dopo appena un anno, la Corte costituzionale, e questa, investita, poteva non interloquire e restare, sul punto, *sine glossa*? L'effetto preclusivo [30]dovrebbe essere l'equivalente di un punto fermo, secondo gli enunciati giurisprudenziali in campo civilistico/penalistico, che distingue tra giudicato formale [31], sostanziale [32] ed interno (e in opposizione al giudicato esterno) [33], precisandosi che il fondamento del giudicato sostanziale, regolato

distinzione fra « giudicato formale e giudicato sostanziale », scrive per il primo: « Il giudicato, in questa accezione, prescinde dal contenuto della sentenza; sentenze di rito e sentenze di merito, sentenze di accoglimento del ricorso e sentenze di rigetto passano in giudicato », nonché E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia, Giuffrè, Milano, 2015, p. 921 il quale evoca la figura del « giudicato implicito, che esclude la possibilità di un esame d'ufficio in sede di impugnazione della questione la cui soluzione è da esso coperta ».

[30] Il principio secondo cui l'autorità del giudicato spiega i suoi effetti non solo sulla pronuncia esplicita della decisione, ma anche sulle ragioni che ne costituiscono sia pure implicitamente il presupposto logico-giuridico, trova applicazione anche in riferimento al decreto ingiuntivo di condanna al pagamento di una somma di denaro, il quale, in mancanza di opposizione o quando quest'ultimo giudizio sia stato dichiarato estinto, acquista efficacia di giudicato non solo in ordine al credito azionato, ma anche in relazione al titolo posto a fondamento dello stesso, precludendo ogni ulteriore esame delle ragioni addotte a giustificazione della relativa domanda in altro giudizio (Cass. civ., sez. I, ord. 24 settembre n. 22465).

In materia penale, v. Cass. pen., sez. III, sent. 9 aprile 2019, n. 36370, in via distintiva: in tema di impugnazione, la mancata deduzione di motivi sulla ritenuta responsabilità dell'imputato determina una preclusione su tale punto, ma non è idonea a far acquistare alla relativa statuizione l'autorità di cosa giudicata qualora per lo stesso capo d'imputazione siano stati articolati motivi di gravame sulla sussistenza di circostanze o sulla quantificazione della pena.

In dottrina, ad esempio, v. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 920: « ritenendo il giudicato caratterizzato dall'effetto preclusivo…anche le sentenze processuali potrebbero essere considerate assistite da autorità di giudicato (quantomeno formale) ».

[31] In tema di giudicato formale, dalla lettura coordinata degli artt. 648, comma secondo, e 591, comma secondo, cod. proc. pen. si desume che la presentazione di un impugnativa tardiva non impedisce il passaggio in giudicato della sentenza, la quale, pertanto, deve essere necessariamente eseguita a cura del pubblico ministero, anche prima della pronuncia dichiarativa dell'inammissibilità dell'impugnazione (Cass., sez. un., sent. 26 giugno 2015, n. 47766).

[32] La preclusione per effetto di giudicato sostanziale può scaturire solo da una statuizione che abbia attribuito o negato « il bene della vita " preteso " e non anche da una pronuncia che non contenga statuizioni al riguardo, pur se essa risolva questioni giuridiche strumentali rispetto all'attribuzione del bene controverso » (Cass. civ., sez. I, sent.17 gennaio 2022, n. 1252). *Contra*, parz., Cass., civ., sez. un., sent. 17 novembre 2021, n. 35110: la statuizione su una questione di rito - sebbene non sia idonea a produrre gli effetti del giudicato sostanziale - dà luogo al giudicato formale limitatamente al rapporto processuale nel cui ambito è emanata, con effetto preclusivo del riesame della medesima questione, laddove detta statuizione non sia stata impugnata da alcuna delle parti.

Il giudicato sostanziale ha ad oggetto il bene della vita fatto valere in giudizio e non anche l'interpretazione ed applicazione delle disposizioni normative, attività rispetto alle quali il giudice non è vincolato alle deduzioni delle parti (Cass. civ., sez. V, ord. 10 ottobre 2018, n. 24992). Il giudicato sostanziale conseguente alla mancata opposizione di un decreto ingiuntivo copre non soltanto l'esistenza del credito azionato, del rapporto di cui esso è oggetto e del titolo su cui il credito e il rapporto stessi si fondano, ma anche l'inesistenza di fatti impeditivi, estintivi e modificativi del rapporto e del credito precedenti al ricorso per ingiunzione e non dedotti con l'opposizione (Cass. civ., sez. VI, ord. 18 luglio 2018, n. 19113).

[33] L'eventuale giudicato formatosi su una frazione del complessivo credito non è idoneo a spiegare effetti sul successivo giudizio avente ad oggetto una diversa frazione del credito, non potendosi configurare né un giudicato interno, trattandosi di un diverso processo, né di un giudicato esterno o implicito, non relativo ad un rapporto presupposto, ma riguardando un'autonoma porzione del medesimo rapporto obbligatorio vertente tra le stesse parti (Cass. civ., sez. II, ord. 18 agosto 2021, n. 23077). Il giudicato interno può formarsi solo su capi di sentenza autonomi, che cioè risolvano una questione controversa avente una propria individualità ed autonomia, così da integrare astrattamente una decisione del tutto indipendente; sono privi del carattere dell'autonomia i meri passaggi motivazionali, ossia le premesse logico-

dall'art. 2909 c.c., risponde al generale principio della certezza del diritto [34]. Si parla pure di efficacia riflessa [35]. E l'interpretazione del giudicato, sia esso interno od esterno, va effettuata alla stregua non soltanto del dispositivo della sentenza, ma anche della sua motivazione [36].

Il giudicato esterno, al pari di quello interno, risponde alla finalità d'interesse pubblico di eliminare l'incertezza delle situazioni giuridiche e di rendere stabili le decisioni, sicché il suo accertamento non costituisce patrimonio esclusivo delle parti; pertanto il giudice al quale ne risulti l'esistenza non è vincolato dalla posizione assunta da queste ultime in giudizio, potendo procedere al suo rilievo e valutazione anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo [37].

---

giuridiche della statuizione adottata, come pure le valutazioni di meri presupposti di fatto che, unitamente ad altri, concorrono a formare un capo unico della decisione. (Fattispecie in cui la S.C. ha escluso che vi fosse stata violazione del giudicato interno, per la mancata impugnazione della sentenza di prime cure, nella parte in cui aveva ritenuto insussistente il requisito della eterodirezione, quale indice rilevante, ma non esaustivo, della natura subordinata del rapporto di lavoro, per il cui riconoscimento era stato intentato il giudizio) (Cass. civ., sez. lav., sent. 4 ottobre 2018, n. 24358).

Il giudicato esterno, in quanto provvisto di " vis imperativa " e indisponibilità per le parti, va assimilato agli " elementi normativi ", sicché la sua interpretazione deve essere effettuata alla stregua dell'esegesi delle norme (e non già degli atti e dei negozi giuridici), in base agli artt. 12 ss. disp. prel. c.c., con conseguente sindacabilità degli eventuali errori interpretativi sotto il profilo della violazione di legge (Cass. civ., sez. III, ord. 29 novembre 2018, n. 30838). Il giudicato esterno, al pari di quello interno, risponde alla finalità d'interesse pubblico di eliminare l'incertezza delle situazioni giuridiche e di rendere stabili le decisioni, sicché il suo accertamento non costituisce patrimonio esclusivo delle parti e non è subordinato ai limiti fissati dall'art. 345 c.p.c. per le prove nuove in appello, di tal che il giudice, al quale ne risulti l'esistenza, non è vincolato dalla posizione assunta dalle parti in giudizio, dovendo procedere al suo rilievo e valutazione anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo (in applicazione del principio, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata che, nell'ambito di un giudizio per querela di falso, non aveva preso in esame la sentenza penale divenuta definitiva nel corso del giudizio di secondo grado ed eccepita dalla parte interessata, con cui la convenuta, imputata del reato di cui all'art. 481 c.p., era stata assolta perché il fatto non sussiste) (Cass. civ., sez. II, ord. 25 ottobre 2018, n. 27161).

In materia tributaria, l'effetto vincolante del giudicato esterno, in relazione alle imposte periodiche, è limitato ai soli casi in cui vengano in esame fatti che, per legge, hanno efficacia permanente o pluriennale, producendo effetti per un arco di tempo che comprende più periodi di imposta, o nei quali l'accertamento concerne la qualificazione di un rapporto ad esecuzione prolungata, sicché è esclusa l'efficacia espansiva del giudicato per le fattispecie "tendenzialmente permanenti" in quanto suscettibili di variazione annuale (Cass. civ., sez. V, sent. 7 settembre 2018, n. 21824). Il giudicato esterno è assimilabile agli "elementi normativi", sicché la sua interpretazione deve effettuarsi alla stregua dell'esegesi delle norme, non già degli atti e dei negozi giuridici, e la sua portata va definita dal giudice sulla base di quanto stabilito nel dispositivo della sentenza e nella motivazione che la sorregge, potendosi far riferimento, in funzione interpretativa, alla domanda della parte solo in via residuale qualora, all'esito dell'esame degli elementi dispositivi ed argomentativi di diretta emanazione giudiziale, persista un'obiettiva incertezza sul contenuto della statuizione (Cass. civ., sez. I, ord. 13 ottobre 2017, n. 24162).

[34] Cass. civ., sez. I, ord. 10 dicembre 2018, n. 31904.

[35] La sentenza passata in giudicato, oltre ad avere un'efficacia diretta tra le parti, i loro eredi e aventi causa, ne ha anche una riflessa, poiché, quale affermazione oggettiva di verità, produce conseguenze giuridiche anche nei confronti di soggetti rimasti estranei al processo nel quale sia stata resa, qualora essi siano titolari di diritti dipendenti dalla situazione definita in quel processo, o comunque subordinati a questa (Cass. civ., sez. VI, ord. 28 agosto 2018, n. 21240; conf. Cass. civ., sez. lav., sent. 19 marzo 2013, n. 6788).

[36] Cass. civ., sez. VI, ord. 19 luglio 2018, n. 19252.

[37] Cass. civ., sez. lav., sent. 3 aprile 2017, n. 8607. In tema, v. Cass. civ., sez. un., sent. 2 febbraio 2017, n. 2735. L'esistenza di un giudicato, interno o esterno, è rilevabile d'ufficio ove emerga da atti comunque prodotti nel corso del giudizio, rispondendo al principio della ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost.. (Cass. civ., sez. I, sent. 27 luglio 2016, n. 15627).

3. La c.d. prova della resistenza, anche *ante litteram* 2 giugno 1946: elezioni dei deputati all'Assemblea costituente insieme al *referendum* sulla forma istituzionale dello Stato

La Corte – e ancor prima il giudice territoriale, promotore del contenzioso costituzionale - doveva porsi una duplice domanda, preliminare: a) la risposta resa nell'interrogatorio (quale mezzo di difesa e, insieme, momento e strumento di identificazione del sottoposto, mentre l'esame dell'imputato è mezzo di prova) in sede di dichiarazione/elezione di domicilio, in occasione di nomina del difensore di fiducia, è di immediato ed automatico impiego processuale o del tutto devoluta, nei suoi contenuti, all'autorità procedente e al giudice, i quali possono/devono controllarla avvalendosi di fonti informative alternative, eventualmente già acquisite ancor prima dell'audizione dell'interessato?; b) le dichiarazioni del prevenuto o il suo silenzio alle domande rivolte incidono sull'*iter* procedimentale, sulla sua direzione, e sul suo diritto di difesa, o sono ininfluenti e indifferenti e quindi irrilevanti a fronte di mezzi cognitivi ufficiali di cui autonomamente dispone l'autorità procedente, di guisa che il contegno positivo (integrato quando il soggetto fornisce dichiarazioni senza essere stato avvertito che può astenersi dal renderle) o negativo non ha nessuna incidenza ed influenza sul seguito procedimentale e nel telaio della c.d. prova della resistenza [38], in quanto gli elementi acquisiti ed acquisibili hanno la loro autonomia che rendono autosufficiente l'organo?

Se non sono vincolanti le risposte date dall'inquisito, le stesse sono riducibili al confronto con le fonti ufficiali (ad esempio, le risposte sui precedenti penali), consentendo all'interrogato di misurarsi con un possibile divario ed eventualmente intervenire in via autocorrettiva, *statim*, in seno allo stesso interrogatorio pendente e per quanto risulti inoppugnabilmente *ex actis*.

---

[38] S. RECCHIONE, *Ricorso in Cassazione per inutilizzabilità della prova. Su chi ricade l'onere della "prova di resistenza?"*, in *il Penalista*, 22 febbraio 2019: nell'ipotesi in cui con il ricorso per cassazione si lamenti l'inutilizzabilità di un elemento a carico, il motivo di impugnazione deve illustrare, a pena di inammissibilità per aspecificità, l'incidenza dell'eventuale eliminazione del predetto elemento ai fini della cosiddetta "prova di resistenza", in quanto gli elementi di prova acquisiti illegittimamente diventano irrilevanti ed ininfluenti se, nonostante la loro espunzione, le residue risultanze risultino sufficienti a giustificare l'identico convincimento. Al riguardo, v. Cass., sez. II, sent. 30 maggio 2019, n. 29642, Presidente: Rago - Estensore: Pardo, citandosi, quale precedente conforme, Cass., sez. 6, n. 18764 del 5 febbraio 2014, Rv. 259452, e così, eloquentemente, motivando Cass. 2019/29642 sulla c.d. prova della resistenza: « L'applicazione del suddetto principio al caso in esame comporta proprio l'inammissibilità del primo motivo di ricorso posto che la prova di cui i ricorrenti lamentano l'inutilizzabilità non ha avuto incidenza determinante nel giudizio di colpevolezza, affermato concordemente dai giudici di merito sulla base delle risultanze della deposizione del verbalizzante L. che ha integralmente ripercorso tutte le vicende relative al rinvenimento all'estero ed al sequestro dell'autovettura tipo Porsche Cayenne; così che anche a volere escludere l'utilizzazione della relazione di servizio del 31 maggio per assenza di consenso alla sua acquisizione, in ogni caso tutti gli elementi ricavati dalla stessa emergono proprio dalla suddetta deposizione testimoniale ».

Sulla cosiddetta "prova di resistenza", in quanto gli elementi di prova acquisiti illegittimamente diventano irrilevanti ed ininfluenti se, nonostante la loro espunzione, le residue risultanze risultino sufficienti a giustificare l'identico convincimento (fattispecie in tema di dichiarazione indiziante resa a funzionario Inps nell'ambito di attività ispettiva, in assenza delle garanzie di difesa previste dal codice di rito), v. Cass. pen., sez. III, sent. 23 gennaio 2015, n. 3207.

Cfr. *Modus ponens*, *Modus tollens*, in *Dizionario di filosofia*, di N.ABBAGNANO, Agg. e Ampl. G. Fornero, Utet, Torino, 1998, p.724.

Poniamo che la difesa deduca un vizio di procedura sul rilievo che l'autorità procedente abbia, impropriamente, richiesto ed ottenuto le informazioni ai sensi dell'art. 21 disp. att. c.p.p. senza la previa avvertenza del diritto riconosciuto al prevenuto al silenzio. Si consideri, tuttavia, che la medesima autorità non abbia utilizzato quanto dichiarato avvalendosi di proprie fonti legali per i corrispondenti contenuti al pari di un vero e proprio "filtro".

Così le dichiarazioni vengono messe fra parentesi (senza che trovi posto la massima *male captum bene retentum*) e il vizio, *prima facie* rilevabile, risulta, all'analisi, neutralizzato perché di quelle non si è fatto impiego alcuno (in alternativa: si sarebbe fatto impiego e in tal caso è sufficiente l'applicazione della regola di esclusione di utilizzabilità degli elementi acquisiti, ai sensi dell'art 64 c.p.p., comma 3 *bis* che richiama il comma 3 e quindi pure il suo *incipit*). Ecco il trattamento per un caso consimile: « la denunciata violazione…innegabile, di per sé non travolge automaticamente la sentenza, producendosi tale effetto solo ove la sentenza si fondi sugli elementi di prova affetti dal rilevato vizio di nullità…in conclusione, la " prova di resistenza " espletata consentirebbe di affermare che gli elementi di prova, suscettibili di valutazione, ai fini della corretta formazione del convincimento sulla imputazione per cui è processo, sono rappresentati unicamente da quelli che si desumono dalla deposizione del m.llo T., nonché dagli atti e documenti versati in atti nel corso del giudizio, con esclusione, per contro, di quelli offerti dalle testimonianze di…»[39].

Così, ove delle dichiarazioni rilasciate *non sequitur*, l'invocazione della violazione dell'avvertimento del diritto del prevenuto al silenzio residuerebbe quale mera petizione di principio, privo di effetti pregiudizievoli.

Altro esempio è di carattere storico, risalente al 2 giugno 1946 quando furono indette le elezioni dei deputati all'Assemblea costituente unitamente al *referendum* sulla forma istituzionale dello Stato. Il 10 giugno la Cassazione dichiarò la prevalenza dei voti espressi, dal corpo elettorale, per la soluzione repubblicana…Infatti, secondo la pronuncia della Cassazione, la soluzione repubblicana aveva ottenuto 12.717.923 voti validi pari al 54,26% mentre quella monarchica ne aveva ottenuti 10.719.284, pari al 45,74% dei voti validi. Anche accettando le riserve espresse dagli esponenti monarchici e avallate dall'ambiente di corte sul conteggio dei voti…la soluzione repubblicana sarebbe stata egualmente

[39] Così, Cass., sez. VI, sent. 11 dicembre 2014 - 9 gennaio 2015, n. 672 (Presidente Garribba – Relatore Lanza), in *QG*, 15 settembre 2016, e che, conformemente, richiama Cass. sez. 3, 42509/2008, Cass. sez. 2, 16626/2007, sez. 6, 9446/2000. Per l'ipotesi consimile, da ultimo, v. Cass., sez. IV, set. 15 novembre 2023, n. n. 45916, in *Norme & Trib.*, 15 novembre 2023: in tema di impugnazioni, è inammissibile, per carenza d'interesse, il ricorso per cassazione avverso la sentenza di secondo grado che non abbia preso in considerazione un motivo di appello inammissibile *ab origine* per manifesta infondatezza, in quanto l'eventuale accoglimento della doglianza non sortirebbe alcun esito favorevole in sede di giudizio di rinvio.

Sul *male captum bene retentum*, v., da ultimo, ad esempio, V. CIRACÌ, *Acquisizione illegittima di utenze telefoniche e successiva attività di captazione: esclusa l'operatività dell'inutilizzabilità derivata*, in *Cammino diritto*, 18 settembre 2023; F. R. DINACCI, L'inutilizzabilità e il *male captum bene retentum*: vecchie superstizioni e nuove consapevolezze, in *Arch. pen.*, 5 maggio 2023.

prevalente, fondandosi, in questo caso pur sempre sul 51.01% dato che le schede bianche e i voti nulli furono circa un milione e mezzo » [40]. L'introduzione (ipotetica) di quella variabile (il computo di voti che non dovevano essere conteggiare), la sua incidenza, non avrebbe cioè potuto mutare l'esito finale. Una incidenza ininfluente, e in definitiva (l'applicazione di) una legge dell'invarianza: una prova di resistenza (del risultato pur in costanza di un fattore spurio) *ante litteram*.

4. Le basi testuali dell'art. 64 c.p.p.

Il quadro di riferimento, della presente analisi, è, in primo luogo, l'art. 64 (*Regole generali per l'interrogatorio*), il comma 3 e il comma 3-*bis*:

3. Prima che abbia inizio l'interrogatorio, la persona deve essere avvertita che:

a) le sue dichiarazioni potranno sempre essere utilizzate nei suoi confronti;

b) salvo quanto disposto dall'articolo 66, comma 1, ha facoltà di non rispondere ad alcuna domanda, ma comunque il procedimento seguirà il suo corso;

c) se renderà dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità di altri, assumerà, in ordine a tali fatti, l'ufficio di testimone, salve le incompatibilità previste dall'articolo 197 e le garanzie di cui all'articolo 197-*bis*.

3-*bis*. L'inosservanza delle disposizioni di cui al comma 3, lettere a) e b), rende inutilizzabili le dichiarazioni rese dalla persona interrogata. In mancanza dell'avvertimento di cui al comma 3, lettera *c*), le dichiarazioni eventualmente rese dalla persona interrogata su fatti che concernono la responsabilità di altri non sono utilizzabili nei loro confronti e la persona interrogata non potrà assumere, in ordine a detti fatti, l'ufficio di testimone [41].

---

[40] C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia 1848/1948*, II, Laterza, Roma-Bari, 1977, p. 409, annotando che secondo la tesi degli esponenti monarchici il conteggio dei voti « avrebbe dovuto effettuarsi in base alla percentuale degli elettori votanti e non in base a quella dei voti validi ». V. pure C. FUSARO, *Una Costituzione in trasformazione*, in *Manuale di diritto pubblico*, III, *L'azione dei pubblici poteri*, a cura di Amato-Barbera, II, cit., p. 399: « 1.498.136 furono i voti nulli…la repubblica prevale sulla monarchia ».

[41] La Corte costituzionale, con sentenza 25 maggio-14 giugno 2022, n. 148 (*Gazz. Uff.* 15 giugno 2022, n. 24 - Prima serie speciale), ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale del presente comma, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 24, 111 e 117, primo comma, Cost.

La Corte costituzionale, con sentenza 6 aprile-5 giugno 2023, n. 111 (*Gazz. Uff.* 7 giugno 2023, n. 23 - Prima serie speciale), ha dichiarato, tra l'altro, l'illegittimità costituzionale del presente comma, nella parte in cui non prevede che gli avvertimenti ivi indicati siano rivolti alla persona sottoposta alle indagini o all'imputato prima che vengano loro richieste le informazioni di cui all'art. 21 delle Norme di attuazione del codice di procedura penale.

Per completezza si richiamano i primi due commi dell'art. 64 cit.: la persona sottoposta alle indagini interviene libera all'interrogatorio e non possono essere usati metodi o tecniche idonei a influire sulla sua libertà di autodeterminazione, o ad alterare la capacità di ricordare o valutare i fatti (per la responsabilità penale dell'operatore di giustizia, *ex* 610 c. p., v. Cass., 12 maggio 2023, n.20365; conf.,della medesima sezione, nn..3562 del 2011; 1786 del 2016 e 40485 del 2019).

La persona sottoposta ad interrogatorio (diversamente dal testimone o dalla persona in grado di riferire sui fatti) è preservata dal diritto al silenzio [42], e il comma 3, per tale garanzia, allestisce la rete di un triplice avvertimento dell'autorità procedente prima dell'inizio dell'interrogatorio [43], a pena di inutilizzabilità delle dichiarazioni rese.

Prima dell'interrogatorio, la persona deve essere avvertita che:

a) le sue dichiarazioni potranno utilizzarsi *contra reum*;
b) può scegliere di non rispondere ad alcuna domanda, tranne in ordine agli elementi utili ad identificarlo;
c) se renderà dichiarazioni sulla responsabilità altrui, potrà assumere lo *status* di testimone in relazione ai fatti contenuti nelle dichiarazioni.

La Cassazione ricorda che « nella sua originaria formulazione, infatti, l'art. 64 c.p.p., comma 3 stabiliva che, " prima dell'inizio dell'interrogatorio, la persona deve essere avvertita che, salvo quanto disposto dall'art. 66, comma 1, ha facoltà di non rispondere e che, se anche non risponde, il procedimento seguirà il suo corso ". Tale disposizione è stata modificata dalla L. 1 marzo 2001, n. 63, art. 2, comma 1, attuativa della riforma costituzionale sul " giusto processo "» [44].

[42] La negazione o il mancato chiarimento, da parte dell'imputato, di circostanze valutabili a suo carico nonché la menzogna o il semplice silenzio su queste ultime possono fornire al giudice argomenti di prova solo con carattere residuale e complementare ed in presenza di univoci elementi probatori di accusa, non potendo determinare alcun sovvertimento dell'onere probatorio (Cass., sez. I, sent. 23 gennaio 2012, n. 2653). V., pure, Cass., sent. 31 agosto 2022, n. 32027 (la Corte annulla la sentenza di condanna del professionista per evasione fiscale fondata sulle presunzioni tributarie). V. Trib. di Bari, ud. 27 marzo 2017, n. 17, Giudice dott.ssa Cistulli, in *Giur. Pen.*, 6 gennaio 2028. Sul punto, v. L. CARBONI, *La valutazione probatoria del silenzio: critiche e prospettive*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, n.5.

[43] In materia, v. GIUS. AMATO, *Più numerosi gli avvertimenti all'indagato*, in *Guida dir.*, 2001, n. 13, p. 37; M. COLAMUSSI, *Interrogatorio dell'imputato ed omesso avvertimento della facoltà di non rispondere*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 99; S. CORBETTA, *Principio del contraddittorio e riduzione del diritto al silenzio*, in *Dir. proc. pen.*, 2001, p. 678; P. CORSO, *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 1077; M. L. DI BITONTO, *Diritto al silenzio: evoluzione o involuzione?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1027; R. E. KOSTORIS, Sub *art. 64*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, Utet, Torino 1989, p. 326; O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Giuffrè, Milano, 2004; TONINI, *Giusto processo, diritto al silenzio ed obbligo di verità: la possibile coesistenza*, in *Ind pen.*, 2000, p. 35; ID., *Il diritto al silenzio tra giusto processo e disciplina di attuazione*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 232; G.UBERTIS, *Nemo tenetur se detegere* e dialettica processuale, in *Giust. pen.*, 1994, III, c. 97.

[44] Cass., sez. I, 16 marzo 2016 (ud. 22 dicembre 2015), n. 11165, Presidente Cortese, Relatore Talerico, in *Giur. Pen.*, 23 maggio 2016: con una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 64 co. 3 c.p.p. si ottiene una diversificazione delle conseguenze processuali derivanti dall'omissione dei previsti avvertimenti. Infatti, qualora non sia dato l'avviso *ex* art. 64 co. 3 lett. b) c.p.p., le dichiarazioni sono inutilizzabili, pur se siano stati dati gli altri avvisi. L'omissione dell'avvertimento relativo alla facoltà di non rispondere infirma l'intero interrogatorio. Nell'ipotesi in cui, invece, non sia dato l'avviso ai sensi dell'art. 64 co. 3 lett. c) c.p.p., le dichiarazioni sono utilizzabili solo nei confronti dello stesso dichiarante, ma non verso terzi, come risulta dall'art. 64 co. 3 bis c.p.p.
Infine, se sono stati dati gli avvertimenti dell'art. 64 co. 3 lett. b) e c), ma non anche quello di cui alla lett. a), le dichiarazioni possono essere utilizzate solo nei confronti di terzi, ma non del dichiarante.

5. Il carattere poziore delle risultanze "tavolari" il cui filtro rende non irriducibili le diverse dichiarazioni

L'accennato " filtro " [45], inserito nei meccanismi dei controlli documentali (questa volta alla " fonte " del sapere giudiziario, non affidandosi alla " foce " di quanto dichiarato dall'inquisito), vale a selezionare il contenuto delle dichiarazioni rese e a depurarlo dalle scorie del falso sapere, di quello comunicato all'autorità richiedente, di guisa che può ritenersi che l'eventuale falso è assolutamente ininfluente e quindi innocuo. E ciò al pari del procedimento per querela di falso: la querela di falso proposta dà luogo ad un giudizio autonomo volto ad accertare la falsità materiale di un atto pubblico o di una scrittura privata autenticata o riconosciuta, ovvero la divergenza, in un atto pubblico, fra la dichiarazione e gli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta essere avvenuti in sua presenza o essere stati da lui compiuti e quanto effettivamente avvenuto, al fine di paralizzarne l'efficacia probatoria [46].

L'esame, allo stesso modo, è di tipo comparativo.

La differenza fondamentale tra imputato e testimone [47] è che solo il secondo è tenuto a rispondere secondo verità (Corte cost., n.179 del 1994).

L'art. 198 c. p. p. prevede: 1. Il testimone ha l'obbligo di presentarsi al giudice e di attenersi alle prescrizioni date dal medesimo per le esigenze processuali e di rispondere secondo verità alle domande che gli sono rivolte.

L'art. 497 (*Atti preliminari all'esame dei testimoni*) prevede:

1. I testimoni sono esaminati l'uno dopo l'altro nell'ordine prescelto dalle parti che li hanno indicati.

---

[45] *Retro*, par. 3.

[46] Trib. civ., Cosenza, sez. I, sent. 28 luglio 2023 n. 1349 – Pres. Viteritti; Giudice Rel. Marletta, in *Norme & Trib.*, 8 settembre 2023, che conclude: all'esito di siffatto giudizio, l'eventuale accertamento della falsità spiega i suoi effetti " *erga omnes* ", e, quindi, oltre il limite del giudicato.

[47] L'imputato concorrente nel medesimo reato ascritto al soggetto cui si riferiscono le sue dichiarazioni accusatorie non deve ricevere l'avvertimento previsto dall'art. 64, comma terzo, lett. c), c.p.p., non potendo assumere, prima della definizione del procedimento pendente nei suoi confronti, la veste di testimone assistito. E ciò in quanto la proposizione "fatti concernenti la responsabilità altrui" contenuta nella lettera dell'art. 64, comma terzo, lett. c), c.p.p., deve essere interpretata nel senso di fatto che è soltanto altrui" in quanto afferente a reato connesso ai sensi dell'art. 12, comma primo, lett. c) o collegato ai sensi dell'art. 371, comma secondo, lett. b) c.p.p. (Cass, sez. IV, sent. 15 gennaio 2014, n. 1517).

In caso di esame dibattimentale in qualità di testimone assistito, ex art. 197 *bis*, comma secondo, cod. proc. pen., di indagati per lo stesso reato, la mancanza dell'avviso previsto dall'art. 64, comma terzo, cod. proc. pen. non rende le dichiarazioni inutilizzabili (in motivazione, la Corte ha precisato che la disposizione contenuta nell'art. 64, comma terzo cod. proc. pen., si riferisce all'interrogatorio dell'indagato e, quindi, ad una fase di assenza di contraddittorio tra le parti che impone maggior rigore a garanzia del dichiarante e dei terzi coinvolti dalle dichiarazioni) (Cass., sez. V, sent. 10 ottobre 2013, n. 41886; conf., Cass., sez. V, sent. 5 aprile 2012, n. 12976).

In dottrina, v. F. FALATO, *Interrogatorio ed esame*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. XVII, Roma, 2009, pp. 3 ss. che individua nell'impostazione del codice del 1988 la « consapevolezza che la confessione non è la prova regina da ricercare ad ogni costo - anzi, la prevalenza accordata al diritto al silenzio dell'imputato propone un metodo con coordinate ontologiche diametralmente opposte a quelle del codice del 1930 ».

2. Prima che l'esame abbia inizio, il presidente avverte il testimone dell'obbligo di dire la verità. Salvo che si tratti di persona minore degli anni quattordici, il presidente avverte altresì il testimone delle responsabilità previste dalla legge penale per i testimoni falsi o reticenti e lo invita a rendere la seguente dichiarazione: "Consapevole della responsabilità morale e giuridica che assumo con la mia deposizione, mi impegno a dire tutta la verità e a non nascondere nulla di quanto è a mia conoscenza". Lo invita quindi a fornire le proprie generalità.

Però, proprio sulle generalità l'art. 66 c.p.p. *sembra* non mantenere questa distinzione fra imputato e testimone, fra vincolo e libertà, apparendo la norma come segno della contraddizione dato che l'imputato viene ammonito preventivamente « circa le conseguenze cui si espone chi si rifiuta di dare le proprie generalità o le dà false » (comma 1 art. cit.). L'ibridazione risulterebbe testualmente.

Il disegno del legislatore, dello storico Codice Vassalli, invece è limpido e coerente perché non viene in rilievo l' " interrogatorio nel merito "(occasione della contestazione alla persona del « fatto che le è attribuito », *ex* art. 65, comma 1, c.p.p.) [48], bensì l'interrogatorio quale sede eletta (perché « è presente l'imputato ») e strumento per quell'importantissimo e primario adempimento " pubblico ", affidato dall'ordinamento all'autorità giudiziaria, qual è l' " identificazione " dell'imputato. L'astratta incoerenza sistematica è superata perché lo stesso non sta "rispondendo" sul fatto di reato ma, semplicemente, alle domande sulla sua identità anagrafica, e alla cui incombenza partecipa il difensore dell'imputato, presente pure all'atto e che non lo eccepisce (non eccepisce cioè la doverosa identificazione). L'identificazione avviene e interviene solo "in occasione" dell'interrogatorio, per via della presenza del soggetto all'atto: ne è la sua cornice e lo sormonta, ma ha un scopo diverso da quello proprio dell'interrogatorio fattuale (e ne rappresenta, l'identificazione, l'*ante rem*).

Si aggiunga altra ragione per cui il controllo per le dichiarazioni rese vale sia per il testimone che per l'imputato, evocandosi la distinzione fra essere e dovere essere. L'imputato, ammonito, *dovrebbe* rispondere in modo veritiero e non dovrebbe rifiutarsi di rispondere: ma se si svincola, perché per esempio ritiene così di autotutelarsi e autodifendersi esercitando cioè un diritto, le risultanze "tavolari" suppliscono al *deficit* che risulterà, o in via correttiva o integrativa, quando l'imputato non risponde. Nel secondo caso, per i sostenitori del *nemo tenetur se detegere* su "tutta la linea" (sia per il fatto che per le circostanze ai sensi dell'art. 21 att.), si ricorderà che l'art. 65, comma 2, imponga che rimanga memoria

[48]Per un doppio richiamo, v. art. 294 (*Interrogatorio della persona sottoposta a misura cautelare personale*) c.p.p.: 4. Ai fini di quanto previsto dal comma 3, l'interrogatorio è condotto dal giudice con le modalità indicate negli articoli 64 e 65. Per altro richiamo dell'art. 66 c.p.p. v. art. 349 c.p.p. (*Identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini e di altre persone*), comma 3. Art. 388 (*Interrogatorio dell'arrestato o del fermato*) 1. Il pubblico ministero può procedere all'interrogatorio dell'arrestato o del fermato, dandone tempestivo avviso al difensore di fiducia ovvero, in mancanza, al difensore di ufficio. 2. Durante l'interrogatorio, osservate le forme previste dall'articolo 64, il pubblico ministero informa l'arrestato o il fermato del fatto per cui si procede e delle ragioni che hanno determinato il provvedimento comunicandogli inoltre gli elementi a suo carico e, se non può derivarne pregiudizio per le indagini, le fonti.

del comportamento dell'interrogato che ricusa « di rispondere », attraverso la prevista verbalizzazione (trattasi quindi di un fatto " degno di nota ", al di là delle prerogative dell'inquisito; v. pure art. 156 c.p.p., sulle notificazioni all'imputato detenuto: « 2. In caso di rifiuto della ricezione, se ne fa menzione nella relazione di notificazione e la copia rifiutata è consegnata al direttore dell'istituto o a chi ne fa le veci »). Pure la giurisprudenza opera questa sottodistinzione, su altra scala. Infatti, la negazione o il mancato chiarimento, da parte dell'imputato, di circostanze valutabili a suo carico nonché la menzogna o il semplice silenzio su queste ultime possono fornire al giudice argomenti di prova solo con carattere residuale e complementare ed in presenza di univoci elementi probatori di accusa, non potendo determinare alcun sovvertimento dell'onere probatorio [49].

Nel primo caso, il rifiuto di rispondere deve restare menzionato e quindi verbalizzato, nel secondo può essere valutato nell'insieme delle cc.dd. prova a carico.

Quindi, del contegno negativo dell'inquisito (o tace o mente) rimane traccia e potrà essere vagliato: non è mai irrilevante (in ogni caso resterà memoria documentale).

Sempre nel terreno delle verifiche, l'autorità interrogante e poi il giudice sanno che le risposte date dall'inquisito, per esempio, sul proprio *status* processuale, se ha riportato condanne o meno, vanno apprese *cum grano salis* e appartengono di fatto ad un circuito secondario e che richiedono un sicuro e indefettibile controllo. Così, in via distintiva, il sapere comunicato dall'interrogato non è assolutamente influente sul procedere e sul giudizio e neppure ostativo per quanto dichiari in sede di identificazione (v., eloquentemente, art.66, comma 2, c.p.p.), detti versanti essendo ancorati a quanto risulta dal casellario giudizio e dall'ufficio dell'anagrafe.

È questo il sapere primario e non quanto comunicato dall'interrogato. Proprio perché potrebbe mentire, l'interrogato ritenendo specialmente di esercitare un suo diritto [50], il " controllo tavolare "(casellario giudiziario e visure catastali) è automatico: quindi l'automatismo risiede nei controlli e non nelle dichiarazioni rese, mai autosufficienti e mai " autoapplicative ".

Se quanto comunicato dall'inquisito è oggetto di doveroso controllo prima di essere posto a base dei previsti " passi processuali " e potendo quindi essere scartato in sede di verifica alla fonte (del casellario), avendo ad esempio dichiarato di essere incensurato *contra veritatem*, allora può anche essere messo fra

[49] Cass., sez. I, sent. 23 gennaio 2012, n. 2653, cit.

[50] V. Cass., sez. un., 26 settembre 2001, Zaccardi, in *Dir. giust.*, 2001, 16: « l'interrogatorio previsto dall'art. 294 c.p.p. avrebbe funzione di garanzia mirando a consentire all'arrestato di fare valere le proprie ragioni e presentare eventuali discolpe » e, in dottrina, v. A. NAPPI, *Guida al Codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 291 nonché l'articolata e distinta definizione riportata da M. BOSCHI, *Interrogatorio II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989, p. 1 (richiamando G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale,* I, Jovene, Napoli, 1961, p. 607): « l'interrogatorio dell'imputato, visto *a parte iudicis* mira ad assicurare l'identificazione dell'imputato e la contestazione dell'accisa; a parte rei, mira a garantirgli la difesa. Esso non è un mezzo di prova, non essendo predisposto ad assicurare elementi di prova, ma può essere considerato un'eventuale fonte di prova, non potendosi inibire al giudice di trarre dall'interrogatorio argomenti o elementi in favore o contro l'imputato ».

parentesi. Pure nell'altro versante dell'essere il soggetto possidente o impossidente di beni patrimoniali è oggetto di doveroso controllo nelle varie agenzie o vari uffici sui cespiti patrimoniali o in sede bancaria, senza automatismo tra quanto dichiarato e quanto utilizzato nel processo.

Si tratta di una sorta di sindacato endoprocedimentale.

Addirittura - si consideri - è il primo passo quello del P.M. che si procura, da subito, i dati del casellario giudiziario dell'interessato e quanto dallo stesso dichiarato non è fonte di autentica e definitiva *cognizione* per l'autorità, ma di *ricognizione* rispetto a quanto risulti dagli atti.

L'impostazione del giudice *a quo* può avere qualche ragione se quanto dichiarato dall'inquisito appartenga alla classe del *dictum* irriducibile. Mai, piuttosto, le dichiarazioni potrebbero, automaticamente, essere poste a fondamento di qualsivoglia provvedimento giudiziario (*de libertate* o di merito), ciò che esclude l'immediato impiego; in secondo luogo, il sapere " tavolare " (casellario giudiziario, visure catastali, risultanze bancarie) attingibile elimina, rettifica ed assorbe ogni eventuale dichiarazione distorta [51].

Se quanto precede risponde al *modus procedendi* processuale, come può influire la dichiarazione dell'inquisito sull'*iter* procedimentale e come può rappresentare una *deminutio* per la difesa se quella è riducibile e in quanto attiene all'esigenza " superiore " della identificazione ufficiale, quale primo atto dell'*iter* procedimentale? Si aggiunga che l'ipotesi congetturata dal giudice *a quo*, e poi fatta propria pedissequamente dal secondo giudice (*ad quem*, appunto), è una ipotesi del terzo tipo, del tutto remota che non può giustificare una " narrazione " da porre a base dell'innesco di un giudizio di costituzionalità, trattandosi di una ricostruzione inficiata da astrattismo. Non appartiene all'ordinario - o come suol dirsi, all' *id quod plerumque accidit* - che l'inquisito pluricondannato, e come nel caso considerato dai due giudici con sentenze passate in giudicato che risultano chiaramente ed incontestabilmente *per tabulas*, dichiari candidamente di essere incensurato, con la certezza di essere smentito e quindi dell'inutilità e riducibilità della menzogna [52]. Bisogna " tutelare " tale menzogna (quella dell'atto invano: *contra veritatem* e invano), perché espressione di una strategia difensiva [53], distorcendola però?

---

[51] Cass., sez., sent. 5 settembre 2023, n. 36773, in *Norme & Trib.*, 5 settembre 2023: ad esempio, in linea generale, la falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico, prevista dall'art. 483 cod. pen., presuppone un collegamento tra il privato, autore della falsificazione, e il pubblico ufficiale, che, pur estraneo al reato, deve raccogliere le attestazioni del primo (Sez. 5, n. 3312 del 11/02/1983, Rv. 158484) e riguarda i soli fatti attestati dal privato che abbiano una rilevanza probatoria inerente alla natura e all'essenza funzionale dell'atto per i quali il privato abbia l'obbligo giuridico di dire la verità.

[52] *Inutiliter data.*

[53] E. PENCO, *Fra obbligo « di dire la verità » e diritto di difesa del singolo: dal G.u.p. di Milano una nuova pronuncia che riconosce l'insussistenza della fattispecie di cui all'art. 483 c.p. nell'ipotesi di false attestazioni in autodichiarazione Covid-19*, in *Sist. pen.*, 6 aprile 2021, che commenta GUP Milano, sent. 12 marzo 2021, giud. Del Corvo.

In letteratura, v. R. ALAGNA, *Falsità ideologica del privato in atti pubblici*, in E.M. Ambrosetti (a cura di), *Delitti contro la fede pubblica*, Napoli, 2014, pp. 429 ss.; R. BARTOLI, *Le falsità documentali*, in M. Pelissero – R. Bartoli (a cura di), *Reati contro la fede pubblica*, Torino, 2011, pp. 174 ss.; D. GUIDI, *La falsità ideologica commessa dal privato*, in F. Ramacci (a cura di), *Reati contro la fede pubblica*, Milano, 2013, pp. 448 ss.; V. MORMANDO, *Falsità del privato in atto pubblico (art. 483 c.p.)*, in V.

E se anche fosse oggetto di tale strategia avrebbe la " *vita* " ma non la " *vitalità* ", perché la dichiarazione verrebbe subito dopo allineata alle fonti ufficiali e retrocessa, residuando solo quale antecedente. La forbice fra il " *detto* " dall'indagato e quanto " *deducibile* " dagli atti ufficiali è destinata a chiudersi. L'esigenza dell'ordinamento di procedere ad una autentica e non inutile identificazione dovrebbe attestarsi.

Il " falso grossolano, innocuo e inutile " [54] è proprio quanto è riferibile all'inquisito già condannato definitivamente che dichiari agli inquirenti di avere un casellario intonso. In tal senso, non c''era bisogno di promuovere un giudizio di incostituzionalità chiamando in causa le norme di diritto penale sostanziale e ingolfando, al tempo stesso, la macchina della Consulta [55]. Il suo ricorso, d'altra parte, deve rimanere l'*extrema ratio* dopo aver dato fondo alle immense risorse dell'interpretazione e rispettando le scelte razionali del Parlamento (che, nel nostro caso, distingue tra fatto proprio ed extrafatto). Dopo l'esperienza veteroinquisitoria della Corte con le sue note tre sentenze demolitive del 1992 (nn. 24, 254, 255) [56], deve

Mormando – F. Bottalico, *Le falsità in atti. La tutela penale della documentalità nel sistema dei reati contro la fede pubblica*, Bari, 2017, pp. 509 ss.

[54]Corte di Cassazione, *Alle Sezioni unite una questione in tema di falso grossolano*, a cura di M. G. RUTIGLIANO, in *Penale Diritto e Procedura*, 22 Novembre 2022, per Cass., sez. V, 10 giugno 2022 (dep. 17 giugno 2022), n. 23692, Pezzullo, Presidente, Cirillo, Relatore, Mastroberardino, P.m. (concl. diff.). Cass.,sez. un., 24 novembre 2022 (dep. 22 marzo 2023), n. 12064, Pres. Cassano, rel. Pistorelli, in *Sist. pen.*, 28 marzo 2023. V. Cass., sent. 26 settembre 2022 n. 36184.

[55] L'art. 495, comma 1, c.p., nella parte in cui non esclude la punibilità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato che, a richiesta dell'Autorità Giudiziaria, abbiano reso false dichiarazioni sulle circostanze personali indicate nell'art. 21 norme att. c. p.p., nel caso in cui siano stati loro omessi gli avvertimenti di cui all'art. 64, comma 3, c.p.p.

In alternativa, nel nostro caso, si sarebbe potuto concludere che l'inquisito si sia " sbagliato ", di fronte all'evidenza inoppugnabile del casellario giudiziario. O bisogna portare avanti la " verità " dell'inquisito, sul (falso) presupposto che la stessa sia espressione di una strategia processuale, con il rischio di andare incontro, con questa impostazione, ad una " deriva garantistica " (per usare un facile ossimoro)?

[56] Al riguardo, specialmente e in via retrospettiva, v. P. FERRUA, *La lenta agonia del processo accusatorio a trent'anni dall'entrata in vigore: trionfante nella Carta costituzionale, moribondo nel reale*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, n.1: « Era appena entrato in vigore il nuovo processo e già nasceva, su iniziativa di Marcello Maddalena, un movimento per la revisione del codice di procedura penale, ritenuto inadeguato a combattere la criminalità; ma non fu neppure necessario provvedere alla sua revisione, perché la Corte costituzionale con tre sentenze nel 1992 (nn. 24, 254, 255) dichiarò illegittime le regole di esclusione probatoria contenute negli artt. 195 (divieto di testimonianza indiretta per la polizia giudiziaria), 500 e 513 c.p.p. (irrilevanza probatoria delle dichiarazioni contestate al testimone e delle dichiarazioni rese dal coimputato avvalsosi della facoltà di non rispondere). Il risultato fu la conversione dell'indagine preliminare in una gigantesca istruzione sommaria; un'esperienza per certi versi peggio che inquisitoria, perché a formare le prove, destinate ad essere poi acquisite in dibattimento, non è un giudice che manterrebbe quantomeno una parvenza di imparzialità, ma il pubblico ministero ». In precedenza, ID., *La sentenza costituzionale n. 255 del 1992: declino del processo accusatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1455.

Pure A. ZAMPAGLIONE, *La "illusione" del sistema accusatorio: tre stagioni di crisi*, *ivi,* 2020, n.6, si sofferma su « alcune pronunce di incostituzionalità, relative agli artt. 195 c.p.p. (n. 24 del 1992), 500 c.p.p. (n. 255 del 1992) e 513 c.p.p. (n. 254 del 1992). In particolare, della pronuncia n. 255 del 1992 restano indelebili: 1) l'affermazione che " il fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità "; 2) il riferimento al " principio di non dispersione dei mezzi di prova ". Il colpo di grazia all'impermeabilità della prova dibattimentale veniva, poi, inferto dalla pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 513 c.p.p., che, attraverso il meccanismo delle letture, aveva favorito l'acquisizione dei verbali redatti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria a discapito della formazione della prova in dibattimento e nel contraddittorio tra le parti ».

restare fermo il monito autorevolmente composto: « l'auspicio è che vi sia parsimonia nel sollevare questioni di legittimità costituzionale…mai dimenticando che un'interpretazione attenta ad ogni particolare è pur sempre per il giurista la via maestra da seguire » [57].

Se quel falso - dunque - non può trarre in inganno le autorità, in nessun modo, allora è inoffensivo e l'inoffensività [58]è una categoria applicabile. Infatti, falso grossolano « è quello che si presenta così evidente da risultare inidoneo ad ingannare chicchessia », ed è « inoffensivo rispetto al bene della fede pubblica proprio per l'inidoneità (…) a trarre in inganno la collettività » [59]. Esso è macroscopico, da risultare riconoscibile *ictu oculi*, ovvero in base ad una mera disamina dell'atto, per la generalità delle persone, senza che occorra possedere particolari cognizioni tecniche, ovvero essere particolarmente diligenti [60].

Quando si interroga l'inquisito, si procede alla nomina o elezione di domicilio, o quando gli si chiedono le generalità, l'organo inquirente o il P.M. possono subito controllare quanto dichiarato: il falso quindi è tempestivamente riconosciuto o riconoscibile, e dunque diventa non irriducibile.

Il falso, così, è " falsificabile ", richiamando il noto « criterio di demarcazione - il criterio della controllabilità o falsificabilità o confutabilità » [61].

Ciò vale, *a fortiori* per l'uso del soprannome o dello pseudonimo (art. 9 c.c.): questo è un nome diverso da quello attribuito per legge ed ha rispetto al nome *la stessa funzione di identificazione sociale*. A questo punto i regimi devono essere consimili: non si deve avvertire l'interessato, poiché se è doveroso rispondere per il nome deve esserlo anche per il soprannome, entrambi aventi portata identificativa. Se la funzione, specifica dell'interrogatorio è propriamente quella della identificazione attraverso l'antroponimo, l'atto di rilevazione del consimile soprannome vi è ricompreso in quanto sottoposto alla medesima *ratio legis*, senza che concorrano autonome e prevalenti o cogenti esigenze difensive.

Nitide e calibrate le incisive parole di A. GAITO, *Vent'anni di "giusto processo" e trent'anni di "codice Vassalli": quel (poco) che rimane...*, in *Arch. pen.*, 2019, 3, p. 6 « Dalle declaratorie di incostituzionalità degli artt. 500, 513 e, prima ancora, 195 c.p.p. è derivata la caduta a precipizio dell'impianto garantito…un codice creato per attuare i principi costituzionali, demolito dalla stessa Consulta, fatta di uomini che avrebbero dovuto attuarli e vigilare sul loro rispetto ».
Con queste notazioni e richiami ne deriva che la Consulta, nel passato, ha dato prova di conclamata *mala gestio* delle norme e delle riforme.

[57] G. CONSO, *Introduzione*, G. Conso-V.Grevi, M.Bargis, *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova, 2019, XCIII (attualmente, *Compendio di Procedura penale*, a cura di M. Bargis, Padova, 06/2023).

[58] V. Cass., sez. un., sent. 16 aprile 2020, n. 12348 e A. BROGIONI, *Corte Costituzionale n. 51/2022: giudizio di legittimità costituzionale anticipato e nuovi spazi di inoffensività della coltivazione di cannabis*, in *federalismi.it*, 6 settembre 2023. Sul falso innocuo, per il reato di cui all'art. 481 c.p.,v. Cass., sez. III, sent. 21 giugno 2023, n. 26807.

[59] Cass. pen., Sez. unite, n. 46982/2007. Sul falso grossolano, v. Cass., sez. un., 24 novembre 2022, in *Penale. Diritto e procedura*, 28 novembre 2022, informazione provvisoria. Cass., sez. un., 24 novembre 2022 (dep. 22 marzo 2023), n. 12064, Pres. Cassano, rel. Pistorelli, in *Sist. pen.*, 28 marzo 2023, *Le Sezioni unite si esprimono sulla corretta qualificazione della non grossolana contraffazione della patente di guida rilasciata da uno Stato estero.*

[60] Cass. pen., Sez. II, n. 5687/2013; Cass. pen. Sez. VI, n. 18015/2015.

[61] K. POPPER, *La scienza: congetture e confutazioni*, in *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica*, trad. di Pancaldi, Il Mulino, Bologna, 1972, p. 71. Sull'uso inverso dello strumento della " falsificabilità ", affidato all'imputato, v. P. FERRUA, *La difesa nel processo penale: profilo di una funzione*, in *Studi sul processo penale*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 20: chi riceve « un'accusa…, essendone il destinatario, ha interesse a confutarla, a " falsificarla " ».

Se così non fosse, se per ragioni di garanzia dell'indagato - che si avvale del c.d. diritto al silenzio e di mentire [62] anche su tale circostanze secondarie (rispetto al fatto di reato) - il mendacio non fosse emendabile, bensì irreversibile o intangibile, e il relativo mantenimento apparterrebbe alle strategie della difesa, per far spazio alle guarentigie, si ammetterebbe il circuito attivo del concorso di due " risultanze ", quanto dichiarato dall'inquisito e quanto " dicono " le fonti ufficiali. Sarebbe l'incertezza, paradossalmente, ad essere assoggettata a "tutela" e l'esigenza dell'ordinamento della necessaria identificazione dell'imputato « nel primo atto cui è presente » (art. 66, comma 1, c.p.p.) non sarebbe inderogabile ed invece sarebbe o diventerebbe velleitaria. Il sapere procedimentale non sarebbe univoco, sul punto, ammettendosi due "verità" (e due verità "circolanti").

Quindi la *quaestio* prospettata dal giudice rimettente è improponibile, alla base: « La protezione dell'identità personale trova il suo nucleo centrale nella tutela del nome (art. 6; art. 22 Cost.), il quale assume rilievo

[62] Sul diritto al silenzio, v. la ricca " bibliografia ragionata ", riportata da M. ZINCANI, *Verbum argentum, sed silentium aurum est*. Le policromie del *nemo tenetur se detegere* (2023), cit.; E. AMATI, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio*, in *Studi di diritto costituzionale ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2022; E. AMODIO, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione?*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 408; A. ANZON DEMMING, *Applicazioni virtuose della nuova "dottrina" sulla "doppia pregiudizialità" in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, per g.c. dell'Osservatorio *A.I.C.*; A. CAPITTA, *Le limitazioni del diritto al silenzio nella riforma del processo penale inglese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998; S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, per g.c. dell'Osservatorio *A.I.C*, 2 luglio 2019.; G. FARES, *Diritto al silenzio, soluzioni interpretative e controlimiti: la Corte costituzionale chiama in causa la Corte di giustizia*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020; P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Giuffrè, Milano, 2004, n. 43; G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1990; ID., *Nemo tenetur se detegere* sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, XIV, pp. 907 ss.; A. F. GENOVESE., *Le informazioni reticenti dell'acquirente di modiche quantità di sostanze stupefacenti*, in *Dir. Pen. e proc.*, 2008, pp. 1050 ss.; V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere*: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel penale italiano, Giuffrè, Milano, 1972; E. INFANTE, *Nemo tenetur se detegere* in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, p. 835; R. LOTTINI, *Il favoreggiamento dell'acquirente di modeste quantità di sostanza stupefacente*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, p. 362; O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento,* Giuffrè, Milano, 2004; G.MARRA, M. VIOLA, *La doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali*, per g.c. di *Diritto Penale Contemporaneo*, 12 luglio 2019; V. PATANÈ', *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Giappichelli, Torino, 2006; A. PERINI, Ai margini dell'esigibilità: *nemo tenetur se detegere* e false comunicazioni sociali, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, II, 1999, p. 538; D. PULITANÒ, *Nemo tenetur se detegere*: quali profili di diritto sostanziale?, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, IV, 1999; F. N. RICOTTA, Spontanee dichiarazioni della persona sottoposta alle indagini e *nemo tenetur se detegere*: reminescenze inquisitorie?, in *Cass. pen.*, VIII, 2019, p.3107; A. RUGGERI, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta online*, Studi 2019/II, p. 242; V. SANTORO, *Alcune considerazioni sul nuovo reato di "frode in processo e depistaggio" (art. 375 c.p., L. 11 luglio 2016, n. 133)*, in *Arch. Pen.*, n.3 del 2016; G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019,* per g.c. dell'Osservatorio *A.I.C.*; ID., *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?* Per g.c. del *Forum di Quaderni Costituzionali*; F. SGUBBI, *Il nuovo delitto di autoriciclaggio: una fonte inesauribile di effetti perversi dell'azione legislativa*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014; G. STANZIONE, *Autoincriminazione e diritto al silenzio*, 2017; D. TASSINARI, *Nemo tenetur se detegere*.La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato, *BUP*, 2012; M. ZANOTTI, *Nemo tenetur se detegere*: profili sostanziali, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989; M. ZINCANI, *Il paese delle meraviglie di cui sopra*, *Giurisprudenza penale*, 2023.
Dello stesso A., riassuntivamente, v. Corte Costituzionale. Corte Cost., 5 giugno 2023, n.111; Corte Cost., sent. nn.18 del 2022; Corte Cost., 30 aprile 2021, n. 84; Corte Cost., 10 maggio 2019, n. 117 (Cass. civ., II, ord., 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob); Corte Cost., n. 140 del 2009; Corte Cost., 20 marzo 2009, n. 75; Corte Cost. n. 121 del 2004; Corte Cost., 26 giugno 2002, n. 291; Corte Cost., 2 novembre 1998, n. 361; Corte Cost., 18 giugno 1998, n. 229; Corte Cost., 27 dicembre 1996, n. 416; Corte Cost., 9 luglio 1996, n. 238; Corte Cost., 30 maggio 1996, n. 194; Corte Cost., 30 giugno 1994, n. 267; Corte Cost., 13 luglio 1984, n. 236.

non solo come mezzo necessario di individuazione del singolo all'interno dell'ordinamento, ma anche come segno riassuntivo della personalità individuale. Ciò trova conferma nel fatto che alla tutela del nome si aggiunge una eguale tutela dello pseudonimo, purché esso " abbia acquistato l'importanza del nome " (art. 9) » [63]. Dunque, rilevano, ai fini identificativi, nome e soprannome, il secondo pure rilevante allo scopo determinativo del soggetto interrogando.

A questo punto, l'interprete deve operare una scelta: o ritiene che l'autorità procedente debba effettuare una identificazione autentica, compiuta e non apparente che ricomprenda - in tale direzione - l'accesso al nome e al soprannome (cosicché ad indagini complete - il c.d. principio di completezza delle indagini - corrispondono linee identificative complete) o crede che tale " passo " sia vietato perché altrimenti si darebbe spazio alla collaborazione dell'imputato. L'alternativa è di fondo, fra ciò che è prevalente e quanto è subvalente, fra l'accertamento veritiero dell'identità della " persona presente "(che è cosa ben diversa dal c.d. fatto proprio ,come sottolinea la dottrina [64]) all'atto pendente e la salvaguardia del soprannome perché possibile strumento di cooperazione *contra se* [65].

Riteniamo - considerando la contiguità o assimilabilità fra le generalità e il soprannome - che il trattamento non debba essere diversificato, imponendosi l'ostensione del nome e permettendosi l'oblio (le due " o ") del soprannome, inserito (invece) nel medesimo ventaglio onomastico.

---

[63] L. NAVARA –V. RICCIUTO – C. SCOGNAMIGLIO, *Istituzioni di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 112. Nello stesso senso, v. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2000, 62: « analoga tutela è concessa allo *pseudonimo* ».

[64] Al riguardo, v. G.DI CHIARA, *Autodifesa: a) l'interrogatorio e il principio* nemo tenetur se detegere: *b) dichiarazioni* erga alios *e manovre limitative del diritto al silenzio*, in G.Fiandaca-G.Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale, Per una lettura costituzionalmente orientata*, cit., pp. 287-288: « È ben noto che il riconoscimento, in capo all'imputato, del diritto di non rispondere sostanzia il profilo in cui meglio si esprime il tradizionale principio *nemo tenetur se detegere*: proprio l'inesistenza di un obbligo di verità " sul fatto proprio " - in linea con un ormai condiviso codice etico - sventa il rischio che l'imputato possa considerarsi tenuto a *edere contra se* ».
Si è evocato il principio di completezza delle indagini - l'interrogatorio interviene tipicamente in quella cornice, delle indagini preliminari - e sarebbe quasi paradossale o incoerente che quella completezza, che si risolve in un accertamento (e anche l'identificazione anagrafica completa è un accertamento del tutto preliminare, propedeutico), non comprendesse anche l'identificazione. In materia, in dottrina v., fra gli altri, F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino 2005, pp. 46 ss.; E. MARZADURI, *Qualche considerazione su rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminare*, in *Sist. pen.*, 2020, n.5,pp. 199 ss.

[65] In tale ricostruzione non può trascurarsi, d'altra parte, che riconoscere siffatta inaccessibilità, potendo scegliere l'interrogato di non rispondere o di mentire, e quindi " di eclissarsi (e " sfuggire " alle indagini) in ordine al soprannome, lascia scoperto il versante repressivo dell'ordinamento, incarnato da due non secondarie figure, dell'accusa e della vittima.

Se questo è quanto può essere ricostruito, l'interrogativo è se può (" impunemente " [66]) il giudice rimettente impegnare la " giustizia costituzionale " nel quadro del giudizio incidentale [67], l'Alta Corte - e quindi « il supremo organo di garanzia della Costituzione della Repubblica…di *giustizia* o di *giurisdizione costituzionale*…una funzione di *sindacato di costituzionalità*, e una funzione di carattere *sanzionatorio* rispetto agli " illeciti costituzionali " che siano stati eventualmente perpetrati »[68] - in un " vortice " di elevato e " spinoso " livello giurisdizionale [69] ma inutile, quando la *quaestio* la poteva chiarire lo stesso giudice territoriale. Senza scivolare nel c.d. sindacato diffuso [70], una maggiore selezione delle *quaestiones*

[66] Il riferimento, solo simbolico e che non può essere equivocato, è al sistema della giustizia ateniese. V. Cfr. ANDOCIDE, *Sui Misteri*, I, a cura di Ferraboli, in *Oratori attici minori*, II, Antifonte, Andocide, Dinarco, Demade, Utet, Torino, 1995, p. 295, nota 7, del curatore: « Nelle cause di interesse pubblico un accusatore che al termine del processo non otteneva un quinto dei voti della giuria doveva pagare una multa di mille dracme e perdeva il diritto di sporgere denunce nel futuro (Dem., XXVI, 9). Scopo di tal misure era scoraggiare l'azione dei sicofanti ».
Lo studioso che specialmente si è occupato, a livello manualistico, dello « svolgimento storico del processo penale » è stato GUGL. SABATINI, *Principi' di diritto processuale penale*, I, *La struttura del processo*, III ed., Casa del libro, Catania, 1948, p. 21: « Nello Stato ateniese, i giudizi si distinguevano in pubblici e privati…Ma più tardi si finì col perseguire mediante l'accusa pubblica tutti i reati di una certa importanza…Ma, se abbandonava il processo, o perdeva la lite senza ottenere almeno una quinta parte dei voti, oltre a subire la pena del pagamento di mille dracme, non poteva ulteriormente intentare nuove processure per identici reati, perché si riteneva o che avesse tradito la causa della Repubblica o che avesse abusato inconsideratamente del suo diritto ».

[67] « Questo tipo di giudizio si ispira al sistema americano del judicial review of legislation…Esso può trarre origine da un qualunque processo che si svolga davanti un'autorità giurisdizionale, sia ordinaria che speciale. Viene necessariamente proposto dal giudice, d'ufficio o su istanza di parte » (così, G. LA GRECA, *Corte costituzionale*, in *Dig. Pubbl.*, IV, Utet, Torino, 1989, p. 209). Da ultimo, v. G.M. FLICK, *Il filo rosso della giustizia nella Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2023, nel versante processualpenalistico. Invece, nel terreno proprio v. R. RICCA, *Compendio di diritto costituzionale*, Nel diritto ed., 2023. Sempre da ultimo, v. L. SALVATO, *Il «problema della giustizia» e l'equilibrio costituzionale: in ricordo del Prof. Piero Alberto Capotosti*, in *federalismi.it*., 3 maggio 2023, 1 ss.

[68] V. l'ampia voce di F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Guffrè, Milano, 1962, p. 874. Cfr. A. MELONCELLI, *Giurisdizione (disciplina costituzionale della)*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, p. 1 sui «principi costituzionali relativi ai giudici».

[69] Da ultimo, v. A. SPADARO, *Involuzione - o evoluzione? - del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive*), in *A.I.C.*, n.2, 12 aprile 2023, p. 104: « La natura invero giuridicamente fisiologica di questa dialettica – legata alla necessaria coesistenza nel costituzionalismo di pesi e contrappesi, poteri e contro-poteri – non attenua la potenziale tensione politica (forse, *rectius*: di psicologia politica) fra i due organi. Infatti, il confronto non è solo fra "atti giuridici" (leggi/sentenze), quanto fra due diversi " modi di pensare ", che a conti fatti si riveleranno…più vicini di quanto comunemente si immagini ». Cfr. A. SPERTI, *Corti supreme e conflitti tra poteri. Spunti per un confronto Italia-Usa sugli strumenti e le tecniche di giudizio del Giudice costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 129. Specialmente, v. V. ONIDA, *Costituzione italiana*, in *Dig. Pubbl.*, IV, Utet, Torino, 1989, p. 333: « L'istituzione della giurisdizione costituzionale, col compito…di giudicare sulla costituzionalità degli atti legislativi…rappresenta senza dubbio uno degli aspetti più significativi e più incisivi del quadro costituzionale cui si è dato vota con la carta del 1948».

[70] LA GRECA, *Corte costituzionale*, in *Dig. Pubbl.*, IV, cit., p. 206: «Il " judicial review of legislstion ", perché ogni giudice è abilitato a compier il controllo di costituzionalità delle leggi che deve applicare, *incidentale*, perché il giudice si pronuncia solo con riferimento all'applicazione che la legge deve avere nel giudizio nel corso del quale la decisione viene resa ». Cfr. A. PIZZORUSSO, *Garanzie costituzionali*, in *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Foro,Bologna-Roma, 1983, pp.4 s. Si è notato che « la struttura del *giudizio incidentale* fa sì che i giudici di merito svolgono, in modo *diffuso*, una funzione di " prima valutazione " della legittimità costituzionale, filtrando solo quelle questioni che appaino più serie (cioè, " *non manifestamente infondate* "» (R.BIN-G.PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2012, p.443 (oggi v. R.BIN-G.PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, settembre 2023). Seccamente, v. R. BIN, *Capire la Costituzione*, Laterza, CLF, 2002, p. 7: « Corte costituzionale…Beninteso, ogni giudice…deve dare applicazione alla costituzione ». Ma, v. Corte cost., sent. 24 luglio 2023, n.160, secondo cui « nella prospettiva di un più diffuso accesso al sindacato di legittimità costituzionale e di una più efficace garanzia dell'esercizio dello scrutinio di conformità della legislazione a Costituzione (sentenze n. 59 del 2021 e n. 77 del 2018), il presupposto della rilevanza non si identifica nell'utilità concreta

sottoponibile alla Corte, specie se già la stessa si è pronunciata sul medesimo tema (ciò che impone maggiore prudenza nel non incorrere nel limite del *bis in idem*), è auspicabile. Al riguardo, con l'espressione "giustizia costituzionale", si è avvertito, in una voce enciclopedica, che «si fa riferimento a forme e strumenti di garanzia per l'attuazione della costituzione vigente. Nel suo contenuto essenziale, questa importante attività consiste nel dirimere, sulla base della costituzione e secondo i principi ed i criteri della giurisdizione, le più alte controversie che insorgono nella vita pubblica»[71].

6. L'analisi dell'art. 64, comma 3, c.p.p. in rapporto con l'art. 21 disp. att. c.p.p.: l'allineamento del trattamento normativo. La cornice europea. La "riserva alla legge"

La legge-delega c.p.p. (16 febbraio 1987, n 81, delega legislativa al Governo per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale) si limita a prevedere la compiuta definizione della disciplina « delle modalità dell'interrogatorio », condizionando, però, tale compito all'inquadramento dell'atto corrispondente quale « strumento di difesa » (art. 2 n.5) [72]. Nel passaggio dal vecchio al nuovo codice, «va detto che l'art. 64 riprende e raggruppa talune guarentigie già presenti nel vecchio Codice: il primo comma ricalca, infatti, quanto stabilito nell'art. 365, secondo comma. Codice di procedura penale del 1930, mentre il terzo comma ribadisce il diritto al silenzio dell'interrogato, sancito nell'art. 78, terzo comma del Codice abrogato» [73].

Nella cornice europea, il tema coinvolge sia il quadrante normativo che il discorso giurisprudenziale. Sui due accennati livelli si è soffermata la dottrina, scrivendosi, infatti, che « dalla presunzione di innocenza discende…un…limite, rappresentato dal *privilege against self-incrimination*. In verità, né la C.E.D.U., né la Carta di Nizza prevedono esplicitamente il "diritto al silenzio"…invece riconosciuto dall'art. 14 co. 3 lett.

che le parti in causa potrebbero conseguire all'esito del giudizio principale (sentenze n. 59 del 2021 e n. 174 del 2019), ma nella necessità di applicare la disposizione censurata in ragione del suo correlarsi, nel percorso argomentativo del giudizio principale, all'incidenza della pronuncia di questa Corte (sentenza n. 254 del 2020) ».

[71] LA GRECA, *Corte costituzionale*, in *Dig. Pubbl.*, IV, cit., p. 205: «Con essa si persegue il fine di assicurare stabilità all'assetto costituzionale e costante rispetto dei valori e delle regole fondamentali del sistema politico e della convivenza sociale ». Secondo l'insegnamento di Hans Kelsen la garanzia nelle Costituzioni di tipo rigido deve ricercarsi - l'osservanza di tale rigidità - nella istituzione di apposite Corti.

[72] V. *Rel. prof. prel. C.pp.*, in *Gazz uff. Suppl. ord.*, n. 250, 24 ottobre 1988, 172. In dottrina, v. O. CAMPO, *Interrogatorio dell'imputato*, in *Enc. dir.*, XXII, Giuffrè, Milano, 1972, p. 336 e, in giurisprudenza, Corte cost., sent. 17 luglio 2000, n. 294, in *Cass. pen.*, 2001, pp. 9 s., m. 2; Cass., sez. I, 5 ottobre 1999, Esposito, *ivi*, 2001, p. 1290, m. 622. Interrogatorio è strumento di garanzia e di difesa, ribadisce Cass., sez. VI, 9 gennaio 2013, n. 1052, *ivi*,2013, 2703, m. 650.
Sul piano propriamente difensivo, v. G. BELLAVISTA, *Difesa giudiziaria penale*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 454; N. CARULLI, *La difesa dell'imputato*, Jovene, Napoli, 1981, pp. 35 ss.; nonché P.FERRUA, *La difesa nel processo penale*, Utet, Torino, 1988, pp. 28 ss.

[73] P.PITTARO, *Sub* art. 64, in *Codice di procedura penale. Commentario*, 1°, Ipsoa, coord. da A Giarda, 2/90 (2512), p. 3. Dell'obbligo dell'indagato di fornire le proprie generalità, « affinché fosse data alla polizia giudiziaria prima, e all'autorità giudiziaria poi, una direttiva di carattere generale per i necessari riscontri sull'identità della persona nei cui confronti si svolge l'azione penale » (*Rel. Prog. Prel. Codice del 1988*), nel richiamo di M.ZINCANI, *Verbum argentum, sed silentium aurum est*. Le policromie del *nemo tenetur se detegere*: la sua configurabilità come causa di non punibilità in senso stretto, cit., avuto riguardo a Corte cost., sent. 5 giugno 2023, n. 111.

g) Patto internazionale sui diritti civili e politici. Comunque la Corte di giustizia dell'Unione europea ha riconosciuto tale diritto come strumentale al diritto di difesa, mentre la Corte europea dei diritti dell'umo l'ha ritenuto come estrinsecazione della presunzione di innocenza »[74].

E « il principio del *nemo tenetur se detegere* si declina,,,tanto nel diritto al silenzio quanto nel *privilege aginst self-incrimination*, con il propedeutico diritto di ricevere l'avviso prima dell'interrogatorio » [75]. In via esplicativa, il primo diritto permette all'accusato di non rispondere alle domande dell'autorità interrogante e di non consentire la formazione dell'atto processuale, il secondo di non rilasciare ammissioni di responsabilità per fatti emersi e che potrebbero emergere [76]. Come può notarsi - ciò che si segnala come eloquente -

[74] FILIPPI, *Vincoli probatori e regole di esclusione. Il diritto al silenzio*, in *Le ragioni del garantismo, I princìpi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Dike, Roma, 2016, p. 547, che per la richiamata giurisprudenza cita, rispettivamente, nell'ordine, Corte di giustizia U.E., 18 ottobre 1989 C-374/87, Orkem e Corte EDU 17 dicembre 1996, Saunders c/Regno unito; Corte eur. Sez. IV, 4 ottobre 2005, Shannon c/Regno unito, aggiungendo l'A. che la Corte di Strasburgo ha accertato la violazione del diritto difensivo e del principio nemo tenetur se detegere, ricavandolo dall'art. 6 co. 3 lett. c) C.E.D.U., citando Corte EDU, sez. V, 17 dicembre 2015, Sobko c/Ucraina, e, per un richiamo del principio dell'equo processo, Corte EDU 25 febbraio 1993, Funke c/Francia. Conf. R. CASIRAGHI, Il *nemo tenetur se detegere*: portata e liniti, in Corte di Strasburgo e giustizia penale, a cura di Ubertis e Viganò, Giappichelli, Torino, 2016, p. 188, sui due livelli di trattazione del principio, quello previsionale e quello giurisprudenziale, aggiungendo al " caso Funke " la decisione di C.edu, grande camera, sent. 8 febbraio 1996, John Murray c. Regno Unito, § 45, in quanto, scrive l'A., « protegge il prevenuto da eventuali coercizioni abusive dell'autorità e, al contempo, consente di evitare errori giudiziari ». In tema, recentemente v. Corte E.d.u., 21 dicembre 2000, McGuinnes c. Irlanda. Nessun accusato può essere condannato per essere rimasto silente nel corso della procedura di fronte alla contestazione dei fatti addebitatigli (Corte E.d.u., 8 ottobre 2002, Beckles c. Regno Unito), e in dottrina v., da ultimo, S. SCHIAVONE, *Il diritto al silenzio nello spazio giuridico europeo: osmosi delle garanzie se la sanzione amministrativa è " punitiva "*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, n.3, pp. 412 s, che commenta Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 2 febbraio 2021- causa C-489/19 - D.B. c. Consob: Una persona fisica sottoposta ad un procedimento sanzionatorio amministrativo per abuso di informazioni privilegiate ha il diritto di mantenere il silenzio se le sue risposte possono far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale. Tuttavia, *il diritto al silenzio non può giustificare qualsiasi mancanza di collaborazione con le autorità competenti*, come in caso di rifiuto di presentarsi ad un'audizione o in caso di ricorso a manovre dilatorie (il corsivo è nostro). Conf., C. eur. dir. umani, 17 dicembre 1996, Saunders; C. eur. dir. umani, 19 marzo 2015, Corbet e a. *Contra*, Con riguardo alle persone giuridiche, v. CGUE, 18 ottobre 1989, in C-374/87, Orkem; 15 ottobre 2002, in C-244/99, Limburgse Vinyl Maatschappij NV. In dottrina, v. M. ARANCI, *Diritto al silenzio e illecito amministrativo punitivo: la risposta della Corte di Giustizia*, in *Sist. pen.*, 2021, p. 93; E.BASILE, *La Corte di giustizia riconosce il diritto al silenzio nell'ambito dei procedimenti amministrativi "punitivi"*, *ivi*, 3 febbraio 2021; MILIZIA, "Il silenzio è d'oro, avvalitene" anche nei processi *perinsider trading* innanzi alla Consob, in *D&G*, 3 febbraio 2021. Altresì, v. L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 13; V. PATANÉ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 1. In tema, nell'ottica specificata dall'A., v. G. VARRASO, Procedimento a carico di enti. La presunzione di innocenza e le regole di giudizio; il *nemo tenetur se detegere* in capo all'ente, in *Le ragioni del garantismo*, *I princìpi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Dike,Roma, 2016, pp. 631 ss. Sopra si sono evocati, in successione, norme, dottrina e giurisprudenza, così, autorevolmente, riguardate da A. GIARDA, *Il sistema delle « fonti » del diritto processuale penale*, in G. Conso-V.Grevi, M.Bargis, *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova, 2019, XCVII: « Fonti legislative o comunque normative, fonti giurisprudenziali e fonti dottrinali o letterarie costituiscono con i quali si può ottenere, in tendenziale completezza, la conoscenza del diritto processuale " vivente"».

[75] R. CASIRAGHI, *Il nemo tenetur se detegere*: portata e limiti, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Ubertis e Viganò, *loc. cit.*, richiamando, al riguardo, la giurisprudenza di C.edu, sez. I, sent. 24 ottobre 2013, Navone e altri c. Monaco, ∫ 69.

[76] Così, R. CASIRAGHI, Il *nemo tenetur se detegere*: portata e limiti, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, *loc.ult.* cit., nella menzione dell'art. 208 c.p.p., prevedendosi che l'esame dibattimentale ha luogo se le parti « ne fanno richiesta o vi consentono ». V., su quanto richiamato, C.edu, sent. 20 novembre 1997, Server c. Francia, ∫ 47.

siffatti diritti sono riferiti, tipicamente, al fatto di reato e non ai profili relativi alla identificazione. E l'interrogatorio abbraccia i due versanti.

Sul piano interno, l'articolazione dell'adempimento dell'avvertimento plurimo alla « persona » è anteposto all'interrogatorio, e ciò a chiare lettere: rileva, ai nostri fini ricostruttivi, la lett. b) « salvo quanto disposto dall'articolo 66, comma 1, ha facoltà di non rispondere ad alcuna domanda » (analoga previsione si trova, successivamente, all'art. 210, comma 4, c.p.p., in materia di esame di persona imputata in un procedimento connesso, del seguente tenore: Prima che abbia inizio l'esame, il giudice avverte le persone indicate nel comma 1 che, salvo quanto disposto dall'articolo 66 comma 1, esse hanno facoltà di non rispondere).

Avvertimento bivalente, scandito fra regola ed eccezione, e lo stesso integra il formalismo preliminare: diritto al silenzio nel primo caso (e quindi alla segretezza soggettiva, ritenuta alla fonte), nel secondo dovere di rispondere (ricadente sulla conoscenza oggettiva, devoluta) sul registro dell'art. 66, comma 1, cit.(*Verifica dell'identità personale dell'imputato*) e l'obbligo dichiarativo abbraccia non solo (si noti) « le proprie generalità » ma (in via ampliativa, come la congiunzione « e » simboleggia) « quant'altro può valere a identificarlo ». L'invito dell'autorità giudiziaria interviene « nel primo atto in cui è presente l'imputato » (art. 66, comma 1,cit.) [77].

Segue l'ammonimento « circa le conseguenze cui si espone chi si rifiuta di dare le proprie generalità o le dà false » [78].

Forse, però, della disposizione sul preambolo degli avvertimenti può darsi altra lettura: diritto (di non rispondere) e dovere (di rispondere) non appartengono alla classe disomogenea di regola ed eccezione, ma sono equivalenti e solamente si alternano.

---

[77] *Oss. Gov. Prog. Rel. n. att. c.p.p.*, in *Doc. giust.*, 1990, nn.2-3, p. 42, sul rilievo che l'invito è rivolto « nel primo atto » (reso in presenza) e non più in occasione dell'interrogatorio. Si è osservato che « siffatto tratto prossemico veicola il flusso informativo attingendolo. Infatti, la precondizione della formazione del profilo identitario è rappresentata dalla presenza fisica dell'imputato, che, una volta assicurata, salda alle tavole della verbalizzazione ogni possibile elemento cognitivo relativo alle generalità, a partire dall' antroponimo che designa il soggetto compulsato o " invitato "…ma è chiaro che non si tratta di un'indagine maieutica » (C.MORSELLI, *Sub* art. 21 Att., in *Scoli- Parèrghi e paralipòmeni*, *Commento alle norme di attuazione, di coordinamento, transitorie e regolamentari del Codice di procedura penale*, V, Torri del Vento edizioni, Palermo, 2005, p. 32).

[78] F. FALATO, *Interrogatorio ed esame*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. XVII, cit., p. 4: « I primi due commi dell'art. 64 c.p.p. tutelano la libertà di autoderminazione del soggetto sottoposto ad interrogatorio, il terzo comma ne disciplina il diritto al silenzio. Specificamente, l'art. 64 c,p.p. contiene una regola di comportamento dell'organo procedente, che deve rivolgere alla persona interrogata un triplice avvertimento: i primi due riguardano il diritto al silenzio sul fatto proprio e la facoltà di non rispondere ad alcuna domanda e vanno rivolti agli indagati/imputati che rendono dichiarazioni autoaccusatorie e, ne caso in cui siano omessi, le dichiarazioni saranno inutilizzabili (art. 64, comma 3 bis, c.p.p.)…Il terzo avvertimento…l'interrogato renda dichiarazioni eteroaccusatorie ». Cfr. V. GAROFOLI, *Gli avvertimenti processuali come strumenti di tutela*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 47.

Le conseguenze dell'inosservanza del dovere dell'avvertimento trovano posto nella disciplina dell'art. 64, comma 3-*bis*, c.p.p. [79].

Ora viene in rilievo (la norma cruciale del) l'art. 21 disp. att. c.p.p. (*Notizie da chiedere all'imputato nel primo atto cui egli è presente*): «1. Quando procede a norma dell'articolo 66 del codice, il giudice o il pubblico ministero invita l'imputato o la persona sottoposta alle indagini a dichiarare se ha un soprannome o uno pseudonimo, se ha beni patrimoniali e quali sono le sue condizioni di vita individuale, familiare e sociale. Lo invita inoltre a dichiarare se è sottoposto ad altri processi penali, se ha riportato condanne nello Stato o all'estero e, quando ne è il caso, se esercita o ha esercitato uffici o servizi pubblici o servizi di pubblica necessità e se ricopre o ha ricoperto cariche pubbliche» [80].

La norma accosta i due piani (e la rubrica dell'art. 21 cit. riprede *ad litteram* l'esordio dell'art. 66 cit., " testimoniando " una scia): l'appendice di quello attuativo dell'art. 21 cit. e quello primario dell'art. 66 cit. Se le due norme considerate sono dipendenti e quindi non autonome, il regime applicativo, in tale schema correlato, dovrebbe essere " diffuso " o equiordinato, il medesimo, e la disposizione attuativa (su soprannome, possidenza, pendenze, condanne) ricadrebbe nel trattamento rigido dell'art. 66 cit. [81], con la conseguenza che la norma dell'art. 21 è riferibile propriamente alla verifica dell'identità personale dell'imputato.

---

[79] V. Cass., sez. V, 1 dicembre 2003, Caldarola, in *Arch. n. proc. pen*., 2005, 404; Cass., sez. II, 20 febbraio 2003, Napoletano, *ivi*, 2004, p. 118. Cass., sez. I, 7 dicembre 2004, Pepe ed altro, *ivi*, 2006, p. 107, ha stabilito che poiché le persone imputate in un procedimento connesso, *ex* art. 12, primo comma lett. a) c.p.p. rientrano - secondo quanto dispone l'art. 197, primo comma lett. a) c.p.p. - nel novero dei soggetti radicalmente incompatibili con l'ufficio del testimone, ad esse non va dato l'ulteriore avvertimento previsto dall'art. 64, terzo comma lett. c) c.p.p., ciò pur rendendo atto dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 191 del 2003, in *Dir. pen. proc*., 2003, 810, secondo cui « tanto l'interrogatorio che l'esame di iscrivono agevolmente nella categoria degli atti processuali a contenuto dichiarativo: entrambi possono essere inquadrati nel novero degli strumenti difensivi…tanto l'uno che l'altro…risultano essere caratterizzati dalla identica garanzia del *nemo tenetur se detegere*; v., sul punto, Cass., sez. VI, sent. 16 gennaio 2012, n. 1207, Guarnieri, in *Guida dir*., 2012, n. 21, p. 94; Cass., sez. un., 14 maggio 2013, n. 20804, G.A., in *Arch n. proc. pen*., 2013, 395; nonché Cass., sez. II, 18 novembre 2005, Aglieri, in *Cass. pen*., 2007, 701, sulla differente funzione dell'esame rispetto all'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini e sulla incompatibilità dell'ufficio di testimone per il coimputato nel medesimo reato. In dottrina, fra gli altri, v. C. CONTI, *Le nuove norme sull'interrogatorio dell'indagato (art. 64 c.p.p.)*, in AA. VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, a cura di P. Tonini, Cedam, Padova, 2001, p. 201, mentre sull'interrogatorio di merito v., ad esempio, R. E.KOSTORIS, *Sub* art. 65, in *Codice di procedura penale. Commentario (a schede)*, coord. da A. Giarda, II, Giuffrè, Milano, 1990,p. 2.
V. Cass., sez. V, 22 aprile 2004, Bisgnano ed altri, in *Arch. n. proc. pen*., 2006, p.107, secondo cui gli avvisi di cui all'art. 64, comma 3, c.p.p., ritualmente dati all'indagato prima che l'interrogatorio abbia inizio, non è necessario che vengono rinnovati quando l'interrogatorio non si esaurisca in un'unica sessione, ma venga ripreso dopo essere stato temporaneamente sospeso.

[80] Paralipomeni: il legislatore ha lasciato il disegno compositivo incompiuto all'art. 66 cit., e lo completa all'art. 21 disp. att. Tale continuità regolativa è confermata dall'*incipit* dell'art. 21 cit.: « Quando procede a norma dell'articolo 66 del codice ». Però tale *continuum* complica l'analisi in quanto la norma primaria è disposizione deontologica: l'ammonimento serve a fare intendere all'imputato che l"identificazione rappresenta un adempimento dell'ufficio e un dovere dell'imputato. Questo regime " contamina " l'art. 21 cit. e quindi il suo bacino semantico ricompredendo il piano fuori dall'ottativo non solo le generalità del sottoposto ma anche il consimile soprannome, esteso alle pendenze giudiziarie e alle condanne già riportate?

[81] E non inganni l'impiego del verbo " invitare " (con l'infinito " dichiarare ") poiché lo stesso costrutto si trova, ancor prima, all'art. 66 cit., su cui è innestato l'inequivoco ammonimento.

L'interprete che intende ricostruire l'intera regola dettata, sulla materia coinvolta, deve coordinare le due disposizioni indicate accomunate dall'avere l'atto individuato la medesima funzione di « accertamento della identità personale, cioè delle generalità » [82]. La paratassi delle due norme, cioè il loro allineamento sebbene riposino su due piani diversi di appartenenza, ricostruisce l'adempimento identificativo il cui regime applicativo non può che essere unico, cioè sottostare allo stesso trattamento generale. L'identità, « si riferisce alle generalità dell'imputato, vale a dire ai contrassegni che individuano il soggetto della normale vita di relazione. Se ne occupano varie disposizioni, per prima cosa imponendo all'imputato, pena la commissione di un reato, di declinarle; poi precisando che l'obbligo non riguarda soltanto nome, cognome, paternità e luogo di nascita ma tutto quanto serva a identificare la persona, compresi eventuali soprannomi e pseudonimi (artt. 66, 21 att.) » [83]. Quindi, soprannomi e pseudonimi ricadono, coerentemente, nell'area rigida dell'obbligo [84].

Si registrerebbe, così, una riduzione del diritto al silenzio [85], circoscritto al nucleo fattuale (mentre l'art.21 cit. occupa una sezione extrafattuale, sulle " circostanze ") ove, in effetti, vige il meccanismo devolutivo e non quello accentrato.

Sta emergendo (l'insieme delle tessere di) un mosaico normativo che ruota su una base ternaria: 1) l'art. 64, comma 3, lettera b), codifica il c.d. diritto al silenzio nella forma della « facoltà di non rispondere ad alcuna domanda », ma, biforcandosi la corrispondente norma, affianca a tale diritto, all'interno dello stesso quadrante regolativo, altra previsione uguale e contraria alla prima, dettata nell'*incipit* « « salvo quanto disposto dall'articolo 66, comma 1 » che *ratione materiae* neutralizza ed esclude l'incidenza di detta facoltà; 2) l'art. 66, comma 1, c.p.p. innesta una norma cogente - in accordo al richiamato esordio dell'art. 64, comma 3, lett. b) cit. - che chiama l'inquisito, propriamente, a " collaborare " o cooperare con l'amministrazione della giustizia [86] quanto alla sua identificazione, magari a conferma di quanto già risulta

[82] M,SCAPARONE, *Procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 168, distinto dal « l'accertamento della sua identità fisica, cioè dell'essere egli, quali che siano le sue generalità, la persona nei cui confronti il processo deve svolgersi » (oggi v. B.LAVARINI-M.SCAPARONE. *Procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2022).

[83] A. MOLARI, *L'imputato*, in AA. VV., *Manuale di procedura penale*, VIII ed., Monduzzi, Bologna, 2008, p. 90, che distingue fra generalità e identità anagrafica (su cui v. la nota precedente). Nello stesso senso, e addirittura senza il bisogno citare espressamente la norma attuativa (segno che vengono in considerazione, le due norme, unitariamente), v. G.TRANCHINA-G.DI CHIARA, *I soggetti*, in Aa. Vv., *Diritto processuale penale*, a cura di G. Di Chiara, V. Patanè, F. Siracusano, Giuffrè, Milano, 2013,p. 123: « *L'identificazione* avviene, secondo regola, attraverso le c.d. generalità (nome, cognome, eventuale soprannome o pseudonimo, paternità, maternità, fata e luogo di nascita, professione abituale e quant'altro possa valere a contrassegnare la persona) che *l'imputato è tenuto a dichiarare* all'autorità giudiziaria sin dal primo atto in cui egli è presente (art. 66 comma 1 c.p.p.) » (il corsivo è nostro) (testo aggiornato: AA. VV., *Diritto processuale penale*, a cura di G. Di Chiara, V. Patanè, F. Siracusano, Milano, Giuffrè, 2023).

[84] Obbligo ostensivo, appunto.

[85] In tema, v. V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 261 ss.; V.GREVI, *Il diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1129.

[86] Cfr. G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 84-85, secondo cui « la dialetticità è da reputare salvaguardata quando…venga considerato essenziale il contributo delle parti…consiste nell'affermazione della necessità di attribuire diversi ambiti di potenzialità persuasiva ».

all'autorità interrogante e per evitare (in costanza della doppia fonte informativa, personale e documentale) l'errore circa la persona sottoposta al vincolo del procedimento penale (in tal senso gli adempimenti mirano ad un pieno accertamento personale, al di fuori del merito) [87]; c) l'art. 21 disp att. c.p.p. detta i paralipomeni di una norma incompleta sul piano del perimetro normativo qual è l'art. 66, che, appunto, viene citata *ab initio* nella disposizione attuativa: la disciplina dettata risulta " *incardinata* " nel regime extradispositivo dell'art. 66 cit., per cui quelle informazioni riguardano una materia indisponibile, pubblica, sottratta al trattamento prescelto dall'imputato [88] e riservata alla legge nel quadro di un meccanismo, chiaramente, antidevolutivo.

Se l'analisi avesse dimostrato che il regime dell'art. 21 cit. è lo stesso di quello dell'art. 66, e che il primo infatti richiama lo stesso regime extrafacoltativo, la *quaestio* trattata dalla Corte e prima dal giudice *a quo* è fuori contesto. Mancherebbe la cornice normativa. E la Corte non doveva svolgere alcun ruolo "suppletivo".

Tutta l'impostazione del c.d. Giudice delle legge è che l'avvertimento [89] sia un atto dovuto e che vada dato *ante tempus*, anteriormente all'interrogatorio, e il presupposto imprescindibile è che l'imputato sia arbitro assoluto, titolare incontrastato del suo diritto al silenzio, ciò che, in conclusione, giustifica l'indefettibile dovere di dare l'avvertimento che può avvalersi di siffatta facoltà e l'avere la Corte dichiarato l'incostituzionalità normativa, come richiedeva il remittente.

Questa impostazione è erronea e implausibile [90] e quindi va riaffermata, in questa sede ricostruttiva, la razionalità dell'impostazione del legislatore che distingue fra diritto (tutelato) e dovere (osservato) dell'imputato: al silenzio per il fatto proprio e, nel secondo caso, di identificazione del sottoposto che, corrispondentemente, viene ammonito come sia tenuto a rispondere alle domande dell'autorità

Trasparentemente, v. S. BUZZELLI, *Il contributo dell'imputato alla ricostruzione del fatto*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1995, p. 885. Cfr. A.PRESUTTI, *Autodifesa giudiziaria*, Agg. I, in *Enc. dir*., Giuffrè, Milano, 1997, p. 234, sul « ruolo e contenuti dell'autodifesa - nella sua accezione di personale contributo attivo della parte alla propria difesa e nei suoi rapporti ».

[87] O.DOMINIONI, *Sub* Art. 66, in E.Amodio-O.Dominioni, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, I, Giuffrè, Milano, 1989, p. 409: « L'identificazione è…l'attribuzione all'imputato dei contrassegni che lo accompagnano nell'ordinaria vita di relazione: cognome, nome e le altre generalità necessarie a rendere univoca la sua designazione », ammettendo « un errore di identificazione ». BOSCHI, *Interrogatorio II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, cit., p. 3: « si distingue l'interrogatorio di identificazione e l'interrogatorio nel merito. Il primo attiene ai preliminari dell'interrogatorio e concerne l'invito dell'imputato a dichiarare le proprie generalità ».

Nel registro costituzionale, A. PIZZORUSSO, *La Costituzione ferita*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 42 richiama « il ruolo svolto dalla Corte costituzionale italiana…essa è venuta a svolgere…un ruolo di supplenza nei confronti del legislatore».

[88] *Contra*, sebbene riferito all'art. 64, O.DOMINIONI, *Sub* Art. 64, in E.Amodio-O.Dominioni, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, I, Giuffrè, Milano, 1989, pp.403-404: « L'art. 64 comma 3…pone una norma intesa a dare effettività alla natura dell'interrogatorio come atto caratterizzato…dalla *volontarietà giuridica* ».

[89] All'oblato, al beneficiario cioè della opzione di impersonare il *taciturnus*. Cfr. G. GIOSTRA, *L'imputato che mente o tace sui precedenti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1977, p. 649.

[90] Quando invece « l'interpretazione del giudice rimettente deve ritenersi senz'altro non implausibile », v. Corte cost., sent. 12 maggio 2023, n. 94; altresì, v. Corte cost., sent. 17 marzo 2023, n. 45, Presidente: Sciarra - Redattore: Navarretta: « In ordine alla rilevanza, questa Corte…si limita a operare uno scrutinio meramente esterno, vòlto a verificare la non implausibilità dell'interpretazione posta dal giudice a quo a fondamento dell'incidente di legittimità costituzionale ».

richiedente. Questa è la *summa divisio* codificata e che risponde ad un disegno pienamente razionale, in tal senso incensurabile dalla Corte, propensa all'opposto alla *reductio ad unum*.

L'errore della Corte - riteniamo - è che sia materia disponibile quella inserita all'art. 21 disp. att. (invece retta da una "*riserva alla legge*": lo stesso codice trattiene la materia, alla fonte appunto, senza cederla al potere dispositivo del soggetto, pur interessato). La stessa trascura di considerare il rapporto fra testo e contesto e cioè che tale sottonorma è incardinata nel ceppo normativo superiore dell'art. 64, comma 1, c.p.p. e il cui innesto risulta *per tabulas* sul piano onomastico. L'analisi condotta avrebbe chiarito che l'avvertimento della scelta di non rispondere non deve essere dato e che piuttosto all'inquisito deve darsi l'ammonimento che non può ricusare l'identificazione attraverso l'omissione o l'alterazione delle specifiche informazioni. *L'ammonimento, non l'avvertimento*, in sintesi (le due "a").

Si è segnalato in dottrina che la riserva di cui all'art. 64 comma 3 lett. b) esclude dalla garanzia difensiva della facoltà di non rispondere l'indicazione delle proprie generalità [91]. In tale settore, l'imputato viene in considerazione anche - specialmente - quale soggetto-fonte [92].

Infatti, a conferma della perentorietà della previsione e dell'ineludibilità dell'adempimento, si è notato che « l'identificazione personale dell'imputato e della persona sottoposta alle indagini costituisce un'esigenza primaria per lo svolgimento delle attività processuali…appare del tutto funzionale la previsione di una serie di domande che valgono a far meglio raggiungere quest'obiettivo » [93].

Indubbiamente, l'iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro (art. 335 c.p.p.) [94] quale atto garantito [95] e l'identificazione dell'imputato « nel primo atto in cui è presente l'imputato » (art. 66 c.p.p. ai fini della verifica dell'identità personale dell'imputato) simboleggiano, e costituiscono pure, la " prima pietra " [96] su cui poggia l'intero edificio del processo penale. Anche l'identificazione dell'imputato, come

---

[91] In tal senso, v. O.MAZZA, *Interrogatorio ed esame dell'imputato: identità di natura giuridica e di efficacia probatoria*, *in Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 836; ID., *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G.Ubertis e G.P.Voena, VII, 1, Giuffrè, Milano, 2004, p. 822. Ma la posizione dell'A. è più articolata, come si vedrà.

[92] F,CORDERO, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2012, p.23: « l'imputato sa cose importanti; se ogni sua memoria trasparisse, il caso sarebbe infallibilmente risolto ».

[93] R.E.KOSTORIS, *Sub* Art. 21, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, *La normativa complementare*, I, *Norme di attuazione*, Utet, Torino, 1992, p. 75.

[94] « La notizia di reato è un'informazione che permette alla polizia giudiziaria e al pubblico ministero di venire a conoscenza di un illecito penale » (P.CORSO, *Le indagini preliminari*, in *Procedura penale*, 7a ed., rist. agg., a cura di O.Dominioni-P.Corso-A.Gaito-G.Spangher-N.Galantini-L.Filippi-G.Garuti-O.Mazza-G.Varraso-D.Vigoni, Giappichelli, Torino, 2021, p.437). Cfr. P.TONINI-C.CONTI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 18 luglio 2022, p. 555, Criticamente, sull'incidenza della c.d. riforma Cartabia, v. C. MORSELLI, *Emendabile l'iscrizione tardiva con la retrodatazione, insindacabile/non sanzionabile l'erronea iscrizione indiziaria (art.335 quater Cpp). Rimedi*, in *Arch. pen.*, n.2, 30 agosto 2023 pp. 1 ss.

[95] Al riguardo, la dottrina ha avvertito in sede di definizione dello « statuto dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini » che « la iscrizione nell'apposito registro…ne costituisce la prima e fondamentale garanzia » (così, C. TAORMINA, *L'iscrizione nel registro*, in *Procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2015,p. 89).

[96] A.CAMON-M.DANIELE-NEGRI-C.CESARI-DI BITONTO-PAULESU, *Fondamenti di Procedura penale*, Cedam, Padova, 2021, 394: « Le indagini preliminari incominciano nel momento in cui la polizia o il pubblico ministero apprendono la notitia criminis, cioè una informazione concreta e specifica, sui tratti fondamentali d'un ipotetico reato »; M.

la notizia di reato, è un momento " molto delicato " [97] e rappresenta, pure, una tecnica di " registrazione " [98]delle informazioni acquisite, o negative o positive, che vengono cristallizzate. Il verbale di identificazione dell'imputato (art. 66 c.p.p.) e il registro delle notizie di reato (art. 335 c.p.p.) sono (depositari del)la memoria basilare del processo penale.

Se l'importanza degli adempimenti identificatori è fuori discussione, sarebbe poi incoerente che il legislatore " cedesse " la materia corrispondente alla gestione discrezionale dell'imputato facendolo arbitro assoluto - sapendo che allo stesso è riconosciuta, in generale, la doppia garanzia del diritto al silenzio [99] e di mentire o tacere - e pur contando su proprie fonti informative alternative (casellario giudiziario ad esempio). Avremmo - evocando la teoria del "dualismo "[100] - due " legislatori ", due soggetti (concorrenti) che dettano il trattamento applicabile alle operazioni dell'identificazione dell'imputato, nonché due regimi (imperativo e dispositivo).

Le garanzie difensive vanno rispettate ma le fondamenta del processo devono poggiare su piattaforme cognitive veritiere, stabili e non incerte, e i due versanti non si possono assimilare o ridurre all'unità. Né - riteniamo - quelle garanzie, per una forma di " gigantismo autodifensivo ", possono pretendere di estendersi ad un settore, extraindividuale, che deve essere costruito in modo autentico e non distorto, ciò che quelle garanzie, per definizione, non possono assicurare. La verifica dell'identità personale, richiesta ineludibilmente dall'art. 66 c.p.p. rappresenta, propriamente, quello che si chiama "accertamento" e questo ha, irrefutabilmente, carattere obiettivo. Quelle garanzie, invece, battono altri percorsi.

Quindi, l'impianto sanzionatorio o caducatorio della Corte è senza basi: la stessa che ha dichiarato illegittimo l'art. 64, comma 3, c.p.p., il quale omette di prevedere che, quando l'Autorità Giudiziaria

---

BONTEMPELLI, *Le indagini preliminari*, in Dominioni-Corso-Gaito-Spangher-Galantini-Filippi-Garuti-Mazza-Varraso-Dinacci-Bontempelli-Mancuso-Iasevoli, *Procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2023, pp. 522-523,e su cui v. C.DE ROBBIO, *Chi sceglie quali indagini devono fare (e quali non fare) i pubblici ministeri?*, in *Giust. Ins.*, 31 ottobre 2023.

[97] Non bisogna mai trascurare di tenere presente che il riferimento è al « momento delicato di iscrizione della notizia di reato » (*Relazione illustrativa al Decreto legislativo in attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134* recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari, 79).

[98] A. MARANDOLA, *I registri del pubblico ministero tra notizia di reato ed effetti procedimentali*, Cedam, Padova, 2001,p. 59; R. APRATI, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Jovene, Napoli, 2010, p. 6; N. RUSSO, *I registri del pubblico ministero: l'inaccettabile ambiguità delle iscrizioni a carico di "persona da identificare"*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, 2, pp. 82 ss.
A. CARCHIETTI, *Fascicoli iscritti ex art. 11 del Codice di procedura penale: appunti in materia di indagini*, in *Sist. Pen.*, 4/2020, pp. 19 ss.; C. FANUELE, *La notizia di reato: sagoma, tempi di iscrizione e controlli*, in *Proc. pen. giust.*, 1, 2022; P. TONINI-C. CONTI, *Il registro delle notizia di reato. L'informazione di garanzia*, in *Manuale breve Diritto processuale penale Aggiornato con la Riforma Cartabia – Percorsi*, Giuffrè, Milano, 2023, pp. 460-461: « la riforma Cartabia (d.lgs n150 del 2022) ha voluto rendere più stringenti i presupposti per effettuare l'iscrizione. Lo scopo dichiarato della riforma è quello di assicurare certezza e omogeneità a un atto che segna la decorrenza dei termini per le indagini preliminari. I criteri per l'iscrizione… Anzitutto, la riforma distingue nettamente la componente oggettiva e soggettiva della notizia di reato ».

[99] Su cui v., ad esempio A. PRESUTTI, *Autodifesa giudiziaria*, Agg. I, in *Enc. dir.*, cit., p.239, sul diritto al silenzio quale « tutela assicurata alla non collaborazione con l'autorità giudiziaria ».

[100] Così, G. LEONE, *Il nuovo principio del dualismo nella teoria del nuovo processo penale*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli, Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale 1945-1990*, I, *Politica criminale e criminologia Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 116.

richiede alla persona sottoposta alle indagini o all'imputato le circostanze personali di cui all'art. 21 delle Norme di attuazione del codice di procedura penale, deve preventivamente dare l'avvertimento della facoltà di non rispondere ad alcuna domanda (salvo le generalità personali di cui all'art. 66 comma 1 c.p.p.).

In primo luogo, l'art. 64 cit., espressamente ed autonomamente, prevede « Prima che abbia inizio l'interrogatorio, la persona deve essere avvertita » [101].

In secondo luogo, le citate « circostanze personali » sono previste nella *sedes materiae* e non possono essere previste all'art. 64 cit., capovolgendo la Corte la *consecutio* regolativa (le norme di attuazione sono successive rispetto a quelle dettate dal codice di rito, ciò che, infatti, consente all'art. 21 cit. di richiamare, in esordio, l'anteriore art. 64 cit., e che è quanto è sufficiente per escludere l'ordine inverso, ovviamente). Le citate circostanze sono previste nella sottonorma, ma la Corte infirma la norma primaria, che pure prevede, *expressis verbis*, l'adempimento del preavvertimento, già detto. Non sappiamo se si sia trattato di un corto circuito.

D'altra parte, l'esercizio di una facoltà (non può essere elevato *ad sidera* e), razionalmente, non lo esonera da eventuali responsabilità: « Ad esempio, Mevio sequestra Filano in un cubicolo noto solo a lui: incriminato sotto tale accusa e sottoposto a custodia cautelare, tace, lasciando che il segregato muoia d'inedia; è omicidio e sarebbe folle supporre che sia scriminato dall'esercizio d'un diritto, ex art. 51 1 c.p. Processo e diritto sostanziale hanno prospettive distinte: qui cade sotto valutazioni diverse; facoltà processuali e delitto sono categoria indipendenti quindi compatibili. Niente esclude che un contegno reticente o bugiardo pesi sul diniego delle attenuanti generiche (Cass. 7 novembre 1983, GP, 1984, III, 395; contra, Id., 13 dicembre 1983, MP, 1984, 162557), ma non serve a stabilire se l'imputato abbia o no commesso il fatto (conclusione insostenibile, accolta da Cass. 5 dicembre 1984, MP, 1985, 168222) »[102].

L'abbiamo già segnalato: la negazione o il mancato chiarimento, da parte dell'imputato, di circostanze valutabili a suo carico nonché la menzogna o il semplice silenzio su queste ultime possono fornire al giudice argomenti di prova [103] .

7. La doglianza del giudice *a quo*

La Corte Costituzionale dilata a dismisura il diritto dell'inquisito (di tacere, di mentire), riconoscendolo ben oltre i limiti in cui lo garantisce il legislatore ordinario, circoscritto al fatto di reato. Premessa la razionalità della suddivisione codicistica, ricompresa nella incensurabile discrezionalità parlamentare,

[101] Al netto però del richiamo all'art. 66, comma 1, c.p.p.

[102] CORDERO, *Codice di procedura commentato*, Utet, Torino, 1992, p. 78

[103] Cass. pen., sez. I, sent. 23 gennaio 2012, n. 2653 , sebbene - precisa la S.C. - solo con carattere residuale e complementare ed in presenza di univoci elementi probatori di accusa, non potendo determinare alcun sovvertimento dell'onere probatorio.

l'interrogativo è se può la Corte sostituirsi all'organo legislativo qual è il Parlamento (che ha la responsabilità politica) con una visione propria (sarebbe la posizione di una Corte-normativa) " svuotando " di contenuti e di significato l'accertamento preliminare dell'identificazione dell'imputato per far spazio alle cc.dd. strategie della difesa. Si tratterebbe di una sovrapposizione, pura e semplice. Per la Corte diventa subvalente il complesso degli adempimenti identificatori (pur obiettivamente importanti, ed anche per evitare errori di persona) - gli stessi recessivi - rispetto ai diritti individuali di autodifesa, assolutizzati e quindi prevalenti. Contro il c.d. creazionismo giudiziario nella nuova stagione - in rapporto di filiazione con la natura giurisprudenziale del diritto e con al vertice lo " Stato giurisdizionale " - si è già schierata, però, autorevole dottrina. Si è trattato - per il caso di specie, dell'accreditato diritto al silenzio - di un eccesso, di " atto di spoglio " (delle competenze, proprie), quello ablativo della Consulta nel suo rapporto sbilanciato con il Parlamento, incentrato su Palazzo della Consulta in questi 67 anni (1956-2023)?

Nel processo penale non esistono diritti assoluti-assoluti [104] (che non conoscano limiti), concentrati nella figura dell'imputato (che acquisterebbe una sorta di " posizione dominante ", tendenzialmente abnorme [105]) e nel settore difensivo [106], dato che la celebrazione del rito richiede anche la partecipazione della parte

[104] Ad esempio, v. sent. 16 maggio 1994, n. 179: « Giova rammentare brevemente (sulla scorta di quanto questa Corte ha già avuto occasione di affermare sin dalla sentenza n. 6 del 1977) le ragioni e i limiti della facoltà di non deporre nel processo penale riconosciuta dal legislatore ai prossimi congiunti dell'imputato. Si tratta, evidentemente, di ragioni consistenti nella tutela del sentimento familiare (latamente inteso), e nel riconoscimento del conflitto che può determinarsi, in colui che è chiamato a rendere testimonianza, tra il dovere di deporre e dire la verità, e il desiderio, o la volontà, di non danneggiare il prossimo congiunto. Nondimeno, nel riconoscere prevalenti, e quindi nel tutelare, tali motivi di ordine affettivo, *il legislatore non ha stabilito un criterio assoluto* - quale sarebbe stato, ad esempio, il divieto di testimoniare - ma ha accordato la facoltà di astenersi dal deporre solo se, ed in quanto, l'interessato reputi di non dovere, o non potere, superare quel conflitto » (il corsivo è nostro). Sul richiamo " creazionismo ",v. L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena, 2018 e sul timore per lo "Stato giurisdizionale" v. E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitut ionnalité des lois* (1921), trad. R. D'Orazio, Giuffrè, Milano, 1996; C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung* (1931), trad. A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 41 ss. Sul punto, v., successivamente, M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984; E. DICIOTTI, *Le attività creative dei giudici*, Mucchi, Modena, 2022; AA.VV., *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, a cura di C. Padula, ES, Napoli, 2022; P. BONINI, *Il giudice e la legge. Contributo sulla funzione « paralegislativa »dei giudici*, Napoli, ES, 2022; S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Laterza, Roma-Bari, 2022; F. SAITTA, *Interprete senza spartito. Saggio critico sulla discrezionalità del giudice ammnistrativo*, ES, Napoli, 2023.
Sugli eccessi delle decisioni costituzionali, v. G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig./pubb.*, IX, Utet, Torino, 1994, p. 32. In materia, v. S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2015, p.56.

[105] L'imputato deve limitarsi a negare le circostanze a suo carico - affermandone la falsità e, così, l'infondatezza - senza travalicare tale limite con iniziative abnormi dalle quali derivi la necessità di avviare un procedimento penale diretto a verificarle (Cass., sez. VI, n.1440 del 2011, Errichello; Cass. , sez. II, n. 244730 del 2009, Ostuni). L"indagato/imputato per difendersi, può dire il falso, ma non può spingersi fino al punto di sviare l'amministrazione della giustizia, così abusando del proprio diritto di difesa (v. Cass., sez. I, n.2653 del 2011, Cass., sez. II, n.22651 del 2010, Cass., sez. V, n.11590 del 2006, Cass., sez. IV, n.3241 del 1996).

[106] Così, invece, M. SCAPARONE, *Il II comma dell'art. 24 Il diritto di difesa nel processo penale*, in *Commentario della Costituzione a cura di Branca*, Art. 24-26, Aa. Vv., *Rapporti civili*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1988, p. 84, che dedica l'intero paragrafo 19 a « *I limiti del diritto di difesa* », scrivendosi puntualmente: « Le varie situazioni soggettive garantite all'imputato dall'articolo in esame 2° comma possono incontrare dei limiti per la necessità di contemperarsi con altri valori costituzionalmente rilevanti ».

pubblica e privata (pubblico ministero e parte civile) ed assicura, bilanciandoli, le garanzie individuali e le esigenze cognitive proprie del processo. Pure gli interessi della persona offesa e le prerogative della vittima del reato devono trovare posto: questa non è un convitato di pietra e può inserirsi nei lavori della regiudicanda mediante il previsto canale della costituzione di parte civile.

Da sempre la Corte costituzionale ha chiarito che al diritto di difesa dell'imputato « come ad altre situazioni costituzionalmente garantite, non può attribuirsi un valore assoluto, tale da non consentire adattamenti o anche restrizioni da parte del legislatore ordinario, qualora si appalesino giustificate da altre norme o principi fondamentali desunti dal sistema costituzionale » [107]. Bisogna coordinare le linee del diritto di difesa, ad esempio con quelle della giurisdizione [108] e ravvisando un limite al diritto di difesa nell'« esigenza di prevenire e reprimere i reati…bene anch'esso oggetto di tutela costituzionale »[109]. In questo ordine di idee, quando si ammettono sacrifici a carico della giurisdizione e del processo in ogni caso e per far posto alle cc.dd. strategie difensive, si è « aggiunto che il diritto dell'indiziato o imputato al silenzio è riconosciuto nella nostra legislazione ordinaria non nella forma del diritto di non sentirsi neppure invitato a rispondere all'interrogatorio…ma nella forma limitata del diritto di non rispondere alle domande che nell'interrogatorio gli siano rivolte su fatti diversi dalla propria identità personale »[110]. Solo così il (mantenimento del) silenzio diventa funzionale, e non arbitrario.

Ora, il diritto al silenzio, rispetto a queste ultime, ha una dimensione e una direzione anticognitive, anzi nettamente anticognitive. Il presupposto è che « l'imputato sa cose importanti » [111], e per rispettare quel

---

[107] Corte cost., 19 febbraio 1965, n. 5, in *Giur. cost.*, 1965, p. 43. V. pure Corte cost., 22 marzo 1971, n. 55 (ID., 1971, 577); 9 giugno 1971, n. 126 (*ibid.*, 1212).

[108] Corte cost., 28 novembre 1968, n. 114, in *Giur. cost.*, 1968, p. 2066

[109] Corte cost., 2 febbraio 1970, n. 175; 22 marzo 1971, n. 54, 22 giugno 1971, n 136; Corte cost., 16 dicembre 1971, n. 202, in *Giur. cost.*, 1971, p. 2289; 19 aprile 1972, n. 63; 6 aprile 1973, n. 34; 19 giugno 1974, n 177; 2 giugno 1977, n. 98.

[110] M. SCAPARONE, *Il II comma dell'art. 24 Il diritto di difesa nel processo penale*, cit., p. 88, che a tal proposito direttamente cita E. AMODIO, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 413. In tema, v., per un riferimento al vecchio codice, v. G. DI CHIARA, *Autodifesa: a) l'interrogatorio e il principio* nemo tenetur se detegere: *b) dichiarazioni* erga alios *e manovre limitative del diritto al silenzio*, in Fiandaca-Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale, Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2003, p. 287 « ancor di recente continuava a disquisirsi…circa la natura giuridica dell'interrogatorio, pur dopo l'esplicita introduzione, nel sistema del 1930, del c.d. *ius tacendi* (art. 78, comma 3, c.p.p., introdotto dall'art. 1 l. 5 dicembre 1969, n. 932) ».

Attualmente, per la manualistica, riprende la questione della « pretesa di ottenere la collaborazione dell'imputato in vista dell'esito processuale » A. SCALFATI, *Obbiettivi processuali e modelli giudiziari*, in A.Scalfati, A. Bernasconi, A. De Caro, M. Menna, C. Pansini, A. Pulvirenti, N. Triggiani, C. Valentini, D. Vigoni, *Manuale di diritto processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 9.

[111] F. CORDERO, *Procedura penale*, *loc.cit.* Corte Cost., sent. 30 giugno 1994, n.267, che richiama l'iniziativa del giudice *a quo*: il G.i.p. di Macerata, sul presupposto interpretativo che l'art. 213 cod. proc. pen. non assicura all'imputato chiamato a riconoscere la persona di un coimputato il diritto di rifiutarsi di rispondere o, comunque, di prestare l'"ufficio di ricognitore", solleva il dubbio che tale norma contrasti con l'art. 3 Cost. e con l"art. 24, secondo comma, Cost., in quanto costringerebbe i soggetti a rendere dichiarazioni tali da poter pregiudicare la loro posizione processuale. La Corte giudica la questione infondata: « Sebbene non esplicitato dalla norma, in dottrina non si é mai dubitato che, se il ricognitore é il coimputato (o l'imputato in un procedimento connesso) egli sia assistito dal diritto al silenzio, che é un principio cardine del nostro sistema processuale. Tale impostazione trova conferma anche in una recente decisione della Corte di cassazione (Sez. VI pen., u.p. 18 febbraio 1994, Goddi), secondo cui dalla natura dichiarativa dell'atto di

diritto l'ordinamento è disposto a restringere la latitudine del terreno cognitivo e purché il giudizio di prevalenza di quel diritto individuale sull'esigenza generale non prevarichi e risulti illimitato, cioè assorbente: ad esempio, bisogna realizzare « un corretto equilibrio tra il principio del contraddittorio e il principio *nemo tenetur se detegere* » (Corte cost., ordinanza 26 novembre 2002, n. 485 [112]).

E questo è risultato del responso della Corte: silenzio dell'imputato "su tutta la linea", anche se ha un soprannome, se è possidente o meno, se ha avuto condanne, come si si trattasse un problema di *privacy*, che deve essere rispettata. Il rischio, di questo passo, è la "strumentalizzazione" o "banalizzazione" [113] del diritto al silenzio, ridotto ad una versione divulgativa.

---

ricognizione discende che, nel caso in cui chiamato ad effettuare la ricognizione sia una persona imputata in un separato procedimento connesso, si rende applicabile la regola posta, per l'esame, dall'art.210, quarto comma, cod. proc. pen. (avviso della facoltà di non rispondere).Più in generale, nella medesima decisione si afferma che dal principio *nemo tenetur se detegere* deriva il diritto del coimputato o dell'imputato in un separato procedimento connesso di non prestarsi alla ricognizione attiva. In conclusione, sia l'imputato *intraneus* o *extraneus* rispetto al procedimento nell'ambito del quale é chiamato a effettuare una ricognizione, l'esercizio del suo diritto al silenzio impedisce di fatto l'espletamento dell'atto ». In particolare, v. Corte Cost. nn.236 del 1984, 361 del 1998, ord. nn. 291, 451 e 485 del 2002 e 202 del 2004, nonché (per una estensione del principio anche alle sanzioni amministrative a carattere punitivo) n.84 del 2021. Infatti, Corte cost., sent. 13 aprile 2021, n. 48: 1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-*quinquiesdecies* del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52), nel testo originariamente introdotto dall'art. 9, comma 2, lettera b), della legge 18 aprile 2005, n. 62 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004), nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla CONSOB risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato; 2) dichiara, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-*quinquiesdecies* del d.lgs. n. 58 del 1998, nel testo modificato dall'art. 24, comma 1, lettera c), del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179 (Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese), convertito, con modificazioni, nella legge 17 dicembre 2012, n. 221, nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Banca d'Italia o alla CONSOB risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato; 3) dichiara, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-quinquiesdecies del d.lgs. n. 58 del 1998, nel testo modificato dall'art. 5, comma 3, del decreto legislativo 3 agosto 2017, n. 129, recante «Attuazione della direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE, così, come modificata dalla direttiva 2016/1034/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 giugno 2016, e di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) n. 600/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, sui mercati degli strumenti finanziari e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012, così come modificato dal regolamento (UE) 2016/1033 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 giugno 2016 », nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Banca d'Italia o alla CONSOB risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato. In materia fiscale, v. , sul diritto al silenzio, Cass. sent. 40791/2022. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 2 febbraio 2021, causa C-481/19 D.B. contro Consob afferma che il diritto al silenzio sia implicitamente riconosciuto anche dall'art.47 della Carta di Nizza (in armonia con quanto stabilito dall'art.6 CEDU).

[112] In *Cass. pen.*, 2003, p. 854 (altresì v. Corte cost., ord. 28 giugno 2004, n. 202, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2063).

[113] Così, sebbene in altro ambito ma sempre con riferimento ad una decisione della Corte dissentita nelle argomentazioni, v. V. POLIMENI, *Considerazioni a margine della sentenza Corte cost., 11 aprile 2023, n. 66: una battuta d'arresto nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul superamento degli automatismi sanzionatori?*, in *Arch. pen.*, 30 ottobre 2023, p. 28: « Occorre in sostanza evitare inutili tentativi di *banalizzazione* delle esigenze di contrasto alle forme di criminalità più gravi, esigenze le quali, a ben vedere, non si identificano certo nell'assoluto diniego dell'individualizzazione del trattamento sanzionatorio, ma richiedono più razionali interventi di prevenzione » (il corsivo è nostro). Cfr. E. FURNO, *Libertà di comunicazione e diritto alla riservatezza del parlamentare nelle sentenze nn. 157 e 170 del 2023 della Corte Costituzionale in tema di*

Quelle informazioni *interest rei pubblicae*. Anche il soprannome non è un fatto del privato indagato su cui deve calare l'oblio processuale in quanto, appunto, attiene alla completa identificazione dell'inquisito al pari delle generalità assoggettate al regime della ostensibilità all'autorità inquirente. Infatti proprio all'interno dell'art. 64 comma 3 lett. b), e in posizione iniziale, è subvalente il diritto al silenzio, perché poziore l'incidenza dell'art. 66 comma 1 sulla verifica identitaria. Quel trattamento è riservato al legislatore e non è oggetto disponibile, quindi.

La Corte sentenza 5 giugno 2023 n. 111/2023 si duole, su impulso diretto del giudice *a quo*, che l'art. 64 comma 3 del codice di procedura penale non preveda - quando l'Autorità Giudiziaria richiede alla persona sottoposta alle indagini o all'imputato le circostanze personali di cui all'art. 21 delle Norme di attuazione del codice di procedura penale - che deve prima dare avvertimento della facoltà di non rispondere ad alcuna domanda (secondo la prevalente giurisprudenza del passato, poiché all'imputato è nota la facoltà riconosciutagli dalla legge di astenersi dal rispondere alle domande rivoltegli durante l'interrogatorio, egli può avvalersi di tale facoltà indipendentemente dall'avvertimento del giudice, la cui omissione, pertanto, costituisce un'irregolarità formale non compita da sanzione di nullità [114]).

Il vizio costituzionale viene individuato all'art. 64 ma l'oggetto precipuo della materia coinvolta è l'art. 21 disp. att., notandosi una divaricazione nella disamina della Corte.

8. La dottrina: quella di Mazza e di Cordero

Una accreditata dottrina, almeno fin dal 2012, propugna, nella materia in esame, una impostazione improntata a massimalismo difensivo: « Nel rapporto dialogico…che si instaura tra autorità procedente e interrogato trova la massima espansione il diritto costituzionale di difesa ». Precisa, la stessa manualistica: « Più specificamente, alla persona interrogata è consentito avvalersi del diritto di autodifesa che va considerato come una incoercibile manifestazione dell'istinto di libertà e, in quanto tale, non

intercettazioni, in *federalismi.it*., 18 ottobre 2023, p. 37, che definisce « singolare » la decisione : il lavoro analizza le recenti pronunzie nn.157 e 170 del 2023 della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche e di sequestro di corrispondenza dei parlamentari, per evidenziarne le luci e le ombre.

[114] La giurisprudenza è riportata da V. BOSCHI, *Interrogatorio II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, *loc.cit.* (secondo cui non è condivisibile « il ritenere che l'omissione dell'avvertimento…costituisca inosservanza di una disposizione concernente l'intervento dell'imputato ». *Contra*, D. BARBIERI, *Interrogatorio nel processo penale*, in *Dig, Pen*., VII, Utet, Torino, 1993, p. 229, secondo cui per quanto riguarda « l'art. 64, 3° co., c.p.p…l'omissione dell'avvertimento previsto…comporta certamente una nullità »): Cass., 15 ottobre 1976, Teleschini, in *Cass. pen. Mass*., 1978, p. 125; Cass., 24 maggio 1976, Covi, *ivi*, 1977, p. 115; Cass., 7 maggio 1975, Serenin, *ivi*, 1976, p. 470; Cass., 5 febbraio 1974, Cammì, *ivi*, 1975,p. 266.

Sulla regola *notoria non egent probatione* si segnala che « notorietà e verità sono due cose differenti, anche se tendenzialmente tendono a coincidere » (M. NOBILI, *Nuove polemiche sulle cosiddette « massime d'esperienza »*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1969, p. 138).

assoggettabile a vincoli giuridico-morali, trovando pieno riconoscimento il principio generale *nemo tenetur se detegere* »[115].

Senza ulteriori precisazioni, e quindi presumendola autosufficiente, l'impostazione è difficilmente sostenibile e si espone a rilievi.

Non esistono, per come detto, diritti assoluti-assoluti destinati all'irriducibile espansione in un contesto in cui l'imputato non è il solo soggetto che occupa la scena del processo ma condivide uno spazio comune con altri pur importanti soggetti, e senza contare l'incidenza della sovraordinazione ordinamentale. Neppure hanno cittadinanza, nell'ordinamento costituito con le sue regole pubblicistiche imposte, espressioni dell'istinto di libertà incoercibili e insindacabili. Ancor meno tale istinto si afferma nel terreno della giustizia penale di tale portata e valore, per le forme che assume, da configurarsi come svincolato da un possibile giudizio di disvalore neppure morale, sempre che l'etica non sia estranea al processo penale. E se il *nemo tenetur se detegere*, sebbene di carattere individuale in quanto riferito all'imputato, lo si inserisce tra i principi generali o forse universali, ancor più generale è il principio (collettivo) del *neminem laedere* [116]e veramente primordiale è l'altro *primum non nŏcēre*: entrambi i principi sono sottesi alle prerogative dell'imputato in posizione primaria. Concludiamo, seccamente, sul punto: o rispondere, nell'atto dell'interrogatorio, alle domande preliminari ed extrafattuali è doveroso ciò che non attiene al diritto di difesa bensì agli adempimenti dell'identificazione dell'interrogando, oppure riguarda le prerogative difensive ma queste sono recessive rispetto a quanto *interest rei pubblicae*.

Riprendiamo ed allarghiamo, in tal senso, l'esempio riportato da Cordero di una segregazione ctonia la cui identità locativa sia nota solo all'interrogato [117]: se, fra mille stenti e la probabile agonia del soggetto che patisce la segregazione, l'autore del sequestro si è avvalso della facoltà di non rispondere scegliendo tale linea difensiva ed evitando l'autoincriminazione e, oltre lo stato di privazione autonomamente rilevante, subentra la morte del sequestrato, è sicuro che siffatta impostazione della difesa debba essere scevra da un vaglio e un giudizio « giuridico-morali »?

Evochiamo il caso, attuale, di una bambina segregata da oltre un mese e ipotizziamo che l'indagato, dopo quel lungo tempo, venga interrogato dall'autorità giudiziaria e che - essendo lui uno dei responsabili del

[115] O. MAZZA, Il diritto di autodifesa, la presunzione d'innocenza e il *nemo tenetur se detegere*, in AA. VV., *Procedura penale*, VII ed., Giappichelli, Torino, 2012, p. 115.

[116] Sul principio, da ultimo v., ad esempio, Cass. civ., sez. III, sent., 23 maggio 2023, n. 14209 (pure Cass. n. 21993/2020; Cass. n. 25578/2020; Cass. n. 23436/2022; Cass. n. 27175/2022; Cass. n. 5668/2023). V. Cass. Pen., sez. IV, sent. n. 16464 del 22 aprile 2008 - Pres. Marzano F., secondo cui il concetto di colpa in campo civile e in campo penale hanno un unico fondamento nel principio di *neminem laedere* ma differiscono nella conformazione e negli effetti.
Sul richiamato " spazio comune ", per uno spunto v. Cass., sez. trib., ord. 29 novembre 2023, n. 33319, in *Norme & Trib.*, 30 novembre 2023: il giudizio celebrato senza la partecipazione di tutti i litisconsorti è affetto da nullità assoluta.

[117] *Retro* nota 84.

sequestro - taccia agli inquirenti ove ancora si trovi la bambina [118]. Anche in questo caso l'interprete (in posizione monotematica) deve concentrarsi unicamente sul *nemo tenetur se detegere*, senza altro considerare? Occupiamoci ora del tema più ristretto e cruciale della identificazione dell'imputato, divenuto cruciale dopo la sentenza della Corte costituzionale 5 giugno 2023, sentenza n. 111, rispetto alla quale la stessa manualistica del 2012 sembra porsi quale soggetto *ante litteram*.

Si scrive infatti, per gli artt. 66 c.p.p. e 21 att. e sulle relative domande dell'interrogante : « Dalla disciplina codicistica dell'attività di identificazione sembra emergere la precisa volontà di imporre all'interrogato l'obbligo di cooperare…con l'autorità procedente, sul presupposto che le dichiarazioni concernenti le generalità non implicherebbero l'esercizio del diritto di difesa », obiettando l'autore che « non si può escludere che il mendacio o anche il silenzio già sulle strette generalità possano concretamente assumere una precisa rilevanza difensiva. È quindi preferibile ritenere che l'imputato…possa anche *impunemente* astenersi dal farlo ovvero mentire qualora tali contegni risultino direttamente funzionali all'esercizio del diritto di difesa e perciò scriminati dall'art. 51 c.p. A maggior ragione, la possibilità di tacere o di mentire deve essere riconosciuta rispetto alle ulteriori domande indicate nell'art. 21 disp. att., vertendo su argomenti…potenzialmente pregiudizievoli per le posizioni dell'interrogato, come, ad esempio, nel caso di domande riguardanti i precedenti penali ». Lo stesso autore, quindi, prospetta l'esigenza di « far precedere le domande riguardanti l'identificazione dall'avvertimento della facoltà di non rispondere che dunque diverrebbe in assoluto il primo incombente dell'interrogatorio » [119].

---

[118] Sul caso di Kata, la bambina di 5 anni scomparsa nei pressi dell'*ex* hotel Astor a Firenze, sabato 10 giugno 2023. Pare chiaro che la piccola sia stata rapita.

[119] O. MAZZA, *La disciplina dell'interrogatorio: i preliminari*, in AA. VV., *Procedura penale*, VII ed., Giappichelli, Torino, 2012, pp. 121-122.

Secondo il giudice *a quo* (il Tribunale ordinario di Firenze, sezione prima penale), richiamato in esordio (v. *retro* par. 1) « molto spesso le informazioni riferite con riguardo alle condizioni familiari ed economiche dell'indagato hanno un'evidente rilevanza ai fini della valutazione delle accuse: si pensi ad esempio alla maggiore o minore verosimiglianza della contestazione di un furto o di altro reato contro il patrimonio a seconda che l'indagato/imputato abbia o meno una regolare fonte di reddito o un consistente patrimonio; o, alla stessa stregua, alla valutazione della detenzione in casa di un quantitativo di stupefacente non irrisorio, come destinata al proprio consumo personale o piuttosto allo spaccio ». *Contra*, si è stabilito che ai sensi degli artt. 53, 56 e 58 legge 24 novembre 1981, n. 689, la conversione della pena detentiva e la scelta della sanzione sostitutiva sono rimesse al potere discrezionale del giudice del merito, il quale deve valutare i presupposti legittimanti — idoneità della sostituzione al fine del reinserimento sociale del condannato e prognosi positiva circa l'adempimento delle prescrizioni applicabili — con gli stessi criteri direttivi dettati, in via generale, dall'art. 133 c.p. In tale ambito, lo status di straniero e di disoccupato del condannato non è, di norma, valutabile, potendo essere valorizzato, in via atipica ed eccezionale, soltanto nei limiti di un negativo giudizio prognostico e, quindi, al solo fine di apprezzare il divieto normativo di conversione nell'ipotesi di presunzione di inadempimento delle prescrizioni applicabili (Cass., sez. V, sent. 6 febbraio 1998, n. 1455). In giurisprudenza, v. La Corte di cassazione sulla falsità nelle autocertificazioni del periodo " Covid " e sulla (in)applicabilità del "*nemo tenetur se detegere*", in *Giur. pen.*, 11 settembre 2023 (a cura di Lombardo), relativamente a Cass., sez. V, 21 agosto 2023 (ud. 31 maggio 2023), n. 35276, Presidente Pistorelli, Estensore Carusillo: la Corte di legittimità ha affermato che configura il delitto ex art. 483 c.p., in combinato con gli artt. 46, 47 e 76 del d.P.R. 445/2000, la falsa autodichiarazione in ordine al motivo dello spostamento dalla propria abitazione nel periodo segnato dall'epidemia da Covid-19, trasfusa nei moduli di autocertificazione. L'ampia motivazione si occupa, per quanto di nostro interesse, del profilo cruciale:. ha affrontato anche il tema dell'applicabilità, nel caso di specie, della esimente ispirata al noto principio " *nemo tenetur se detegere* ", concludendo in senso negativo: il

Si noti preliminarmente che in questa impostazione, affetta da astrattismo ricostruttivo e presentata in via solo negativa e residuale (« non si può escludere »), sebbene si richiami la " *valenza* " dei diritti della difesa, non si prospetta una " *incidenza* " costituzionale della normativa vigente, sovrapponendosi così una propria visione all'assetto normativo in vigore: alla cogenza dell'art. 66 c.p.p. sulle generalità dell'imputato, si sostituisce un *potere elusivo* avverso di mentire e di non rispondere. Ma ciò rileverebbe quale risultato puramente interpretativo, appunto, senza impegnare l'incostituzionalità delle norme in esame, supposte quindi valide e prima della sentenza di Corte costituzionale del 2023 n.111. D'altra parte, questa, con il suo approdo ablativo, è possibile che sia andata oltre la consueta e consentita soglia interpretativa [120] del diritto di difesa sancito all'art. 24 Cost. (ordinanza n. 117 del 2019), elevandolo alla potenza, con una dilatazione espansiva della relativa figura tipica di un processo di " revisione " delle norme costituzionali, di cui la dottrina si è già occupata anche in termini di " mutamento " costituzionale (con la l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, il legislatore costituzionale ha integrato il testo dell'art. 111 Cost. premettendo cinque nuovi commi ai tre già esistenti, introducendo con una norma *ad hoc* il modello del c.d. giusto processo, il quale, quindi, non è stato inserito *ab extra* per via del c.d. creazionismo giurisprudenziale). Il riferimento è al raggio applicativo del diritto di difesa, agli spazi che allo stesso sono pertinenti e consentiti.

principio, riconducibile dogmaticamente all'esercizio di un diritto ex art. 51 c.p., si qualifica « come diritto di ordine processuale che non dispiega i suoi effetti al di fuori del processo penale, ma opera esclusivamente nell'ambito di un procedimento penale già attivato »; tuttavia, « il principio processuale del *nemo tenetur se detegere* […] non dispiega efficacia nel caso di compilazione mendace dell'autocertificazione, trattandosi di una dichiarazione di rilievo meramente amministrativo — che non costituisce *ex se* una denuncia a proprio carico – alla quale, solo in via eventuale, potranno seguire accertamenti in merito alla veridicità o meno dei fatti ivi attestati e alla loro possibile rilevanza penale ».

[120] Cfr. F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Roma-Bari,1985, p. 237: « Già a Napoli del 1774 Ferdinando IV impone un vincolo ai tribunali; " quando…si abbia a ricorrere alla interpretazione o estensione della legge, vuole il Re che questo si faccia dal giudice in maniera, che le due premesse dell'argomento siano sempre fondate sulle leggi espresse e letterali " ».

Le ripercussioni di queste soluzioni interpretative sono a carico del sistema punitivo, per esempio considerando l'art. 651, c.p. (*Rifiuto d'indicazioni sulla propria identità personale*) [121] [122].

Ma, sul punto, è la dottrina di Franco Cordero che diventa inesorabile liquidando l'impostazione richiamata come " fuori sintassi " [123] quella secondo cui l'eventuale reato è giustificato dall'esercizio di un diritto (di difesa) ai sensi dell'art. 51 c.p.

L'interesse individuale all'autodifesa, di matrice processuale, non può essere inserito nel telaio di un giudizio di prevalenza su norme sostanziali che salvaguardano, ad esempio, la vita, che *interest rei pubblicae*, concludendo che mentire o non rispondere sia innocuo e non lesivo di una norma di diritto penale sostanziale. Anche tacere sulle generalità o darle false come può essere funzionale alla difesa dell'imputato

---

[121] Chiunque, richiesto da un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni, rifiuta di dare indicazioni sulla propria identità personale, sul proprio stato, o su altre qualità personali, è punito con l'arresto fino a un mese o con l'ammenda fino a euro 206.
Il reato previsto dall'art. 651 cod.pen., si perfeziona con il semplice rifiuto di fornire al pubblico ufficiale indicazioni sulla propria identità personale ed è, pertanto, irrilevante, ai fini della configurazione dell'illecito, che tali indicazioni vengano fornite successivamente. (In motivazione, la Corte ha precisato che la " ratio " della norma incriminatrice è quella di evitare che l'attività della P.A. sia intralciata nell'identificazione della persona le cui generalità sono richieste nell'esercizio del potere discrezionale attribuito al pubblico ufficiale) (Cass., sez. I, sent. 9 marzo 2012, n. 9957). Più estesamente, si è stabilito che il rifiuto di indicazioni sulla propria identità personale - punito dall'art. 651 c.p. - va riferito non solo al nome e cognome ma a tutte le altre informazioni richieste per una completa identificazione, fra le quali, quindi, rientra anche il luogo di residenza (Cass., sez. I, sent. 9 febbraio 2012, n. 5091).
Risponde del reato di cui all'art. 651 c.p. chi rifiuta indebitamente di fornire le proprie generalità al capotreno delle Ferrovie dello Stato Spa addetto al controllo dei titoli di viaggio, dovendosi riconoscere al suddetto capotreno, nell'espletamento della suindicata attività, la qualità di pubblico ufficiale, non venuta meno per il solo fatto dell'intervenuta trasformazione delle Ferrovie dello Stato da ente pubblico in società per azioni; trasformazione che non ha cancellato le originarie connotazioni pubblicistiche proprie della gestione del servizio ferroviario (Cass., sez. I, sent. 23 settembre 2000, n. 10027).

[122] Non ricadendo nel dovere di rispondere in modo veritiero - stabilito espressamente dall'art.66, comma 1, c.p.p. per le domande relative alle generalità e a quelle strettamente intese all'identificazione - la mera reticenza rispetto alle circostanze di cui all'indicate all'art.21 att. non potrebbe dare luogo a responsabilità penale (v. Cass., sez. IV, n.2497 del 2022, Cass., sez. V, n.18476 del 2016) e l'indagato potrebbe pertanto rifiutarsi di rispondere senza incorrere in responsabilità penale. Tuttavia, se decide di rispondere e rende false dichiarazioni, egli sarebbe responsabile del delitto previsto e punito all'art.495 c.p. (Cass., sez. V, n.37571 del 2015 e Corte Cost. n.108 del 1976).Sull'accennato " risultato puramente interpretativo ", v., per il corrispondente tema, M. DOGLIANI, *Interpretazione della costituzione*, Torino, 1982; A. DI GIOVANE, *L'ingegneria costituzionale fra crisi delle istituzioni e strategie politiche*, in *Crisi politica e riforma delle istituzioni: dal caso italiano alla comunità europea*, Giappichelli, Torino, 1981, pp. 11 ss., nonché G. PITRUZZELLA, *Considerazioni su l'idea di costituzione e mutamento costituzionale*, in *Arch. dir. cost*, II, 1993,pp. 67 ss.; F. PIZZETTI, *La costituzione fra revisione e potere costituente*, in G. Neppi Modona, *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, Giappichelli, Torino, 1996; nonché F. FURLAN, *Introduzione*, in AA. VV., *Costituzioni comparate*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 14, sul« la rigidità della Costituzione…e la necessità di un ampio consenso delle forze parlamentari…per procedere alla revisione costituzionale »; G. MORBIDELLI, *Il principio di " revisionabilità " e i suoi limiti*, in AA. VV., *Dritto pubblico comparato*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 88: « La costituzione reca,,,un implicito carattere di stabilità…La stabilità non è assoluta ».

[123] F. CORDERO, *Codice di procedura commentato*, *loc.cit.*: «… e sarebbe folle supporre che sia scriminato dall'esercizio d'un diritto, ex art. 51 1 c.p. ». Cfr. A. GIARDA, *Persistendo 'l reo nella negativa*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 5 ss. P. MOSCARINI, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 613.
Sui diritti di difesa, v., da ultimo, D. BIANCO, *La non alternatività del termine a difesa e dei riti premiali nel giudizio direttissimo come espressione del diritto di difesa dell'imputato*, in *Legislaz. pen.*, 12 giugno 2023, pp 10 ss. che richiama, per il versante costituzionale, P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Diritto Costituzionale e Pubblico*, Giappichelli, Torino 2014, p. 474. Da ultimo, A. DELLA BELLA, *I primi dati ufficiali sulle nuove pene sostitutive delle pene detentive brevi: già oltre 1.400 in esecuzione*, in *Sist. Pen.*, 01 dicembre 2012.

(in misura apprezzabile), che potrebbe allestire tale contegno « impunemente » [124]? Negare o tacere i precedenti penali, che prima o poi dovranno pesare (ai sensi dell'art. 133 c.p., comma 2, n. 2 [125]:sui « precedenti penali e giudiziari …del reo ») e che risultano dagli atti (carichi pendenti, casellario giudiziario) [126]: in entrambi i casi perché dovrebbe avvertirsi che l'imputato ha facoltà di non rispondere? Ed anche se fosse implicitamente ammesso, il sistema lo accetterebbe o sarebbe già eticamente censurabile che gli *adempimenti* dell'identificazione dell'imputato debbano arrestarsi e retrocedere rispetto alle (astratte) *prerogative* difensive?

Il processo penale non può essere ridotto, con la tecnica delle strategie e delle schermaglie difensive con l'annesso arsenale, a puro *Epos*, senza *Ethos*: dovrebbe essere una regola di " lealtà" (come è stato ordinatamente segnalato in dottrina) [127] processuale a stabilire che declinare le proprie vere generalità per l'imputato sarebbe la precondizione per " *accreditarsi* " e per partecipare correttamente e validamente ai lavori del procedimento penale pendente, a cui corrisponde un dovere dell'organo pubblico di documentarle [128]. Non può dimenticarsi la rilevanza, autonoma, della deontologia professionale del

---

[124] O.MAZZA, *La disciplina dell'interrogatorio: i preliminari*, in AA. VV., *Procedura penale*, VII ed., *loc.cit.* Sulle « garanzie dell'imputato », v. FORTUNA, *L'imputato*, in Aa. Vv., *Manuale pratico del processo penale*, Cedam, Padova, 2007, pp. 188 ss. Da ultimo, sulla difesa, v.G. DELLA MONICA, *La tutela del diritto di difesa dell'imputato nei casi di conversione del giudizio immediato e del decreto penale di condanna*, in *dirittifomdamentali.it*., n.3, 14 settembre 2023.

[125] Così E. KOSTORIS, Sub. Art. 21, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, *La normativa complementar*e, I, *Norme di attuazione*, cit., p. 77. Il giudizio sulla pericolosità sociale rilevante ai fini dell'applicazione di una misura di sicurezza postula la valutazione congiunta di tutte le circostanze indicate dall'art. 133 cod. pen., come prescritto dall'art. 203, comma secondo, cod. pen. (Cass., sez. III, sent. 23 gennaio 2023, n. 6596). La riabilitazione estingue le pene accessorie e ogni altro effetto penale della condanna ma non preclude la valutazione dei precedenti penali e giudiziari del riabilitato, e, in genere, della sua condotta e della sua vita, antecedenti al reato, valutazione che l'art. 133, secondo comma, n. 2, rimette al giudice, al fine dell'accertamento della capacità a delinquere del colpevole (Cass., sez. VI, sent. 4 agosto 1998, n. 9116).

[126] Art. 431 (*Fascicolo per il dibattimento*) 1. Immediatamente dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio, il giudice provvede nel contraddittorio delle parti alla formazione del fascicolo per il dibattimento. Se una delle parti ne fa richiesta il giudice fissa una nuova udienza, non oltre il termine di quindici giorni, per la formazione del fascicolo. Nel fascicolo per il dibattimento sono raccolti: g) il certificato generale del casellario giudiziario e gli altri documenti indicati nell'articolo 236, nonché, quando si procede nei confronti di un apolide, di una persona della quale è ignota la cittadinanza, di un cittadino di uno Stato non appartenente all'Unione europea ovvero di un cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea privo del codice fiscale o che è attualmente, o è stato in passato, titolare anche della cittadinanza di uno Stato non appartenente all'Unione europea, una copia del cartellino fotodattiloscopico con indicazione del codice univoco identificativo.

[127] Così, v. G. P. VOENA, *Le dichiarazioni rese dall'imputato*, in G. Conso-V.Grevi-M.Bargis, *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam, 2019, p. 91: « Le norme contenute negli artt. 62-65 presentano un oggetto comune…ed uno scopo comune (mirando tutte ad assicurare nei rapporti con l'autorità procedente un livello di lealtà e di civiltà adeguato ai canoni personalistici tipici del modello accusatorio) » (aggiornamento, *Compendio di Procedura penale*, a cura di M. Bargis, Padova, Cedam, 06/2023).

[128] Sulle categorie dell'onere, del dovere, delle situazioni giuridiche, sull' « obbligo, fondato sulla posizione organica del giudice, di adempiere le prestazioni di servizi giudiziari », v. l'accurato studio di F. CORDERO, *Studi sulle dottrine generali del processo penale. Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1957, 22. Si ricordi che « L'impossibilità di attribuire all'imputato le sue esatte generalità non pregiudica il compimento di alcun atto da parte dell'autorità procedente, quando sia certa l'identità fisica della persona. In ogni caso, quando si procede nei confronti di un apolide, di una persona della quale è ignota la cittadinanza, di un cittadino di uno Stato non appartenente all'Unione europea ovvero di un cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea privo del codice fiscale o che è attualmente, o è stato in passato, titolare anche della cittadinanza di uno Stato non appartenente all'Unione europea, nei provvedimenti destinati a essere iscritti nel

difensore che assiste all'interrogatorio. Se l'assistito opera certe scelte che il difensore non condivide, perché in conflitto con la propria etica professionale (mentire ad esempio sulle condanne, che risultano e che l'avvocato penalista conosce e deve conoscere), ciò è irrilevante? Si è osservato, lucidamente, che « naturalmente, l'impostazione sostanziale della difesa scelta dall'imputato può determinare un totale disaccordo tra imputato stesso e difensore e conseguentemente una rinuncia al mandato parte del difensore. Una fondamentale manifestazione del diritto di difesa dell'imputato è quella che si riassume nel principio *nemo tenetur se detegere*»[129]. Anche il " buon senso " dovrebbe guidare le scelte difensive [130].

Ma la struttura e la lettura coordinata delle tre norme hanno carattere dirimente, laddove le stesse siano univoche, prive di opacità [131], e non consentono letture alternative, partendo dall'inciso eccettuativo sull'*ordo procedendi* (relativo alle regole generali per l'interrogatorio) dettato espressamente all'art.64, comma 3, lett. b), e quindi:

casellario giudiziale è riportato il codice univoco identificativo della persona nei cui confronti il provvedimento è emesso » (art. 66, comma 2, c.p.p.).

[129] Così, G. LOZZI, *Diritto di difesa dell'imputato*, *in Lezioni di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 123. Considera F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, cit., p. 10 « gli infimi livelli a cui talvolta scendono i penalisti ».
Solo da ultimo, v. A. CIANCARELLA, *L'avvocato specialista è una realtà, ma su* iter *e titolo si deve lavorare*, in *Guida dir.*, n.35, 23 settembre 2023, pp. 12 ss. Sul principio evocato, v. Cass. Pen., sez. V, 21 agosto 2023 (ud. 31 maggio 2023), n. 35276, Presidente Pistorelli, Estensore Carusillo, in *Giur. pen.*, 11 settembre 2023, a cura di F. Lombardo: La Corte di cassazione sulla falsità nelle autocertificazioni del periodo "Covid" e sulla (in)applicabilità del " *nemo tenetur se detegere* "; pure False autocertificazioni "Covid": inoperatività del *nemo tenetur se detegere* (Cass. pen., Sez. V, 31 maggio – 21 agosto 2023, n. 35276), in *dirittifondamentali.it*., 2023. Altresì, A. KELLER, *Il diritto al silenzio dell'ente accusato ai sensi del d.lgs. 231/01*, in *Sist. pen.*, 6 ottobre 2023: nel procedimento a carico dell'ente, l'incompatibilità ad assumere l'ufficio di testimone è prevista all'art. 44 d.lgs. 231/01 (oltre che per l'autore del fatto tipico) per il solo legale rappresentante che si sia costituito nel processo e fosse titolare della carica anche al momento della consumazione del reato presupposto. Tuttavia, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha ormai riconosciuto sia l'applicabilità del principio *nemo tenetur se detegere* nei procedimenti relativi ad illeciti amministrativi punitivi (CGUE, 2 febbraio 2021, C-481/19), sia e più in generale la riferibilità all'ente delle garanzie fondamentali riconosciute all'imputato-persona fisica (CGUE, 10 novembre 2022, C-203/21), così sollecitando un'urgente rimeditazione del regime di assunzione delle prove dichiarative nel procedimento *de societate*; A. SCIACCA, *Nemo tenetur se detegere*: potenzialità espansive della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Costituzionale sul sistema tributario, in *Giust. Ins.*, 6 settembre 2021; *La tutela del diritto al silenzio in relazione al reato di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità Pubbliche di Vigilanza*, a cura di F. Ventimiglia e G. Conconi, Nota a sentenza: Cass. Pen., Sez. V, 1° febbraio 2022, n. 3555, in *Norme & Trib.*, 24 marzo 2022; M. MANTOVANI, Profili attuali del *nemo tenetur se detegere* in senso sostanziale, in *DisCrimen*, 14 ottobre 2021; G. L. GATTA, " *Nemo tenetur se detegere* " e procedimento amministrativo davanti alla Consob, Cass. Civ., Sez. II, ud. 13.4.2017 (dep. 16.2.2018), ord. n. 3831, Pres. Petitti, Rel. Cosentino, Bolognesi c. Consob, in *Dir. pen. Cont.*, 27 aprile 2028; da ultimo, v. F. ZACCHÈ, *Nemo tenetur se detegere* e procedimenti tributario-penali, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023; B. ANDÒ, *Nemo tenetur alterum detegere. L'identificazione del beneficiario del comportamento conforme a fattispecie nei delitti contro l'attività giudiziaria a valle delle Sezioni Unite Fialova e degli orientamenti successivi*, in *Penale. Dir. e Proc.*, 28 luglio 2023. Più che noto è il lavoro di V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, Giuffrè, Milano, 1972.

[130] Così, D. LUNARDON, *Il "buon senso" non è un limite al diritto di difesa*, in *Penale. Diritto e Procedura*, 27 ottobre 2023, nel commento di Cass. sez. V, 28 settembre 2023 n. 42414.

[131] In tema, N. TRIGGIANI, *Legalità opaca: raccolta atipica e pre-investigazioni*, in *questa rivista*, ed. on-line, 2021, 1, pp.1 ss.; A. MADEO, *Opacità normativa e licenza interpretativa giurisprudenziale sui concetti di familiare e convivente: lo sconfinamento del delitto di maltrattamenti contro familiari o conviventi nel campo applicativo degli atti persecutori aggravati*, in *Leg. pen.*, 17 maggio 2023; *Per la Corte costituzionale una legge 'irrimediabilmente oscura' è incompatibile con la Costituzione*, in *Sist. pen.*, 6 giugno 2023, avuto riguardo a Corte cost. sent. 18 aprile 2023 (dep. 5 giugno 2023), n. 110, pres. Sciarra, rel. Viganò.

a) quell'inciso (« salvo quanto disposto dall'art.66 », sulle generalità dell'imputato) è invalicabile disposizione di sbarramento rispetto alla « facoltà di non rispondere » [132], che pertanto non ha libero corso: norma imperativa quella dettata nell'*incipit* del citato articolo 64, riaffermata all'art.66 comma 1 c.p.p. e sanzionata, norma dispositiva quella sulla scelta dell'inquisito di non rispondere;

b) l'art. 66 comma 1 c.p.p. (*Verifica dell'identità personale dell'imputato*) è norma sull'identificazione dell'imputato e per la quale ha fatto riserva il legislatore non ammettendo un regime concorrente che devolva la scelta se rispondere o meno al prevenuto: si tratta dello *statuto* della legge improntato ad autenticità acquisitiva, sulla rigorosa necessità di identificare l'imputato che si trova al cospetto dell'autorità giudiziaria (tratto prossemico);

c) Il regime extradispositivo delle norme considerate alle lettere a) e b) è, coerentemente, riassunto ed esteso ai profili delle circostanze innestate all'art. 21 disp. att.c..p. - se i soggetti ha carichi pendenti, se ha riportato condanne, e ha un soprannome o uno pseudonimo, esemplificativamente - in quanto la norma è, testualmente, incardinata nel rigido statuto imperativo dell'art. 66 cit. [133]; quei profili o quelle circostanze dell'art. 21 sono assoggettate ad un trattamento di non disponibilità per l'imputato, come richiesto all'esordio dell'art. 21 cit. (« Quando procede a norma dell'art. 66 del codice »).

Si tratta, si aggiunga, di una dislocazione normativa frutto e proiezione di un impianto più generale, risalente all'*imprinting* della *summa divisio* fra *nemo detegere se tenetur* sul c.d. fatto di reato, o fatto proprio, e dovere informativo in materia di identificazione dell'imputato, fra libertà di scelta e vincolo, fra autonomia e obbligo.

Alla luce della ricostruzione che precede pare non avere basi codicistiche la richiamata dottrina - tra l'altra avversata da altra dottrina, proprio sul punto specifico - che sostiene il carattere " pervasivo " della scelta di non rispondere alle domande dell'interrogante o di rispondere mentendo, nel passaggio della scelta processuale al diritto penale, ove la prima avrebbe forza scriminante. Pesa al riguardo il pensiero di Franco Cordero: « Da notare…come sia pura facoltà processuale: il silenzio non significa niente ai fini della decisione…Ma vigono delle norme nello spazio extraprocessuale…e finisce all'ergastolo, secondo

[132] Art. 391-*bis* (*Colloquio, ricezione di dichiarazioni e assunzione di informazioni da parte del difensore*) 3. In ogni caso, il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati o i consulenti tecnici avvertono le persone indicate nel comma 1: d) della facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione.
Sull'avviso dovuto ai sensi dell'art. 64 cit., v., da ultimo, M. MENNA, *Le parti private, la perdona offesa e il difensore*, in Scalfati, Bernasconi, De Caro, Menna, Pansini, Pulvirenti, Triggiani, Valentini, Vigoni, *Manuale di diritto processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2023, pp.124-125: « In questo modo, l'istituto autodifensivo per eccellenza diventa garantito soprattutto dall'avvertimento del diritto al silenzio e con l'avviso della possibilità di cambiare *status* nel caso di dichiarazioni su fatti altrui ».

[133] Così, implicitamente, G.CONSO-M.BARGIS, *Glossario della nuova procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 286.

l'art. 630 3 c. p., l'estorsore che avendo sequestrato qualcuno, tace, condannandolo a morte d'inedia nel luogo dov'è recluso. Quella " facoltà ", insomma, non costituisce " diritto " scriminante (art. 51 1 c.p.)»[134].
Invero, le norme sull'identificazione dell'imputato hanno la poziorità dell'accertamento (anch'esso una garanzia) [135] e dell'ordinamento, fuori dalla disponibilità dell'imputato, che pertanto non deve ricevere avvertimento di sorta " *ante causam* " cioè prima dell'identificazione e per un atto cui è presente (anche) il suo difensore [136], piuttosto l'ammonimento contemplato all'art. 66, comma 2, c. p. p.
L'identificazione attraverso la fissazione delle generalità e senza l'interpello dell'interessato (identificazione extradichiarativa [137]), deve ricordarsi, è una costante dell'intera procedura penale, come l'esemplificazione conferma e quale adempimento tecnico: art. 168 (*Relazione di notificazione*), comma 1 II p.: « Quando la notificazione non è eseguita con modalità telematiche, salvo quanto previsto dall'articolo 157 comma 6, l'ufficiale giudiziario che procede alla notificazione scrive, in calce all'originale e alla copia notificata, la relazione in cui indica l'autorità o la parte privata richiedente, le ricerche effettuate, le generalità della persona alla quale è stata consegnata la copia, i suoi rapporti con il destinatario, le funzioni o le mansioni da essa svolte, il luogo e la data della consegna della copia, apponendo la propria sottoscrizione » [138]; art. 292 (*Ordinanza del giudice*): « 1. Sulla richiesta del pubblico ministero il giudice provvede con ordinanza. 2. L'ordinanza che dispone la misura cautelare contiene, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio: a) le generalità dell'imputato o quanto altro valga a identificarlo »; art. 332 (*Contenuto della denuncia*) « 1. La denuncia contiene la esposizione degli elementi essenziali del fatto e indica il giorno dell'acquisizione della notizia nonché le fonti di prova già note. Contiene inoltre, quando è possibile, le generalità, il domicilio e quanto altro valga alla identificazione della persona alla quale il fatto

---

134 F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 255 (e che sul punto richiama la sua *GD*, 293), che prosegue: « né esclude valutazioni negative ex artt. 133 2 , n. 3, o 62.bis c.p. », richiamando Cass., 30 giugno 1982, *ivi*, 1984, pp. 862, 608.
135 Parlano di « garanzia dell'accertamento dell'identità », A.DALIA- M.FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Cedam, Cedam, 2016, p. 545.
136 Diversamente, v. Corte di Appello di Milano, sez. I civ., sent. 28 agosto 2023, n. 2561, Presidente Bonaretti – Estensore Baccolini ,in *Norme & Trib.*, 14 settembre 2023:la pronuncia riafferma che, in tema di mediazione obbligatoria, la comparizione personale delle parti non costituisce requisito indefettibile ai fini dell'esito utile della procedura, ben potendo le medesime farsi sostituire da un loro rappresentante sostanziale munito di procura "*ad hoc*", spesso coincidente con il medesimo difensore che le assiste.
Per i riferimenti giurisprudenziali, v. Cass., sez. civ. II, sent. 14 dicembre 2021, n. 40035; Cass., sez. civ. III, sent. 27 marzo 2019, n. 8473).
137 La Cassazione, ribadendo l'orientamento prevalente in giurisprudenza, precisa che l'utilizzabilità - nelle fasi extradibattimentali - delle dichiarazioni spontanee assunte in assenza del difensore e in assenza dell'avviso sul diritto al silenzio, è conforme con quanto previsto dal d.l 101/2014 e dalla giurisprudenza della Corte EDU; il contrasto si configura solo ove le dichiarazioni non siano state rese spontaneamente, ma su sollecitazione (Cass., sez.II, n.22962 del 2022). E' invece minoritaria l'impostazione che ritiene che siano radicalmente inutilizzabili le dichiarazioni (spontanee o sollecitate) assunte senza le garanzie prescritte per legge (Cass. sez. III, n. 24944 del 2015; Cass., sez. III, n. 36596 del 2012).
138 Comma così modificato dall'art. 10, comma 1, lett. u), D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, a decorrere dal 30 dicembre 2022, ai sensi di quanto disposto dall'art. 99-*bis*, comma 1, del medesimo D.Lgs. n. 150/2022, aggiunto dall'art. 6, comma 1, D.L. 31 ottobre 2022, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla L. 30 dicembre 2022, n. 199.

è attribuito, della persona offesa e di coloro che siano in grado di riferire su circostanze rilevanti per la ricostruzione dei fatti (altresì art.334:Referto; art. 347:Obbligo della Polizia Giudiziaria di riferire la notizia del reato); art. 375 (*Invito a presentarsi*) « 1. Il pubblico ministero invita la persona sottoposta alle indagini a presentarsi quando deve procedere ad atti che ne richiedono la presenza.2. L'invito a presentarsi contiene: a) le generalità o le altre indicazioni personali che valgono a identificare la persona sottoposta alle indagini; »; art. 377 (*Citazioni di persone informate sui fatti.*) « 1. Il pubblico ministero può emettere decreto di citazione quando deve procedere ad atti che richiedono la presenza della persona offesa e delle persone in grado di riferire su circostanze utili ai fini delle indagini. 2. Il decreto contiene: a) le generalità della persona; »;Art. 391-*ter* (*Documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni*) « 1. La dichiarazione di cui al comma 2 dell'articolo 391-bis, sottoscritta dal dichiarante, è autenticata dal difensore o da un suo sostituto, che redige una relazione nella quale sono riportati: b) le proprie generalità e quelle della persona che ha rilasciato la dichiarazione; »; art. 391-*sexies* (*Accesso ai luoghi e documentazione*) « 1. Quando effettuano un accesso per prendere visione dello stato dei luoghi e delle cose ovvero per procedere alla loro descrizione o per eseguire rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi, il difensore, il sostituto e gli ausiliari indicati nell'articolo 391-bis possono redigere un verbale nel quale sono riportati: b) le proprie generalità e quelle delle persone intervenute »;art. 417 (*Requisiti formali della richiesta di rinvio a giudizio*) « 1. La richiesta di rinvio a giudizio contiene: a) le generalità dell'imputato o le altre indicazioni personali che valgono a identificarlo nonché le generalità della persona offesa dal reato qualora ne sia possibile l'identificazione; »; art. 420-*quater* (*Sentenza di non doversi procedere per mancata conoscenza della pendenza del processo da parte dell'imputato*) « 1. Fuori dei casi previsti dagli articoli 420-bis e 420-ter, se l'imputato non è presente, il giudice pronuncia sentenza inappellabile di non doversi procedere per mancata conoscenza della pendenza del processo da parte dell'imputato. 2. La sentenza contiene: b) le generalità dell'imputato o le altre indicazioni personali che valgono a identificarlo, nonché le generalità delle altre parti private; »; art. 425 (*Sentenza di non luogo a procedere*), art. 426 (*Requisiti della sentenza*) «1. La sentenza contiene: b) le generalità dell'imputato o le altre indicazioni personali che valgono a identificarlo nonché le generalità delle altre parti private; »;art. 429 (*Decreto che dispone il giudizio*) « 1. Il decreto che dispone il giudizio contiene: a) le generalità dell'imputato e le altre indicazioni personali che valgono a identificarlo nonché le generalità delle altre parti private, con l'indicazione dei difensori ».

9. Giudicato costituzionale e revocabilità della sentenza emessa

Il giudicato, in generale, è una necessità di ogni ordinamento giuridico *ordinato*, quella del « l'esaurimento della funzione giurisdizionale » [139]. Tuttavia, essendo il giudicato un istituto tipicamente processuale, il suo impiego riferito alla Corte costituzionale (che integrerebbe la formula complessa « diritto processuale costituzionale » [140]) richiede l'innesto delle sue attività in un circuito comune con altri processi.

A questo proposito, secondo una nota impostazione unitaria del giudicato - che ricomprenda non solo il processo civile ma anche quello penale ed amministrativo - il suo significato consiste nella immutabilità degli effetti della sentenza. Per la stessa dottrina, la cosa giudicata, giustificata dalla esigenza della certezza del diritto, rende invariabile sia la decisione quale atto (giudicato formale) che quale contenuto (giudicato sostanziale), abbracciando gli effetti dichiarativi e pure quelli costitutivi [141] [142]. Si ritiene contenziosa la giurisdizione costituzionale [143].

Per i vari tipi processuali, si opera una importante distinzione secondo cui mentre nel giudicato civile è assoggettato sia il dedotto che il deducibile, in quello costituzionale l'ambito è circoscritto ai soli vizi considerati dalla Corte [144]. Ma tale posizione è stata, successivamente superata, in definitiva: « In conclusione, accedendo ad una ricostruzione della nozione di giudicato…che prescinde dai caratteri più

---

[139] D. VIGONI, *Il giudicato*, in A.Scalfati, A.Bernasconi, A.De Caro, M. Menna, C. Pansini, A. Pulvirenti, N.Triggiani, C.Valentini, D.Vigoni, *Manuale di diritto processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 465.
Sulla latitudine del giudicato, sempre da ultimo, v. Cass., Sez. II, sent. 13 aprile 2023, n. 15707; sul giudicato penale v. pure Corte cost., sent. 16 giugno 2023, n.123.

[140] Secondo la formula impiegata da G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, nel richiamo di F. DAL CANTO, in *Giudicato costituzionale*, in *Enc. dir.*, *Agg.* V, cit., p. 429, nota 1, esteso a M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Cedam, Padova, 1984, p. 214; R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in *Aggiornamento in tema di processo costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 44 ss.; A. PIZZORUSSO, *Uso e abuso del diritto processuale costituzionale*, in *Diritto giurisprudenziale*, a cura di M. Bessone, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 133 ss.

[141] E. T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*, rist., Giuffrè, Milano, 1983, pp. 25 ss. *Contra,* G. PUGLIESE, *Giudicato civile (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Giuffrè, Milano,1968, p. 811.
Ma l'impostazione di Liebman è in opposizione a quella tradizionale di Chiovenda (citato da F. DAL CANTO, in *Giudicato costituzionale*, in *Enc. dir., Agg.* V, cit., nota 15) che limita il giudicato nel solo accertamento contenuto nella decisione.
Cfr. E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, VIII ed., Cedam, Padova, 1996, p. 462: « Con riferimento alla sentenza di merito, si suole parlare di " cosa giudicata (o *giudicato*) *sostanziale* ».

[142] In giurisprudenza, da ultimo, si è stabilito che in tema di mediazione obbligatoria, la pronuncia di improcedibilità della domanda giudiziale per mancato esperimento del procedimento, quale pronuncia "in rito", non avente contenuto decisorio, dà luogo soltanto al giudicato formale, con la conseguenza che essa produce effetto limitato al solo rapporto processuale nel cui ambito è stata emanata e non è, pertanto, idonea a produrre gli effetti del giudicato in senso sostanziale (Corte di Appello di Lecce, Sezione II civile, sentenza 6 luglio 2023, n. 603 – Presidente Brocca – Estensore Giancaspro, in *Norme & Trib.*, 14 settembre 2023. E in materia v. Cass., sez. civ. L, ord. 10 luglio 2023, n. 19591; Cass., sez. civ. III, ord. 19 maggio 2021, n. 13603; Cass., sez. civ. III, sent. 16 dicembre 2014, n. 26377).

[143] Così, V. CRISAFULLI, *In tema di instaurazione dei giudizi incidentali di costituzionalità delle leggi*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, IV, Cedam, Padova, 1974, p. 2795; A. M. SANDULLI, *Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale sulle legittimità delle leggi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, p. 27. Corte cost., ord. 9 aprile 1960, n. 22, in *Giur. cost.*, 1960, p. 210, ebbe a dichiarare di esercitare le proprie funzioni « secondo modalità e garanzie processuali ».

[144] Cfr. M. CAPPELLETTI, *Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, pp. 139 ss.; G. AZZARITI, *La dichiarazione di legittimità costituzionale di una legge*, in *For. Pad.*, 1950, IV, pp. 90 ss.; E. A. FAVARA, " *Res iudicata* " sulla costituzionalità delle leggi?, *ivi*, p. 173; nonché A. RUGGERI, *Storia di un falso. L'efficacia* " inter partes " *delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 62 ss.

specifici dei diversi tipi di processo, sembra possibile ricondurre al suo interno, al pari di quelle civili, penali e amministrative, anche le pronunce costituzionali »[145].

Il problema, quindi, rimane aperto, nel caso di specie: se prima della sentenza n. 111 del 2023, sull'art. 65 comma 3 c. p. p. era intervenuta una decisione reiettiva sulla *quaestio* di incostituzionalità della stessa Consulta, questa aveva già *consumato* il suo potere decisorio di sindacato di costituzionalità della legge. E il giudice *a quo*, in tal caso, avrebbe sollevato la questione *sine titulo*, implicitamente e tacitamene "impugnando " la sentenza dell'anno precedente e a lui " sfavorevole ", inducendo in errore la Corte sulla strada del *ne bis in idem*, non tenendo conto dello sbarramento scandito dall'art. 137 comma ult. Cost." [146].

Del "diritto processuale costituzionale" non dovrebbe abusarsi.

E a proposito di errore: se integrato, è irreversibile o riducibile?

Tipicamente gli errori non si perpetuano ma si emendano, ma il nostro caso è del tutto peculiare, trattandosi di una sentenza della Corte costituzionale.

Dovrebbe ammettersi una sorta di " annullamento di costituzionalità ", cioè la revocazione, un tema a lungo dibattuto in dottrina: « la revocazione delle pronunce costituzionali e la loro impugnabilità di fronte alla stessa Corte costituzionale »[147]. Una certa dottrina (costituzionale) l'ammette per l'ipotesi dell'errore

---

[145] F. DAL CANTO, in *Giudicato costituzionale*, in *Enc. dir.*, Agg. V, cit., p. 433; nonché A. RUGGERI, *Storia di un falso. L'efficacia* " inter partes " *delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, *loc.cit.* per la tesi diretta a riconoscere efficacia generale alle sentenze di rigetto della Corte costituzionale. Successivamente, v. A. LOLLO, *Il giudicato costituzionale nella giurisprudenza della Corte. I giudizi sulle leggi in via incidentale*, in *A.I.C.*, n.2, 2011, pp. 1 ss., che richiama A. LOLLO-A.MORELLI, *Vincolo del giudicato costituzionale e ruolo della Corte*, in *www.rivistaaic.it*, 2/2011, p. 5.

[146] Sul tema evocato, da ultimo, v. G. ANGIOLINI, *Un'applicazione del ne bis in idem al procedimento ex d.lgs. n. 231 del 2001. Cambia ancora la fisionomia del principio?*, in *questa rivista* n. 3, p. 13 settembre 2023, che richiama S. SEMINARA, *Il divieto di* bis in idem: *un istituto inquieto*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 11, pp. 1381 ss.

Specialmente, per il tema di nostro interesse, v. A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)* (2023),cit.(che distingue, della Corte, fra decisioni di merito e decisioni processuali): « È appena il caso di precisare che il concetto di " giudicato " va riferito alle sole decisioni di accoglimento – che, come si sa, hanno effetti *erga omnes*, definitivi, e quasi retroattivi – avendo quelle di rigetto invece efficacia solo *inter partes* e non definitiva, ciò che la stessa Corte opportunamente ricorda…Si noti tuttavia che in un caso – uno solo – anche la decisione di rigetto ha natura di giudicato: qualora il giudice *a quo* intendesse "ri-proporre" nello stesso giudizio una q.l.c. rigettata, ciò che ovviamente non gli è consentito (cfr., per es.: n. 160/2007). Solo in tale evenienza, paradossalmente, si può parlare di violazione dell'art. 137, u.c., Cost. anche per le decisioni di rigetto ».

Per approfondimenti, cfr. E. FURNO, *Giudicato costituzionale*, in *Dig./Disc. pubbl.*, Agg., VIII, a cura di R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 207 ss. e A.RUGGERI – A,SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., pp. 189 ss.

[147] Si tratta - quanto riportato - del tiolo del quarto paragrafo della estesa voce di F. DAL CANTO, *Giudicato costituzionale*, in *Enc. dir.*, Agg. V, cit., p. 435, che si richiama anche per i molti autori citati, come E. CHELI, *nota a* Corte cost., ord. 9 marzo 1959, n. 17, in *Giur. cost.*, 1959, p. 303.

Sull'evocata figura abusiva, v., autorevolmente, A. PIZZORUSSO, *Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale*, in Bessone, A. (cur.), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996. Cfr. A. RUGGERI, *Alla ricerca dell'identità del " diritto processuale costituzionale"*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2009. F. MARONE, *Processo costituzionale e contraddittorio nei conflitti intersoggettivi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, pp. 214 ss.; F. MORELLI, *I limiti del bilanciamento: nuove regole processuali e affidamento delle parti*, in *www.federalismi.it*, 2012. Per i quadranti generali, v. E. MALFATTI - S. PANIZZA- R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 5 ss.

di fatto [148], e così la sentenza del 2023 potrebbe essere non intangibile [149] (ma ancora, potenzialmente, *sub iudice*). Così additiamo « la prospettiva di ammettere la revocazione per errore di fatto " » [150]: le due eminenti Corti sarebbero allineate sulla strada della revocazione [151], e ciò anche in seguito alla sentenza della Corte costituzionale n.17/86 che consente la revocazione delle sentenze di Cassazione affette da errore di fatto (v. L. 353/90) [152], a cui si aggiunge l'intervento del Consiglio di Stato [153].

La " svista " principale, che integrerebbe l'errore ammissibile e ad opera del Giudice delle leggi (quindi l'errore cadrebbe non su un atto del procedimento penale, ma sulla lettura materiale o testuale [154] della norma implicata, non nella sua interpretazione), sarebbe consistita in una lettura dell'art. 21 att. c.p.p. [155]

---

[148] R.ROMBOLI, *Carattere preclusivo delle decisioni di inammissibilità della Corte costituzionale, errori di fatto ed ammissibilità della revocazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, III, pp. 1119 ss.; O. COSTANZO, *Nonostante la " sordina , la musica resta incerta (ancora in tema di revocazione delle decisioni della Corte costituzionale)*, in *Scritti in onore di S. Galeotti*, I, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 298 ss. Da ultimo, distintamente, v. A. BARGI, *Formalismo interpretativo e motivazione "sincretica". Un'occasione perduta per l'espansione costituzionalmente orientata del ricorso straordinario per errore di fatto*. in *Arch. pen.*, n.2, 2023.

[149] M. SCOLETTA, *La revocabilità della sanzione amministrativa illegittima e il principio di legalità costituzionale della pena*, in *Sist. pen.*, 20 aprile 2021, in ordine a Corte cost., sent. 16 aprile 2021, n. 68 Pres. Coraggio, Red. Modugno. Scrive l'A.: « Con la sentenza n. 68 la Corte Costituzionale supera un ulteriore tabù ordinamentale, riconoscendo finalmente la tangibilità del giudicato applicativo di una sanzione amministrativa dichiarata costituzionalmente illegittima ». Ovviamente la fattispecie è distinta da quella da noi trattata.

[150] F. DAL CANTO, *Giudicato costituzionale*, in *Enc. dir.*, Agg. V, *loc.cit.* Sulla nozione di « *error facti* », per un lavoro non più recente v. B. PELLINGRA, *La motivazione della sentenza penale*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 100.

[151] Cass., civ., Ord., 9 gennaio 2023, n. 287, sull'errore di fatto che integra la revocazione delle sentenze della Corte di cassazione. V. Cass., sez. III, civ., ordinanza interlocutoria n. 11111 del 27 aprile 2023, Presidente G.Travaglino, Relatore P. Gianniti, Errore di percezione del contenuto oggettivo della prova – Deducibilità con ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c. – Motivo di revocazione ex art. 395, n. 4, c.p.c. - Contrasto.

[152] Però scrive Corte cost., sent. 25 maggio 2023, n. 103: « Nel caso in esame, il problema dell'applicazione dell'art. 634, comma 2, cod. proc. pen. riguarda, per converso, una fase del giudizio anteriore rispetto a quella in corso di svolgimento davanti al giudice a quo: fase definita con la pronuncia del giudice di legittimità, per sua natura inoppugnabile, stante la posizione di vertice che la Corte di cassazione ricopre nell'ordinamento giudiziario ».
L'impugnazione per revocazione delle sentenze della Corte di cassazione è ammessa nell'ipotesi di errore compiuto nella lettura degli atti interni al giudizio di legittimità (Cass. civ., sez. un., ord. 27 novembre 2019, n. 31032). E, da ultimo, l'importante decisione di Cass. civ., sez. II, ord. 18 agosto 2023, n. 24805, Pres. Rubino, in *Guida dir.*, n. 41, 4 novembre 2023, p.79: la configurabilità dell'errore revocatorio presuppone un errore di fatto.

[153] Presupposti di ammissibilità della revocazione per errore di fatto. Pronuncia del Consiglio di Stato, v. Consiglio di Stato, Sez. V, sent. dell'11 settembre 2023, n.8265, in *Il dir. amm.*, 2023: L'errore di fatto, idoneo a legittimare la domanda di revocazione ai sensi del combinato disposto degli artt. 106 c.p.a. e 395, comma 1 n. 4 c.p.c., è configurabile nell'attività preliminare del giudice relativa alla lettura e percezione degli atti acquisiti al processo, ma non coinvolge la successiva attività di ragionamento, apprezzamento, interpretazione e valutazione del contenuto delle domande e delle eccezioni, ai fini della formazione del suo convincimento, che può prefigurare esclusivamente un errore di giudizio, non censurabile mediante la revocazione, la quale altrimenti si trasformerebbe in un ulteriore grado del giudizio. Per essere concretamente rilevante è necessario che esso: 1) derivi da una semplice errata od omessa percezione del contenuto meramente materiale degli atti del giudizio, che abbia indotto l'organo giudicante a decidere sulla base di un falso presupposto fattuale, ritenendo con ciò come comprovato un fatto documentalmente escluso od obiettivamente inesistente; 2) sia accertabile e riscontrabile con immediatezza 3) attenga a un punto non controverso e sul quale la decisione non abbia espressamente motivato; 4) sussista un rapporto di causalità tra l'erronea presupposizione e la statuizione contenuta in sentenza.

[154] *Verbatim*. Quando si ritiene che una disposizione « per vero, contiene indici testuali che depongono in favore della lettura fatta propria dal rimettente », v. Corte cost., sent. 26 maggio 2023, n. 105, Pres. Sciarra, in *Guida dir.*, n.35, 23 settembre 2023, pp. 88 s.

[155]Art. 21 (*Notizie da chiedere all'imputato nel primo atto cui egli è presente*) 1. Quando procede a norma dell'articolo 66 del codice, il giudice o il pubblico ministero invita l'imputato o la persona sottoposta alle indagini a dichiarare se ha un soprannome o uno pseudonimo, se ha beni patrimoniali e quali sono le sue condizioni di vita individuale, familiare e

"*per saltum*" e quindi non puntuale ma frammanetaria. La svista sarebbe integrata nell'avere letto la norma considerando l'esordio dell'art. 21 al pari di un valicabile orpello (espellendo dal *campo visivo* il tratto testuale, messo in totale parentesi: « 1. Quando procede a norma dell'articolo 66 del codice »), e non il cardine che lo aggancia direttamente ed automaticamente all'art. 66 c.p.p. (espressamente richiamato), il quale più che l'*avvertimento* che l'imputato ha facoltà di non rispondere detta, al contrario, un *ammonimento* assai preciso [156], considerando che l'art. 66 cit.(che affida all'autorità giudiziaria il compito, improntato ad ordine e a sanzione, di invitare l'imputato a « dichiarare le proprie generalità »[157]) non è espressione di norma dispositiva, bensì imperativa (sulla necessità dell'adempimento della identificazione dell'imputato, che deve avvenire già "nel primo atto ").

Una lettura impropria, condotta con sciatteria, è all'origine di una determinazione alterata, come espressa nel *dictum* del " giudice superiore "[158].

Quindi, lettura extratestuale dell'art. 21 cit. (o " antiletterale " [159]) che vizia per errore il " rendimento " del dettato normativo, nei termini di una " svista " e che si coglie ad occhio nudo e che dovrebbe essere emendabile " per revocazione ".

Inizialmente abbiamo segnalato che l'impressione che si ha leggendo la sentenza n. 111 [160]è quella di una decisione emessa di getto, essendo mancato il ricontrollo della *secunda manus*, ciò che non ha impedito

sociale. Lo invita inoltre a dichiarare se è sottoposto ad altri processi penali, se ha riportato condanne nello Stato o all'estero e, quando ne è il caso, se esercita o ha esercitato uffici o servizi pubblici o servizi di pubblica necessità e se ricopre o ha ricoperto cariche pubbliche.

[156] Ciò che è coerente: se *fuori* dal processo bisogna fornire doverosamente le proprie generalità (v. nota successiva), perché *dentro* (il luogo eletto della legalità) il processo l'imputato dovrebbe restare come un anonimo con un comportamento agnostico ed extradichiarativo o " evasivo " (tale è il diniego, una sorta di diritto all'oblio onomastico), essendo del tutto astratto ed inconferente il richiamo al principio *nemo tenetur se detegere*, e quando non è solo screditante e inutile tattica? Quest'ultimo principio non esprime un valore assoluto, deve chiarirsi definitivamente (oppure è un feticcio e non una garanzia): v., a tal riguardo, Corte cost., ordinanza 26 novembre 2002, n. 485, cit.

[157] Per la giurisprudenza di merito, v. Trib. Genova, sez. I Pen., sent. 9 marzo 2023, n.287, Giudice Dallara, in *Guida dir.*, n.35, 23 settembre 2023, p. 106: la contravvenzione di rifiuto di declinare le proprie generalità, prevista e punita dall'art. 651 del Cp, si consuma con il semplice diniego di fornire le richieste indicazioni sulla propria identità personale.

[158] La pronuncia espressa risulta, così, inesatta: v. O. SPATARO, *Il " linguaggio " della Corte costituzionale. Note sparse su alcuni aspetti dell'esperienza " recente "*, in *A.I.C.*, 13 marzo 2023, n.1,p. 18: «Alle sentenze pronunciate dal giudice delle leggi è affidato il delicatissimo compito di sviluppare le premesse di principio contenute nella Costituzione », e che richiama A. SAITTA, *La comunicazione istituzionale del giudice delle leggi come pedagogia costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2023, pp. 52 s. Altresì, in tema, v. V. BALDINI, *Il linguaggio del potere*, in *dirittifondamentali,it.*, 2020.

Distintamente, v. A. GIARDA, *Le fonti giurisprudenziali. Il sistema delle " fonti " del diritto processuale penale*, in Conso-Grevi-Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., CVIII: « le giurisdizioni superiore (la Corte costituzionale e la Corte di cassazione) esprimono statuizioni con valore vincolante diverso rispetto ai giudici di merito, e queste vanno perciò intese come fonti di diritto di particolare significato ».

[159] Quando un atto deve essere interpretato in termini strettamente letterali, v. TAR Lazio- Roma- sez. I *quater*, sent. 24 luglio 2023, n.12394, *Guida dir.*, n.34, 16 settembre 2023, p. 71. Sulla interpretazione strettamente letterale, v. Cass. pen., sez. V, sent. 10 gennaio 2023, n. 12517, Presidente: Sabeone - Estensore: Pezzullo.

[160] Cfr. E. APRILE, *Gli avvisi a tutela del diritto al silenzio vanno dati all'imputato anche per le domande sulle sue qualità personali*, in *Foro it.*, 5 giugno 2023, avuto riguardo a Corte costituzionale; sentenza 5 giugno 2023, n. 111; Pres. Sciarra, Est. Viganò: con la sentenza in rassegna la Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 64, comma 3, c.p.p., nella parte in cui non prevede che gli avvertimenti ivi indicati siano rivolti alla persona sottoposta alle indagini o all'imputato prima che vengano loro richieste le informazioni di cui all'art. 21 disp. att. c.p.p.; nonché dell'art. 495, primo

alla Corte costituzionale di " rilasciare " una decisione - tanto altamente quanto inaspettatamente - demolitoria.

Riferibile agli *hommes de loi*, è vero che «parlano esotericamente gli uomini in toga»[161].

comma, c.p., nella parte in cui non esclude la punibilità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato che, richiesti di fornire le informazioni indicate nel suddetto art. 21 senza che siano stati loro previamente formulati gli avvertimenti di cui all'art. 64, comma 3, c.p.p., abbiano reso false dichiarazioni.

[161] Così F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, cit.,p. 49, con tono stentoreo.

Poteri privati e diritti dei consumatori: un caso emblematico di mancata retroattività della legge civile a discapito del legittimo affidamento in tema di fornitura del servizio elettrico*

di Vincenzo Tondi della Mura
Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università del Salento

Abstract [It]: Il lavoro intende evidenziare le difficoltà di un'effettiva tutela del consumatore nell'ambito dei c.d. rapporti privati asimmetrici, specialmente se preordinati alla fornitura di servizi pubblici essenziali. Lo squilibrio fra la posizione di supremazia dei gestori e quella di debolezza degli utenti, infatti, resta segnato da un'autonomia contrattuale che fatica a essere mantenuta nei limiti del sistema costituzionale: mentre sul piano generale è chiara la tendenza alla costituzionalizzazione del diritto dei contratti, non altrettanto può dirsi su quello specifico delle leggi di settore e della relativa giurisprudenza di merito. In tali casi, alla difficoltà del Legislatore d'intervenire in modo adeguato nella regolazione del mercato, corrisponde la pari difficoltà del giudice di merito d'inquadrare le conseguenti contraddizioni nell'ambito del sistema costituzionale, quasi a rinvenire nella specie una zona d'ombra all'accesso della giustizia costituzionale. Il tutto, con una conseguente mancanza di effettiva tutela del legittimo affidamento.

Title: Private powers and consumer rights: a symbolic case of non-retroactivity of civil law to the detriment of legitimate expectations in electricity service provision

Abstract [En]: The work intends to highlight the difficulties of effective consumer protection in the sphere of so-called asymmetrical private relationships, especially if they are preordained to the provision of essential public services. The imbalance between the position of supremacy of the operators and the position of weakness of the users, in fact, remains marked by a contractual autonomy that struggles to be maintained within the limits of the constitutional system: while on the general level the tendency towards the constitutionalisation of contract law is clear, the same cannot be said on the specific level of sector laws and the relative case law. In such cases, the Legislature's difficulty in adequately intervening in the regulation of the market is matched by the equal difficulty of the court of merit in framing the consequent contradictions within the constitutional system, almost as if to find in this case a grey area for the access of constitutional justice. All this, resulting in a lack of effective protection of legitimate expectations.

Parole chiave: tutela del legittimo affidamento, retroattività della legge civile, consumatori, zone d'ombra nella giustizia costituzionale
Keywords: protection of legitimate expectations, retroactivity of civil law, consumers, grey areas in constitutional justice

Sommario: 1. Premessa: alcuni interrogativi sui presupposti che rendono effettiva la tutela del consumatore. **1.1.** I rapporti privati "asimmetrici" mal regolati dal legislatore e i rischi di una mancata effettiva garanzia dei consumatori nel mercato di fornitura del servizio elettrico. **2.** "Chi ha avuto, ha avuto, ha avuto; chi ha dato, ha dato, ha dato": la legge di Bilancio 2018 (L. n. 295 del 27 dicembre 2017, art. 1, commi 4 e 10), il nuovo regime della prescrizione biennale dei conguagli ritardati e la questione della imprescrittibilità dei crediti pregressi, già fatturati (illecitamente) e ancora pendenti. **2.1.** (segue): la precedente prassi dei conguagli pluriennali e delle c.d. maxi-bollette di conguaglio. **2.2.** (segue): il nuovo regime della prescrizione biennale dei conguagli ritardati posto

* Articolo sottoposto a referaggio.

a "tutela rafforzata" del legittimo affidamento. **2.3.** (segue): l'eccezione temporale alla regola generale della prescrizione biennale del conguaglio ritardato: violazione dei principi del legittimo affidamento, ragionevolezza e coerenza dell'ordinamento giuridico. **2.4.** (segue): la questione della retroattività della legge civile a tutela del legittimo affidamento.

1. Premessa: alcuni interrogativi sui presupposti che rendono effettiva la tutela del consumatore

Quanto vale per l'ordinamento l'effettiva tutela del consumatore, specialmente se in tema di servizi pubblici essenziali? Quanto pesano i condizionamenti lobbistici a sostegno degli interessi contrapposti? Entro quale misura la mediazione legislativa fra gli uni e gli altri è sindacabile dalla Consulta, senza il rischio di essere attratta nella suggestione di quelle *zone d'ombra* (culturalmente e materialmente) esenti da ogni controllo di legittimità? E, soprattutto, quale livello di garanzia riesce a coprire l'attuale tendenza alla *costituzionalizzazione del diritto dei contratti*, volta a vincolare l'autonomia contrattuale dei poteri privati al legittimo affidamento delle parti deboli?

Si tratta di interrogativi che aprono la via a riflessioni senza fine, tali e tanti sono i profili coinvolti. Eppure, se *il diavolo è nei dettagli* [1], è proprio nelle regolamentazioni settoriali che divengono stridenti le contraddizioni derivanti dalla tensione fra le opposte esigenze e, soprattutto, fra le opposte prospettive: quella incline a misurare e sindacare la legittimità e l'efficacia delle politiche pubbliche anche sul piano privatistico; quella, al contrario, restia ad allontanarsi dallo schema formale delle garanzie del tradizionale assetto codicistico.

L'una, fondata sul presupposto lucidamente anticipato da Giorgio Lombardi già nel 1970, secondo cui la tensione dialettica fra autorità e libertà, lungi dall'esaurirsi nel rapporto fra potere pubblico e cittadino, interessa anche le dinamiche del potere privato; reca con sé la necessità di spingere il momento sostanziale delle garanzie "*oltre* alle ipotesi previste dal codice civile, ai fini, ad esempio, della individuazione delle cause di invalidità o di illiceità dei comportamenti privati" [2].

L'altra, al contrario, segnata dal perdurante ritardo culturale nel recepimento della svolta assiologica imposta dal Codice del Consumo sul duplice piano politico-legislativo e giurisdizionale; una svolta che ha ribaltato lo stesso *consumerism* da una dimensione meramente patrimonialistica a una dimensione personalistica [3], andando *oltre* la logica del semplice diritto contrattuale, per ricomprendere tutte le fasi

[1] Su cui da ultimo la raccolta di L. SLIMANI, *Il diavolo è nei dettagli. Sei pezzi inediti della scrittrice simbolo della Francia contemporanea*, tr. it. a cura di E. Cappellini, Rizzoli, Milano, 2020.

[2] G.M. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, I, Giappichelli, Torino, 1970, 114 (corsivo testuale), su cui più in generale: T. CERRUTI, A. POGGI, M. ROSBOCH (a cura di), *"Spazio e frontiera". In ricordo di Giorgio Lombardi*, Giappichelli, Torino, 2022.

[3] P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo* (1995), in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, E.S.I., Napoli, 2003, 312. In senso variamente critico verso il riduzionismo economico che connota il diritto europeo dei consumi: S. RODOTÀ, *Persona-consumatore*, in P. STANZIONE (a cura di), *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, Napoli, 1999, 19 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto privato europeo tra riduzionismo economico e*

anteriori e posteriori della stipulazione dell'accordo. Del resto, è l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ad avere imposto un'interpretazione sistematica del nuovo Codice, fondata sulla necessità di assicurare la continuità fra diritti, principi e rimedi "secondo la tecnica normativa delle esperienze continentali, che dapprima istituiscono il diritto e di poi la tecnica per tutelarlo" [4]. Sicché il confronto tra il consumatore e il produttore di beni e servizi non può prescindere dal riconoscimento della "pretesa di un rimedio effettivo", da intendere quale "diritto ad adeguati strumenti di tutela e idonee configurazioni processuali capaci di garantire la piena soddisfazione dell'interesse azionato" [5].

Si torna così agli interrogativi iniziali sulle condizioni che rendono effettiva la tutela del consumatore, se non proprio dell'*homo consumens* [6].

Sul piano costituzionale detta tutela è certamente percorribile, posto che i diritti fondamentali sono garantiti nei confronti tanto del potere pubblico quanto di quello privato. In tale ultimo caso, se mai, essa necessita di specifiche formule di collegamento normativo, volte a rendere operanti verso le posizioni private di supremazia le medesime garanzie impiegate verso lo Stato. Nel caso della tutela del consumatore, pertanto, sovviene la previsione del secondo comma dell'art. 41 Cost., la quale esprime un collegamento fra abuso di poteri privati di supremazia e garanzia dei diritti di libertà in relazione alla sfera privatistica, offrendo un criterio per la risoluzione del contrasto a vantaggio del principio di libertà [7].

La libertà individuale del contratto, del resto, non gode di una collocazione costituzionale autonoma, derivando la propria garanzia dalla strumentalità all'esercizio dei diritti d'iniziativa economica privata e di proprietà (artt. 41 e 42, Cost.). In tal senso, essa è rimessa a una tutela costituzionale solo indiretta e mediata dalla legge, posto che i diritti fondamentali non possono incidere nei rapporti negoziali privati se non come criteri o direttive d'interpretazione delle leggi che li regolano [8]. Spetta al Legislatore il compito di armonizzare l'esercizio dei diritti coinvolti con il rispetto dell'utilità sociale, delle libertà e della dignità umana, secondo soluzioni ovviamente sindacabili dalla Corte costituzionale sul duplice piano della ragionevolezza e del rispetto dei principi coinvolti. Ed è in tale contesto, per l'appunto, che risalta il

dignità della persona, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 345 ss.; M. BARCELLONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, *ivi*, 2011, 329 ss.

[4] G. ALPA, in G. ALPA, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del Consumo. Commentario*, E.S.I., Napoli, 2005, 18.

[5] G. VETTORI, in ID., *Codice del Consumo*, Cedam, Padova, 2007, 6.

[6] Z. BAUMAN, *Homo consumens. Lo sciame inquieto dei consumatori e la miseria degli esclusi,* Il Margine, Trento, 2021. Sulla particolare vulnerabilità dell'*homo consumens*, "sempre a rischio di perdersi di fronte all'eccesso di stimoli a cui è di continuo e suo malgrado esposto", M. MAGATTI, *Introduzione*, *ivi*, 7.

[7] G.M. LOMBARDI, *Potere privato*, cit., 100 ss., spec. 117. Sull'incidenza dei limiti dell'art. 41 comma secondo anzitutto sul diritto soggettivo di libertà economica al di là di un intervento attuativo del legislatore, si v. già C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962, 33 ss. e A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963, 142 ss. Con specifico riferimento alla tutela dei consumatori nel comma secondo dell'art. 41, A. PACE, *I diritti del consumatore: una nuova generazione di diritti?*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2010, spec. p. 10 e ss., in cui si richiama M. ESPOSITO, *La tutela dei consumatori tra codice civile e Costituzione*, in *Giur. merito*, 2000.

[8] L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, n. 1/1997, 3.

progressivo allargamento della frontiera del costituzionalismo verso i rapporti privati *asimmetrici* [9]; rapporti destinati a sbilanciare l'equilibrio fra le parti a discapito di quelle più deboli [10] e, in quanto tali, richiedenti una tutela dell'autonomia contrattuale più stringente e accurata.

Sul piano del diritto privato, del pari, detta tutela è pure percorribile, posto che la frontiera tra interessi pubblici e interessi privati è tornata ad assumere i contorni estremamente labili della concezione classica dello *ius civile* in senso stretto [11]. Si pensi ai profili marcatamente pubblicistici del diritto dei consumatori penetrati nello stesso Codice del Consumo, con peculiare riferimento ai servizi, alla disciplina dei prezzi, al consumo «sostenibile»[12], all'intervento delle Autorità amministrative indipendenti e alla loro forte attitudine a plasmare il diritto privato contemporaneo [13], alla disciplina del commercio e cosí via [14]. Sicché - ancora una volta - a emergere è lo stretto legame tra la recente esperienza codificatoria italiana e l'evoluzione del diritto unionale dei consumi nel rispetto delle disposizioni della Carta costituzionale [15].

---

[9] Su cui da ultimo: E. CREMONA, *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2023, spec. 77 ss.; A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Le regole di Internet tra poteri pubblici e privati. Tutela dei diritti e ruolo dell'antitrust in una prospettiva costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, spec. 42 ss.; G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, in M. CARTABIA, M. RUOTOLO (diretto da), *Potere e Costituzione*, *Enc. dir., I tematici*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, 1008 ss.

[10] Sull'asimmetria di potere nei rapporti privati si v. da ultimo S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Autonomia negoziale e riequilibrio delle asimmetrie contrattuali: un'indagine multilivello*, in *Federalismi.it*, n. 23/2023. Più in generale, resta fondamentale lo studio di C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977, spec. 54 ss.; ma già P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1515 ss.; nonché D. CARUSI, *Principio di eguaglianza, diritto singolare e privilegio. Rileggendo i saggi di Pietro Rescigno*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998.

[11] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti.* I*, Metodi e tecniche*, E.S.I., Napoli, 113 e 144 ss.

[12] Le politiche europee per la crescita sostenibile stanno imprimendo un'ulteriore curvatura assiologica alla disciplina consumeristica di derivazione europea: C. MIGNONE, *Consumer Rights to support Europe's Green and Digital Transitions. Towards Sustainable Consumer Law*, in *Annali SISDiC*, 2022, 141 ss.; A. QUARTA, *Per una teoria dei rimedi nel consumo etico. La non conformità sociale dei beni tra vendita e produzione*, in *Contr. impr.*, 2021, 529 ss.; H.W. MICKLITZ, *Squaring the Cirle? Reconciling Consumer Law and the Circular Economy*, in *Journ. Eur. Cons. Market L.*, 2019, 8, 229.

[13] Sulla prospettiva, divenuta oggi imprescindibile, di un "diritto privato regolatorio", si v. quantomeno: A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 517; A. GENTILI, *Il diritto regolatorio*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, 23. Più ampiamente, sul nesso tra giustizia contrattuale (del singolo scambio) e regolazione del mercato: P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e diritto dei mercati*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 879 ss.; H.W. MICKLITZ, *The Visible Hand of European Regulatory Private Law – The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation*, in *Yearbook of European Law*, 2009, 28, p. 3 ss.

[14] E. CAPOBIANCO, *Art. 1*, in E. CAPOBIANCO, L. MEZZASOMA, G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice del Consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, E.S.I., Napoli, 2018, 1 ss., spec. 7. Il rilievo che assumono gli interessi superindividuali, generali e sociali nelle pieghe della disciplina consumeristica, non è circoscritto alle sole forniture dei servizi essenziali, ma investe anche il settore dei beni, come accade nel mercato immobiliare. La prospettiva è stata ripresa opportunamente da M. FRANCESCA, *Consumerismo ed effetti della neolingua nel settore immobiliare*, in *Pers. merc.*, 2022, 20, nel contesto di uno studio civilistico critico verso gli effetti prodotti dal processo di "consumerizzazione" del bene-casa, il quale sta oscurando "il valore d'uso teso alla soddisfazione di esigenze innanzitutto primarie degli individui e della famiglia". Il retroterra sociale dell'apparato di tutele consumeristiche traspare nella articolata ricostruzione di S. BUDELLI, *La nuova disuguaglianza nel mercato consumeristico*, in E. CATERINI, L. DI NELLA, A. FLAMINI, L. MEZZASOMA e S. POLIDORI (a cura di), *Scritti in onore di Vito Rizzo*, E.S.I., Napoli, 2017, 215 ss.

[15] G. ALPA, *Codice del Consumo*, cit., 18; ID., *I diritti dei consumatori in àmbito europeo e nel diritto interno*, 21 ss. Sull'impatto dei principi costituzionali nell'orizzonte interpretativo del diritto dei consumatori, v. anche H.W. MICKILITZ, *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 859 ss.; L. MEZZASOMA, *Disciplina del contratto,*

1.1. (segue): i rapporti privati "asimmetrici" mal regolati dal legislatore e i rischi di una mancata effettiva garanzia dei consumatori nel mercato di fornitura del servizio elettrico

Se la tutela del consumatore è garantita sul duplice piano costituzionale e del diritto privato, non può dirsi altrettanto in ordine a quello politico-legislativo e giurisprudenziale. Qui resta vivo il rischio della mancanza di un'effettiva garanzia a dispetto dell'elevato grado di protezione pure invocato dall'art. 38 della Carta dei diritti ("Nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori").

Il riferimento, fra gli altri, è a quelle leggi di settore in tema di servizi pubblici essenziali, che intervengono nel rapporto fra gestori e consumatori senza considerare la specificità dei beni interessati dall'autonomia contrattuale. Con la conseguenza di non riuscire a prevenire gli abusi contrattuali provocati dalla supremazia degli uni sulla debolezza degli altri, così da lasciare esposti questi ultimi a pregiudizi non sempre agevolmente tutelati dagli organi di controllo e di garanzia.

Il *primato* del mercato, in realtà, piuttosto che essere assoluto e indiscriminato secondo la regola empirica del *laissez faire* [16], presuppone un intervento regolatorio del potere pubblico finalizzato a vincolare l'esercizio dell'autonomia contrattuale nel quadro dei principi costituzionali; necessita che la funzione della normazione valga a porsi quale vincolo e strumento delle politiche pubbliche [17]. Anche il mercato, del resto, non può sfuggire al compito supremo della Repubblica di *rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana* (art. 3 Cost.), dovendo rimanere vincolato al duplice fine perseguito dall'intervento pubblico: quello della promozione dell'utilità sociale, secondo la valorizzazione delle intrinseche attitudini del medesimo mercato a produrre ricchezza e benessere; quello della correzione delle disparità di potere contrattuale, diversamente suscettibili di pregiudicare la libertà e la razionalità delle scelte economiche individuali [18].

La questione diviene cruciale nel caso in cui a interessare il mercato non siano più i beni comuni, ma i beni essenziali. Questi ultimi, infatti, mancando ontologicamente degli *anticorpi* tipici degli altri, sono suscettibili di subire la "contaminazione degli aspetti peggiori della traslazione del bene verso il mercato di consumo". Una volta sottratti alle garanzie sociali del mercato tutelato, essi rischiano di originare "nuovi domini" e "nuovi poteri privati autolegittimanti"; poteri "abnormi", in quanto continuamente

tutela del contraente debole e valori costituzionali, in *Revista Brasileira de Direito Civil*, 2015, 6, 95 ss.; ID., *Consumatore e Costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 313 ss.

[16] A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali* (Parte speciale), Cedam, Padova, 1992, II ed., 458 e 489; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi* (1964), Cedam, Padova, rist. 2014, 81.

[17] Da ultimo S. STAIANO, *Anti-mitopoiesi. Breve guida pratica al regionalismo differenziato con alcune premesse*, in *Federalismi.it*, n. 29/2022, 190.

[18] L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit.,

ripiegati su sé stessi, privi delle contromisure di reazione al mercato e con spazi minimi di apertura a un sistema di valutazione esterno dei torti e delle ragioni [19].

Di qui la delicatezza costituzionale del regime dei contratti privati di fornitura di energia elettrica, stante la natura del servizio pubblico coinvolto, qualificato dalla Costituzione come *essenziale* (art. 43) e dal Trattato unionale come *d'interesse economico generale* (art. 14 TFUE). E invero, la pretesa dell'individuo alla fornitura di energia è configurabile oramai come un diritto fondamentale, o quanto meno come un diritto strumentale indispensabile all'effettiva realizzazione dei diritti fondamentali legati alla dignità e allo sviluppo della persona umana (salute, istruzione, informazione, comunicazione, ecc.). Emblematica è la sequenza multilivello della disciplina interessata. Se l'*accesso universale* all'energia costituisce un obiettivo dell'ONU da assicurare entro il 2030 [20], il diritto di accedere alle cosiddette "forme moderne di energia" (elettricità e gas) in termini di uniformità qualitativa e di abbordabilità economica è sancito sul duplice piano euro-unitario e nazionale. Essenziale al riguardo è quanto disposto dall'art. 27 della direttiva UE 2019/944, che assicura il diritto di tutti i clienti finali di essere riforniti di energia a un livello qualitativo definito e a prezzi ragionevoli ("Gli Stati membri provvedono affinché tutti i clienti civili […] usufruiscano nel rispettivo territorio del servizio universale, vale a dire del diritto alla fornitura di energia elettrica di una qualità specifica a prezzi competitivi, facilmente e chiaramente comparabili, trasparenti e non discriminatori").

Eppure, nonostante una simile sequenza di previsioni generali, permangono sul piano nazionale le contraddizioni derivanti da leggi settoriali non adeguate alla natura *asimmetrica* dei contratti di fornitura di energia elettrica e gas; rimangono i rischi di interventi lesivi della certezza e della ragionevolezza dei prezzi da parte dei gestori.

Ovvio che valgano le consuete forme di tutela approntate dall'ordinamento. E tuttavia, si tratta di tutele *faticose*, in quanto rimesse all'*attivismo civico* del consumatore e alla sensibilità ermeneutica del giudice adito.

---

[19] Su tali aspetti M. FRANCESCA, *Tempi moderni e nuovi domini: il caso del bene energia*, in *Scritti in onore di Giancarlo Vallone,* in corso di pubblicazione, e ampia bibliografia richiamata, con l'amara e realistica conclusione: "È forte, a questo punto, la sensazione che sia venuta meno la relazione tra poteri e che ciò rientri tra gli effetti di un inaugurato appiattimento dei beni essenziali all'ortopedia del diritto dei consumi e ai relativi sistemi autogiudicanti".

[20] L'Agenda 2030 delle Nazioni Unite per lo Sviluppo Sostenibile è stata adottata con Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 25 settembre 2015 (A/RES/70/1) (https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/291/89/PDF/N1529189.pdf?OpenElement). Gli Accordi di Parigi sono stati adottati il 12 dicembre 2015 dalla XXI Conferenza delle Parti della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (COP21), con la decisione 1/CP21 (http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/10a01.pdf). *Sustainable Energy for All* (*SEforALL*) è nato come un partenariato multilaterale tra governi, settore privato e società civile, finalizzato ad assicurare, entro il 2030, l'accesso universale a servizi energetici moderni, raddoppiare il tasso globale di miglioramento dell'efficienza energetica, raddoppiare la quota di energia rinnovabile nel mix energetico globale (https://www.seforall.org/who-we-are#:~:text=Sustainable%20Energy%20for%20All%20(SEforALL,Development%20Goal%207%20(SDG7)%20%E2%80%93).

Nella specie non rileva soltanto il "*coraggio*" [21] di manifestare quella *disobbedienza civile* verso le leggi sospettate d'incostituzionalità, così necessaria all'attivazione del relativo giudizio incidentale [22]; risalta altresì il pari *coraggio* del giudice *a quo*, di cogliere le ragioni di una tale *disobbedienza* e di superare una duplice resistenza di ordine interpretativo e sistematico: da un lato, quella di riuscire a spingere il momento sostanziale delle garanzie *oltre* le classiche ipotesi previste dal codice civile e verso nuove cause d'invalidità o illiceità dei comportamenti privati, secondo la prospettiva tracciata da Giorgio Lombardi e sperimentata dalla Suprema Corte [23]; dall'altro, quella di affrancare la coraggiosa *resistenza* costituzionale del singolo consumatore dalle sabbie mobili di quelle *zone d'ombra* che ipotecano l'accesso al sindacato costituzionale [24]: *zone* incerte nei confini, ma destinate a inibire l'effettività dei meccanismi di tutela giurisdizionale (natura e contenuto dell'atto; particolare efficacia nel tempo della fonte; mancanza di un giudice competente a conoscere della questione; condizioni e limiti previsti dalla legge o dalla giurisprudenza costituzionale per l'instaurazione del giudizio incidentale) [25]. Eppure, come evidenziava Valerio Onida, il sistema costituzionale impone che "per ogni diritto sostanziale ci sia un giudice e un giudizio nel quale quella particolare situazione giuridica soggettiva possa essere azionata e fatta valere" [26].

Ecco, dunque, attestata la necessità costituzionale di riannodare il sistema delle garanzie secondo operazioni ermeneutiche finalizzate a rimediare agli squilibri privatistici provocati da mediazioni legislative settoriali, improntate a soluzioni *al ribasso* e inadeguate, se non proprio sospette (anche economicamente). Tornando all'anticipazione di Giorgio Lombardi, infatti, "il problema dell'efficacia

[21] L'espressione rimanda alla critica di P. CALAMANDREI sulle imperfezioni del sistema di giustizia costituzionale, per la cui attivazione "bisogna avere il coraggio" di violare la legge sospettata d'incostituzionalità, così che il singolo "sfidi il rischio della sanzione individuale che la violazione di quella legge comporta"; ciò nella consapevolezza che "il resistere deliberatamente alla legge nell'opinione che essa sia costituzionalmente illegittima esporrà sempre il resistente al pericolo di sentirsi dire dal giudice che la sua opinione è sbagliata, e di dover subire di conseguenza la sanzione della violazione", ID., *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 13, su cui T. GROPPI, la quale rinviene al riguardo l'esercizio del "diritto individuale di resistenza", ID., *La Corte e "la gente": uno sguardo "dal basso" all'accesso incidentale alla giustizia costituzionale*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2019, 428.

[22] T. GROPPI, *op. ult. cit.,* 423.

[23] V. *infra*, par. 2.2.

[24] Da tempo la dottrina costituzionalistica si è soffermata sui limiti dei meccanismi di accesso alla giustizia costituzionale, interrogandosi sui rischi derivanti dalle "zone d'ombra" del relativo sistema di controllo (cfr. i due importanti convegni del Gruppo di Pisa: R. BALDUZZI e P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Giappichelli, Torino, 2007; R. PINARDI (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Giappichelli, Torino, 2007). Quanto alla differenza con quelle "zone franche" che in piena coerenza col sistema costituzionale impediscono di esercitare alcun controllo di legittimità, P. ZICCHITTU, *Le "zone franche" del potere legislativo*, Giappichelli, Torino, 2017, 5 ss.

[25] P. CARROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello. Cinquanta anni della Corte Costituzionale della Repubblica italiana*, E.S.I., Napoli, 2006, 778.

[26] V. ONIDA, *La Corte e i diritti: tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, in A. PACE (a cura di), *Scritti in onore di Leopoldo Elia*, II, Giuffrè, Milano, 1999, 1095 ss.

rispetto ai terzi dei diritti fondamentali è […] questione che sorge su di un piano generale […] ma che si risolve sul piano dello stretto diritto positivo" [27].

Ed è per l'appunto sul piano della legislazione di settore e della giurisprudenza di merito, che si gioca oramai la vera sfida della tutela dei diritti fondamentali. Se è nelle regolamentazioni settoriali che divengono stridenti le contraddizioni di un legislatore che fatica a bilanciare gli interessi dei poteri privati con quelli dei singoli, è nei conseguenti rapporti giuridici che si sostanziano le inevitabili ingiustizie contrattuali. È nello scarto fra le grandi garanzie unionali, costituzionali e codicistiche, da un lato, e le specifiche legislazioni di settore, dall'altro, che si registrano i disagi e le incertezze della tutela dei diritti dei consumatori. Sicché è nelle aule dei Tribunali e nelle affollate udienze di merito, che la *coraggiosa* resistenza costituzionale del consumatore deve (avere la fortuna di) incrociare l'altrettanto *coraggiosa* sensibilità costituzionale dei giudici *a quibus*, capace di sostenere il difficile impegno professionale della stesura dell'ordinanza di rimessione al giudizio della Consulta; prospettiva, questa, che presuppone un capitale umano non sempre a disposizione. E così, per inciso, viene in mente l'amara riflessione di Mario Bertolissi a proposito degli esiti forensi derivanti dall'avvento di un'intelligenza artificiale già incipiente: "nell'illustrare il divenire di talune professioni liberali: in primis, dell'avvocatura, ci si sofferma sugli studi internazionali, che si occupano di transazioni planetarie, dimenticando che, i più, sono altri; vale a dire, i milioni e milioni di persone, che avranno bisogno di un avvocato qualunque, che ha avuto come maestri Demostene e Cicerone, non un avvocato d'affari. È in atto la commedia degli equivoci, che è ostile – ove si guardi oltre l'apparenza –, innanzi tutto, alla Costituzione" [28].

2. "Chi ha avuto, ha avuto, ha avuto; chi ha dato, ha dato, ha dato": la legge di Bilancio 2018 (L. n. 295 del 27 dicembre 2017, art. 1, commi 4 e 10), il nuovo regime della prescrizione biennale dei conguagli ritardati e la questione della imprescrittibilità dei crediti pregressi, già fatturati (illecitamente) e ancora pendenti

Emblematico delle contraddizioni rilevate è il caso preso in considerazione. *Banalmente* (nel senso *harendtiano* del termine) la vicenda è sempre la solita: forti delle *maglie larghe* delle garanzie codicistiche, gli operatori energetici e idrici avevano inaugurato una pratica commerciale gravemente lesiva dei diritti del consumatore, lucrandone i vantaggi per lungo tempo nella colpevole latitanza degli organi di controllo e di garanzia. Un simile *Bengodi* commerciale, tuttavia, non sarebbe potuto durare all'infinito, sicché finalmente è intervenuto il Legislatore a regolare il tutto. Il guaio però è che detto intervento è stato inadeguato, proiettandosi solo verso il futuro e non anche verso le pendenze del passato; è stato

[27] G.M. LOMBARDI, *Potere privato*, cit., 100 (corsivo testuale).
[28] M. BERTOLISSI, *Costituzione, persona, dignità: tre parole-chiave del lessico giuridico di Lorenza Carlassare*, in *Lo Stato*, n. 19/2022, 322.

improntato a scongiurare prossime storture e non anche a regolarizzare quelle trascorse e ancora azionabili; in altri termini, è stato modellato alla nota massima napoletana per la quale "*chi ha avuto, ha avuto, ha avuto; chi ha dato, ha dato, ha dato*".

E così i prenditori hanno potuto continuare ad agire indisturbati, a pretendere quanto maturato (illecitamente) a loro favore e a fare *man bassa* del legittimo affidamento dei consumatori.

Venendo al dettaglio, la legge di Bilancio 2018 (L. 27 dicembre 2017, n. 205) è intervenuta per limitare la portata della prassi dei *conguagli pluriennali* e delle c.d. *maxi-bollette* di conguaglio nei settori di luce, acqua e gas. Si è occupata del rapporto privatistico fra consumatori e gestori di beni e servizi, regolandone e modificandone le condizioni in nome del ruolo di controllo riconosciuto allo Stato specialmente nell'ambito dei servizi pubblici essenziali; in tal senso, per inciso, non si è mossa nella sola prospettiva del secondo comma dell'art. 41 Cost., ma anche del terzo comma dello stesso articolo e della funzione regolatoria della normazione a esso sottesa [29].

La legge, più precisamente, ha introdotto il nuovo regime della prescrizione biennale - c.d. prescrizione breve - per i crediti vantati dagli operatori energetici e idrici in ordine ai consumi pregressi. E tuttavia, nel restringere i tradizionali margini codicistici di autonomia contrattuale, essa ha assunto una soluzione contraddittoria: certamente orientata verso le finalità sancite dal Codice di Consumo, ma con una delimitazione temporale destinata a salvaguardare i crediti pregressi già fatturati (illecitamente) e ancora pendenti.

Sicché, per un verso, ha sancito la regola generale secondo cui "*Nei contratti di fornitura di energia elettrica e gas il diritto al corrispettivo si prescrive in due anni, sia nei rapporti tra gli utenti domestici o le microimprese* […], *o i professionisti […] e il venditore, sia nei rapporti tra il distributore e il venditore, sia in quelli con l'operatore del trasporto e con gli altri soggetti della filiera. Nei contratti di fornitura del servizio idrico, relativi alle categorie di cui al primo periodo, il diritto al corrispettivo si prescrive in due anni*" (art. 1, comma 4); per altro verso, tuttavia, ha introdotto un'eccezione temporale, che limita l'applicazione dell'innovazione soltanto alle "*fatture la cui scadenza è successiva: a) per il settore elettrico, al 1° marzo 2018; b) per il settore del gas, al 1° gennaio 2019; c) per il settore idrico, al 1° gennaio 2020*" (art. 1, comma 10).

In altri termini, l'operatività del nuovo regime non è stata riferita a *tutte* le fatture di consumo ancora pendenti, con una conseguente limitazione *ex tunc* della prassi dei *conguagli pluriennali* e delle *maxi-bollette* di conguaglio; per contro, è stata riferita alle sole fatture aventi scadenza variamente successiva alla pubblicazione della legge, con una limitazione *ex nunc* della medesima prassi.

[29] Nel caso in oggetto la legge di Bilancio altro non ha fatto se non imporre (pur con le lacune di seguito rilevate) vincoli di natura sociale per contenere forme di abuso da parte dei poteri privati. Sulla funzione regolatoria e predeterminativa di fini anzitutto da parte della legge (e poi dalle fonti sublegislative) nei confronti di attività economiche e servizi, espressa dal terzo comma dell'art. 41 Cost., cfr. almeno U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 130-132 e A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, spec. 219-221.

In tal modo – come anticipato - è rimasta impregiudicata la possibilità degli operatori dei servizi pubblici di continuare a lucrare indisturbati i benefici di una pratica commerciale pur sempre contraria ai diritti del consumatore. Di qui, per l'appunto, le conseguenti resistenze giudiziarie ancora in cerca di un rinvio incidentale.

2.1. (segue): la precedente prassi dei conguagli pluriennali e delle c.d. maxi-bollette di conguaglio

La valenza del nuovo regime della prescrizione breve risulta meglio comprensibile alla luce della pratica commerciale oggetto delle relative restrizioni.

Si tratta di una pratica gravemente stigmatizzata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato [30]. Questa ha contestato la legittimità di un regime commerciale delle forniture dei servizi pubblici "caratterizzato da frequente fatturazione tardiva e/o rettifica dei consumi accompagnata dall'addebito di importi significativi"; tale da rendere i consumatori "gravemente penalizzati anche nella possibilità di controllare i propri consumi e pianificare la spesa correlata". Ciò in palese violazione degli obblighi contrattuali inerenti al rapporto di consumo fra la Società di vendita e relativi clienti, destinati invece a obbligare il venditore "a relazionarsi con i clienti secondo la «diligenza professionale» prescritta dal Codice del Consumo, in osservanza dei principi codicistici di correttezza e buona fede".

La forza semantica della terminologia impiegata dall'Autorità è significativa. L'Antitrust ha qualificato detta prassi come *grave*; ha definito i relativi effetti come *gravemente penalizzanti* i consumatori, in quanto impossibilitati a *controllare* i consumi e *pianificare* la spesa correlata; ha giudicato la scelta commerciale perseguita dagli operatori come lesiva dei *principi codicistici di correttezza e buona fede*, in quanto destinata a ingenerare negli utenti *addebiti assai ingenti*.

Apprezzamenti ancora più radicali sono stati espressi dalla medesima Autorità nel corso di un'audizione parlamentare sul tema. Facendo riferimento alla prassi delle *maxi-bollette* di conguaglio, essa ha rimarcato la necessità di scongiurare "il reiterarsi di violazioni dei requisiti di correttezza e buona fede da parte di alcuni operatori nell'emissioni di fatture di conguaglio con addebito di ricalcoli pluriennali opache e mal comunicate in danno degli utenti" [31]. Anche in tal caso è significativo il richiamo all'*opacità* di fatture congegnate *in malam partem* con la tecnica del conguaglio pluriennale.

---

[30] Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, adunanza del 22 dicembre 2020, PS11564 - ENEL/SEN-PRESCRIZIONE BIENNALE, *Provvedimento n. 28509*, spec. § 80 e 87, in https://agcm.it/dotcmsCustom/tc/2026/1/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12560D000291394/0/D09EF4E9F644EDC1C12586680050831A/$File/p28509.pdf

[31] Senato della Repubblica, X Commissione, Audizione del Cons. E. Quaranta, 9 luglio 2020, Atto n. 397 - *Affare sulla razionalizzazione, la trasparenza e la struttura di costo del mercato elettrico e sugli effetti in bolletta in capo agli utenti*, in https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/167/201/2020_07_09_Autorità_garante_concorrenza_e_mercato.pdf

Ed effettivamente, la prassi in contestazione integrava quella pratica commerciale aggressiva già sanzionata dal Codice di Consumo (art 24) [32]. Oltre a infliggere all'utente i danni economici derivanti dal "*blocco di fatturazione*" e dal "*ritardo di conguaglio*", essa ne condizionava la libera determinazione. Alterava la libera capacità di valutazione dell'utente, condizionandone le determinazioni con l'implicita minaccia del distacco del servizio pubblico a seguito dell'inserimento nella fattura dell'intimazione di pagamento immediato della somma a conguaglio. Non si trattava, insomma, della mera *scorrettezza* commerciale tipica delle altre tipologie di pratiche (artt. 20 e ss.), bensì della più grave *aggressività* di una "*condotta illecita*" destinata ad alterare le precedenti condizioni contrattuali; una condotta capace di "offendere in maniera particolarmente grave l'individualità [del consumatore] indipendentemente dal pregiudizio patrimoniale patito" [33].

Di qui, per l'appunto, il successivo intervento legislativo intenzionato a "*neutralizzare/ridurre*" una prassi "*che generava addebiti assai ingenti per gli utenti a fronte dell'inerzia dei Distributori nell'attività di misurazione dei consumi*" [34].

2.2. (segue): il nuovo regime della prescrizione biennale dei conguagli ritardati posto a "tutela rafforzata" del legittimo affidamento

La rilevanza dell'innovazione introdotta dalla legge di Bilancio 2018 è stata prontamente colta dall'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente. Questa ha considerato positivamente l'iniziativa di fornire al cliente finale una "*tutela rafforzata*", consistente nella "possibilità […] di eccepire la prescrizione del diritto al corrispettivo oggetto di fatture riferite a consumi risalenti a più di due anni". Ciò sul presupposto che la diffusione del "mercato liberalizzato" rende "auspicabile che il cliente finale abbia piena coscienza dei propri diritti e delle modalità con cui esercitarli e al contempo, sia in grado di valutare la sua posizione contrattuale nei confronti del venditore e possedere tutti gli strumenti per usufruire in maniera tempestiva di eventuali opportunità introdotte da innovazioni legislative". In tal senso ha convenuto sulla scelta legislativa di "potenziare la posizione contrattuale" del consumatore,

[32] Art. 24 (Pratiche commerciali aggressive): "*1. È considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso*".

[33] R. CALVO e I. RIVA, *Art. 24*, in E. CAPOBIANCO, L. MEZZASOMA, G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice del Consumo*, cit., spec. 104. È un dato acquisito che le pratiche scorrette siano sanzionate in virtù della loro capacità d'incidere su interessi seriali dei consumatori e, mediatamente, sull'interesse ordinamentale al "corretto funzionamento della macchina economica": così, tra molti, A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, E.S.I., Napoli, 2012, 198.

[34] A.G.C.M., 22 dicembre 2020, cit., 87.

assicurandogli la crescita come soggetto "consapevole […] informato e partecipe nel mercato medesimo"[35].

In pari modo ha rimarcato il giudice di merito. Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere ha riconosciuto "il *diritto* dei consumatori-utenti di eccepire la prescrizione [biennale]", sul presupposto che "il legislatore ha voluto richiamare i gestori ad un corretto e tempestivo comportamento nella fatturazione dei pagamenti richiesti ai consumatori" [36].

Ed effettivamente il merito della legge è consistito nell'avere fissato un punto di equilibrio e di bilanciamento fra gli opposti interessi: quello del gestore dei servizi, di fatturare in modo eventualmente intempestivo e a seconda delle proprie esigenze di organizzazione commerciale; quello del consumatore, di non soggiacere a fatture *opache* e *gravemente penalizzanti*. Il periodo biennale di ritardo nella fatturazione, per tale via, è stato considerato quale soglia temporale massima del legittimo contemperamento fra i due opposti, oltre la quale ritenere illegittimo ogni ulteriore restrizione del legittimo affidamento del consumatore; ciò a dimostrazione di come l'affidamento sussista solo e nella misura in cui sia ritenuto meritevole di tutela dall'ordinamento [37].

Il rilievo è essenziale e deve essere compreso nelle sue implicazioni.

In via generale, come noto, la tutela del legittimo affidamento rappresenta uno dei principali ambiti di applicazione del principio di buona fede, a sua volta inteso quale regola di condotta ispirata ai canoni di lealtà e correttezza nei rapporti giuridici. Essa salvaguarda quelle situazioni giuridiche consolidatesi per effetto di atti idonei a generare un'aspettativa nel destinatario e a determinare una posizione di vantaggio nella parte agente; protegge l'aspettativa originata dall'altrui comportamento, garantendo che i successivi comportamenti siano coerenti e compatibili con il precedente.

Sul piano costituzionale, la salvaguardia di una tale aspettativa è stata valutata soprattutto nella dimensione verticale del confronto fra interesse pubblico e interesse privato, a vantaggio della stabilità del trattamento giuridico da riservare all'interessato nel caso di un'eventuale decisione del potere pubblico peggiorativa della situazione coinvolta. Il principio di legittimo affidamento, in tal senso, è stato considerato quale

[35] AUTORITÀ DI REGOLAZIONE PER ENERGIA RETI E AMBIENTE, *Prescrizione per fatturazione di importi riferiti a consumi risalenti a più di due anni: strumenti di rafforzamento delle tutele a vantaggio dei clienti finali (ambito soggettivo di applicazione, obblighi informativi dei venditori e gestione reclami)*. Documento per la consultazione, 408/2018/R/COM, 26 luglio 2018, in https://www.arera.it/allegati/docs/18/408-18.pdf, spec. par. nn. 2.13 e 3.2; si v. inoltre ID., *Attuazione urgente delle disposizioni della legge 205/2017 in materia di fatturazione e misura nel mercato al dettaglio dell'energia elettrica e avvio di procedimento per la completa attuazione delle suddette disposizioni nei settori dell'energia elettrica e del gas naturale*. Deliberazione 22 febbraio 2018, 97/2018/r/com, in https://www.arera.it/allegati/docs/18/097-18.pdf.

[36] Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, sent. n. 1282/2023, 1-4-2003 (corsivo non testuale).

[37] R. MUSONE, *Il fondamento costituzionale del principio di buona fede nel diritto amministrativo alla luce dell'evoluzione dottrinale*, in *Federalismi.it*, n. 24/2023, 3; A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, n. 2, 6 ss., 7, nt. 1.

"grande frontiera operativa" della certezza del diritto [38] ed è stato riferito a un autonomo fondamento costituzionale [39] variamente rinvenuto: nel dovere di solidarietà (art. 2 Cost.) e nel connesso principio del *neminem laedere* [40]; nel principio personalistico e nel rispetto della dignità della persona [41]; ovvero, secondo l'indirizzo prescelto dalla giurisprudenza costituzionale [42], nel principio generale di ragionevolezza delle leggi (art. 3, comma 1, Cost.) e in quello dello Stato di diritto [43]. Ecco perché, come ha rilevato Massimo Luciani, "Ogni colpo inferto alla certezza e all'affidamento deve essere inteso come una violazione – oltre che dei principi dello Stato di diritto – dello stesso patto fondativo che ha dato vita allo Stato quale forma giuridico-politica di una comunità di esseri umani, patto radicato" [44].

Sul piano civile, di rimando, la salvaguardia del legittimo affidamento, pur riconducibile al tradizionale strumentario codicistico antecedente alle solenni enunciazioni costituzionali, è da contestualizzare nella recente tendenza alla *costituzionalizzazione del diritto dei contratti*; è da considerare alla luce del riconoscimento della *funzione sociale* dell'accordo negoziale, del ruolo strategico delle clausole generali, del dovere di correttezza e del principio di buona fede oggettiva in sede contrattuale e di esecuzione come cartine di tornasole nell'opera di riequilibrio delle poste negoziali [45].

Già in linea generale, dunque, il principio di legittimo affidamento impone che anche in sede contrattuale la sfera prescrittiva del sinallagma sia interamente e facilmente conoscibile dall'utente, così da consentire a quest'ultimo di potersi regolare con scienza e coscienza in merito alle proprie scelte. Come insegnava Rodolfo Sacco, una qualunque "situazione di fatto o di diritto è inoperante, se non è nota" alla parte

---

[38] A. PREDIERI, *Certezza e innovazione*, in AA.VV., *La certezza del diritto. Un valore da ritrovare*, Atti del convegno di Firenze, 2-3 ottobre 1992, Giuffrè, Milano, 1993, 36

[39] Diversamente si v. tuttavia: F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «trenta» all' «alternanza»*, Giuffré, Milano, 2001, 13; F.F. PAGANO, *Il principio di affidamento nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, in *Gruppo di Pisa*, n. 3/2014, 7 ss.

[40] F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995, 117, ma già S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto* (1969), Giuffré, Milano, rist. integrata, 2004, 171 ss., oltreché G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo* (1961), ora in ID., *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Giuffré, Milano, 1962, II, 144.

[41] S. TORRICELLI, *Le modifiche retroattive* in peius *della normativa pensionistica: il limite dell'affidamento*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/1998, spec. 808 ss.

[42] C. cost., n. 108/2019, § 5 del *considerato in diritto* "[…] ritenuto principio connaturato allo Stato di diritto, trova copertura costituzionale nell'art. 3 Cost., ed è da considerarsi ricaduta e declinazione "soggettiva" dell'indispensabile carattere di coerenza di un ordinamento giuridico, quale manifestazione del valore della certezza del diritto". In senso analogo sentenze n. 188 e 136 del 2022, n. 241 del 2019, n. 73 del 2017, n. 170 e n. 160 del 2013.

[43] P. CARNEVALE, *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento italiano. Piccolo* divertissement *su alcune questioni di natura definitoria*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, III, 1927 sss; ID., *Legge di interpretazione autentica, tutela dell'affidamento e vincolo rispetto alla giurisdizione, ovvero del "tributo" pagato dal legislatore-interprete "in materia tributaria" al principio di salvaguardia dell'interpretazione "plausibile"*, in *Giur. it.*, 2001, 2415 ss.; M. LUCIANI, *Il dissolvimento della nozione di retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica,* (prima parte), in *Giur. it.,* 2007, 1838.

[44] M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Giuffré Francis Lefebvre, Milano, 2023, 54.

[45] Su cui da ultimo S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Autonomia negoziale e riequilibrio delle asimmetrie*, cit., spec. 31.

astrattamente obbligata. Le norme sull'affidamento, infatti, valgono a proteggere "l'interesse di un certo soggetto a che l'effetto delle situazioni giuridiche e di fatto si produca sempre e solo quando egli conosce, o quando egli erroneamente immagina come esistenti, tali situazioni giuridiche e di fatto, o, in subordine, quando gli è stato possibile conoscere il vero stato delle cose mediante opportuni indici esterni e mediante la propria diligenza" [46]. La mancata conoscibilità della sfera sinallagmatica, pertanto, prospetta un dato patologico che di per sé tocca l'essenza stessa del fenomeno negoziale, inteso quale libero e consapevole esercizio del potere normativo privato [47].

La tutela ha trovato ulteriori ragioni di sostegno giurisprudenziale specialmente sulla scorta dell'inquadramento del principio generale della buona fede nell'alveo del dovere di solidarietà (art. 2, Cost.). L'ancoraggio dell'uno nell'altro ha portato a riconoscere alla buona fede una funzione integrativa dell'assetto negoziale. E ciò sia in generale, con riguardo al dovere di lealtà e correttezza, sia nello specifico, con riguardo al dovere di salvaguardia, il quale a sua volta impone alle parti del rapporto di agire in modo tale da "salvaguardare l'utilità della controparte compatibilmente con il proprio interesse e con l'interesse per il quale il potere gli è stato conferito" [48].

Di qui, due conseguenze essenziali per la comprensione del caso in questione: per un verso, l'autonomia negoziale non può esentare il contraente dal dovere di collaborare con la controparte a garanzia della soddisfazione del relativo interesse; per altro verso, l'attività del giudice non solamente deve essere volta all'accertamento della condotta contraria al dovere di buona fede, ma deve essere orientata a un intervento modificativo o integrativo del regolamento negoziale, finalizzato a ricondurne il contenuto al giusto equilibrio tra gli interessi delle parti [49].

Per analogia, infine, il rilievo trova conferma nei recentissimi sviluppi giurisprudenziali in materia di negoziazione in derivati finanziari. Perfino in questo settore, dove la regola del dare e dell'avere è

---

[46] R. SACCO, voce *Affidamento*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1958, 664. Sul principio dell'affidamento, inteso come tecnica di cui l'ordinamento si serve per coniugare certezza degli scambi ed eguaglianza dei contraenti, attenuando gli effetti della concentrazione del potere economico, nella letteratura civilistica sono classici: A. FALZEA, voce *Apparenza*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1958, 682 ss.; S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1959, 464 ss.; utili indicazioni anche in P. RESCIGNO, *Introduzione al Codice civile*, 7ª ed., Laterza, Roma-Bari, 2001, 31.

[47] Da tale punto di vista, per inciso, v'è spazio anche per dubitare che il principio di democraticità, operante in ambito contrattuale, sia compatibile con il vincolo nascente da quei contratti, ai quali l'utente aderisce senza poter prevedere il costo dell'effettivo servizio, o anche l'inizio delle relative obbligazioni. Il dubbio postula un'autonoma valutazione di legittimità, che si appunta direttamente sul principio secondo cui nessuno può essere vincolato da una regola privata "alla quale non abbia acconsentito". Si v. al riguardo R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, E.S.I., Napoli, 2003, 67, il quale, spostando l'accento "da un generico principio di libertà a quello di democrazia", sposta specularmente il relativo sindacato "dalla mera esistenza formale alla *effettività* del consenso, quale condizione di legittimità delle regole private".

[48] Cass. civ., I, 18 luglio 1989, n. 3362. Sui timori di una progressiva erosione dei canoni della certezza del diritto e della prevedibilità delle decisioni ad opera di un simile orientamento, si v. E. CREMONA, *I poteri privati*, cit., 88 ss. ed *ivi* i riferimenti alle diverse posizioni della dottrina.

[49] E. ZAMPETTI, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffré, Milano, II ed., 2017, 177.

governata da indici puramente probabilistici ed esterni al rapporto, si fa strada l'idea che la conoscenza del *valore ipotetico* che il contratto finanziario potrebbe avere nel tempo (sulla base dei c.dd. scenari probabilistici) integri un elemento essenziale del contratto, dalla cui mancata indicazione discende la nullità del contratto ora per mancanza di causa, ora per indeterminabilità dell'oggetto [50]. Come pure e in una diversa prospettiva, si fa strada l'idea che la razionalità del "perimetro" dell'alea, ossia l'oggettiva conoscibilità *ex ante* del grado di rischio assunto in capo al cliente, rappresenti una condizione indispensabile per vagliare la funzione socioeconomica dell'operazione [51] ed effettuare il necessario controllo di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti *ex* art. 1322 c.c. [52]. Di qui, la conclusione delle Sezioni Unite nel senso della nullità del contratto privo degli elementi informativi volti a consentire al cliente di conoscere i parametri di calcolo indispensabili per valutare rischi e costi a suo carico [53]. E tuttavia, se la prospettiva è quella che nega la possibilità di "negoziare al buio", non è pensabile che un simile divieto valga solo per i derivati finanziari e non anche per le forniture di servizi pubblici essenziali. Anche per tale via, in definitiva, trova implicita conferma la lucida riflessione di Giorgio Lombardi sulla necessità di spingere il momento sostanziale delle garanzie del rapporto fra potere privato e singolo "oltre alle ipotesi previste dal codice civile, ai fini, ad esempio, della individuazione delle cause di invalidità o di illiceità dei comportamenti privati" [54].

2.3. (segue): l'eccezione temporale alla regola generale della prescrizione biennale del conguaglio ritardato: violazione dei principi del legittimo affidamento, ragionevolezza e coerenza dell'ordinamento giuridico

[50] Nella giurisprudenza di merito: App. Milano, 25 settembre 2018, n. 4242, in *Contratti*, 2019, 139 ss.; Trib. Bologna, 3 luglio 2018, n. 2042, in *dirittobancario.it*.

[51] Anche nella dottrina civilistica è viva la consapevolezza che i disastri sociali prodotti dalla finanziarizzazione dell'economia, dalla quale originano le crisi d'inizio millennio, siano intellegibili soltanto alla luce della "progressiva eclisse degli strumenti di controllo sostanziale, che hanno investito dapprima la 'socialità' del contratto, poi la sua 'funzione economico-individuale' e, da ultimo, finanche la stessa 'razionalità' del singolo atto di scambio": così C. MIGNONE, *Finanziarizzazione del welfare e funzione degli atti di autonomia*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 571; nonché, con diversità di accenti, M. FRANCESCA, *Inclusione finanziaria e modelli discriminatori*, in EAD. e C. MIGNONE (a cura di), *Finanza di impatto sociale. Strumenti, interessi, scenari attuativi*, Napoli, 2020, 211 ss.

[52] Fa ordine nell'ampio contenzioso originato dalla sciagurata parabola dei derivati speculativi: S. POLIDORI, *Investimento ad alto rischio e tutela del cliente: nullità per immeritevolezza della causa dell'operazione*, in *Foro nap.*, 2015, p. 523 ss., ove si sostiene che la nullità per immeritevolezza, oltre a percorrere "un sentiero più piano" a paragone delle "sabbie mobili" dei doveri informativi, rappresenta il "giusto rimedio" a fronte di una contrattazione che "impatta su larga scala" con operazioni di ingegneria finanziaria "totalmente inidonee ad attuare le direttive costituzionali orientate verso la tutela del risparmio". Sul ruolo dell'art. 47 cost. nel giudizio di meritevolezza v. anche G. BERTI DE MARINIS, *L'«incostituzionalità» del contratto immeritevole*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, II, 563 ss. In giurisprudenza, sono tappe significative: Cass. 31 luglio 2017, n. 19013, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, I, 9 ss.; Cass., 28 luglio 2017, n. 18781, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, II, 1 ss.

[53] Cass., Sez. Un., 12 maggio 2020, n. 8770, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2021, I, p. 60 ss.

[54] G.M. LOMBARDI, *Potere privato*, cit., 114 (corsivo testuale).

Delineata la coerenza sistematica delle ragioni sottese alla regola generale della prescrizione breve del conguaglio ritardato, risultano incomprensibili le ragioni fondanti la delimitazione temporale della relativa applicabilità. L'avere riferito l'operatività dell'innovazione solamente alle fatture aventi una scadenza successiva alla pubblicazione della legge (art. 1, comma 10), anziché a tutte le fatture ancora pendenti (con una conseguente limitazione *ex nunc*, anziché *ex tunc* della prassi delle c.d. *maxi-bollette* di conguaglio), confligge con il tipo di bilanciamento legislativo fra gli opposti interessi coinvolti (quello lucrativo dell'operatore e quello dell'affidamento del consumatore); contrasta con i principi di ragionevolezza e di tutela del legittimo affidamento.

È vero che detto ultimo principio non opera "in termini assoluti e inderogabili", bensì relativi e sottoposti al normale bilanciamento proprio di tutti i diritti e valori costituzionali; di talché, anche nel caso della disciplina dei rapporti aventi per oggetto diritti soggettivi perfetti, la concreta misura della relativa restrizione è rimessa all'ampia discrezionalità legislativa [55].

E tuttavia, è pur vero che una tale discrezionalità non è incondizionata e illimitata, così da consentire di frustrare l'affidamento dei consumatori a discapito dei principi di coerenza dell'ordinamento e di certezza del diritto. Al contrario, essa è vincolata in relazione alla natura propria dell'autonomia contrattuale, la quale può essere incisa dai principi costituzionali non direttamente, bensì con la mediazione della legge e nella misura specificata dalla stessa. La discrezionalità legislativa, per tale via, resta vincolata tanto ai valori costituzionali ("ogni limite posto all'autonomia contrattuale è legittimo solo se preordinato al raggiungimento degli scopi previsti o consentiti dalla Costituzione") [56], quanto al principio di ragionevolezza, cioè di congruità e di proporzione allo scopo [57]. Essa è da parametrare agli appositi indici rivelatori indicati dalla giurisprudenza costituzionale, quali: a) la permanenza nel tempo di un determinato assetto regolatorio formale e sostanziale; b) il grado di consolidamento della situazione soggettiva di affidamento riconosciuta; c) il contesto sostanziale atto a far sorgere nel destinatario una ragionevole fiducia nel suo mantenimento [58].

Proprio tali indici rivelatori, tuttavia, risultano violati dalla delimitazione temporale in questione. Permanendo la delimitazione temporale dell'applicabilità del nuovo regime, infatti, divengono inevitabili le relative conseguenze.

a) Quanto al tempo riconosciuto agli operatori per ritardare legittimamente la fatturazione dei crediti pregressi, una volta esclusa dalla legge un'apposita soglia, esso resta illimitato. Di conseguenza, resta

[55] C. cost., n. 188/2022, § 4 del *considerato in diritto*, ma già sentenze n. 89 del 2018 e n. 56 del 2015.
[56] C. cost., n. 30/1965, § 2 del *considerato in diritto*.
[57] L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., 4.
[58] C. cost., n. 169/2022, § 12 del *considerato in diritto* e n. 108/2019, § 7 del *considerato in diritto*.

altresì impregiudicata la corrispondente pretesa degli operatori di continuare a lucrare i benefici economici ancora pendenti di una pratica commerciale non più indiscriminata.

b) Quanto al grado di consolidamento della situazione soggettiva del destinatario, esso è reso irrilevante dal riconoscimento all'operatore energetico dell'illimitata disponibilità temporale della propria pretesa creditoria. Di conseguenza, la situazione di legittimo affidamento del consumatore continua a risultare degradata nell'opposta situazione d'indebita aleatorietà e di mera soggezione del medesimo consumatore verso la situazione di vantaggio dell'operatore.

c) Quanto al contesto sostanziale atto a far sorgere nel destinatario una ragionevole fiducia nel suo mantenimento, esso è parimenti ignorato. Ciò a definitiva conferma dell'incontrastabile posizione di vantaggio derivata all'operatore dall'assenza di una delimitazione cronologica dell'operatività della prescrizione biennale per i crediti energetici.

Il tutto è aggravato da un'ulteriore considerazione sul piano della ragionevolezza. La contemporanea vigenza della regola generale della prescrizione breve e della relativa eccezione temporale determina un trattamento diverso per situazioni eguali. Consente che a seconda della data di emissione della fattura a debito, antecedente o successiva alla pubblicazione della legge, il medesimo rapporto di credito assoggetti il consumatore a un differente (e opposto) regime giuridico: vessatorio, nel primo caso; di "*tutela rafforzata*", nel secondo.

L'irragionevolezza registrata trova ulteriori conferme sul piano del necessario rispetto del principio di coerenza dell'ordinamento giuridico.

Per un verso, sul piano della coerenza interna alla legge di Bilancio 2018, occorre rimarcarne la violazione; e ciò atteso il ravvisato contrasto fra lo scopo legislativo perseguito (certezza dei rapporti giuridici pendenti e bilanciamento fra gli opposti interessi coinvolti), lo strumento prescrittivo utilizzato (limitazione dell'impiego della prescrizione biennale solamente ai crediti di successiva fatturazione) e l'opposto risultato conseguito (violazione del legittimo affidamento dell'utente)

Per altro verso, sul piano della coerenza esterna alla medesima legge, occorre ricordare la successiva modifica operata dalla legge di Bilancio del 2020 (L. 27 dicembre 2019, n. 160). Quella del 2018, infatti, aveva subordinato l'operatività del regime della prescrizione breve a un accertamento di ordine soggettivo, riguardante l'eventuale responsabilità dell'utente per la mancata o erronea rilevazione dei dati di consumo [59]. Così disponendo, tuttavia, aveva offerto all'Enel un comodo pretesto per aggirare la mannaia della prescrizione e per rigettare un numero spropositato di relative istanze (60.000-70.000 per

[59] L'art. 1, comma 5, della legge di Bilancio 2018, stabiliva: "*Le disposizioni di cui al comma 4* [regime prescrizione biennale] *non si applicano qualora la mancata o erronea rilevazione dei dati di consumo derivi da responsabilità accertata dell'utente*".

un ammontare complessivo di 1-5 milioni di euro) [60]. E così, allo scopo di venire incontro alle inevitabili contestazioni dei consumatori, il Legislatore del 2020 ha abrogato detta condizione di ordine soggettivo, senza però aggiungere alcuna delimitazione temporale [61]. Di conseguenza, ha esteso l'operatività della prescrizione breve a *tutti* gli utenti del servizio pubblico, indipendentemente dal relativo profilo soggettivo, riconoscendo l'applicabilità del nuovo regime a *tutte* le fatture aventi scadenza antecedente al 2020 (anno di riferimento della legge), ma successiva al 1° marzo 2018 (soglia di riferimento della precedente legge). Ciò, per l'appunto, a dimostrazione della legittimità di interventi legislativi retroattivi, purché rispondenti a esigenze ragionevoli.

2.4. (segue): la questione della retroattività della legge civile a tutela del legittimo affidamento

Si arriva così alla questione che ha segnato *al ribasso* la mediazione tra consumatori e gestori di beni e servizi nella vicenda legislativa rappresentata. Essa concerne il *Convitato di pietra* della scelta disposta dalla legge di Bilancio del 2018; dimostra quanto resti culturalmente imperante il retaggio dell'ordine delle fonti sancito delle preleggi del Codice civile, di ardua contestazione nelle aule del Tribunale e innanzi ai giudici *a quibus* (soprattutto se non togati); rende emblematico il caso rappresentato in quanto espressivo di un (pre)giudizio ancora radicato, tale da relegarne la soluzione in quelle *zone d'ombra* all'accesso della giustizia costituzionale non dichiarabili, né fondate, ma sempre incombenti sul piano materiale.

La questione è quella della retroattività della legge civile a tutela del legittimo affidamento. A ben vedere, proprio il (trascorso) principio dell'irretroattività della legge civile di cui all'art. 11 delle preleggi sembra porsi a tacita giustificazione della delimitazione temporale della regola generale della prescrizione breve dei conguagli ritardati.

E tuttavia, come insegna la costante giurisprudenza costituzionale, detto principio risulta vincolante solamente per la materia penale (art. 25, comma 2, Cost.); in tutte le altre materie, per contro, l'intervento retroattivo del Legislatore rimane legittimo, a condizione di essere fondato sull'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale [62]. Le leggi retroattive, per tale via, devono trovare "adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza attraverso un puntuale bilanciamento tra le ragioni che ne hanno motivato la previsione e i valori, costituzionalmente tutelati, al contempo potenzialmente lesi dall'efficacia a ritroso della norma adottata" [63]. Fra questi, inevitabilmente, rientra il legittimo affidamento del privato, la cui tutela resta condizionata al rispetto degli indici rivelatori della ragionevolezza delle

[60] AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Provvedimento n. 28509*, cit.
[61] L. 27 dicembre 2019, n. 160, art. 1, 295: "*Il comma 5 dell'articolo 1 della legge 27 dicembre 2017, n. 205, è abrogato*".
[62] P. CARNEVALE, *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento*, cit.; ID., *"…Al fuggir di giovinezza… nel doman s'ha più certezza". Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1999, 3652.
[63] C. cost., n. 108/2019, § 5 del *considerato in diritto.*

disposizioni sopravvenute all'assetto regolatorio originario. Il riferimento, ancora una volta, è alla permanenza nel tempo della diversa situazione sostanziale che si vuole riconosciuta, "sia per essersi protratta per un periodo sufficientemente lungo, sia per essere sorta in un contesto sostanziale atto a far sorgere nel destinatario una ragionevole fiducia nel suo mantenimento" [64].

La legge civile, in definitiva, non può tradire l'affidamento del privato in nessuna delle evenienze ipotizzabili, tanto più attese le tensioni sempre più stridenti fra poteri privati e consumatore; e ciò specialmente in considerazione della richiamata funzione di controllo della normazione, da intendere quale vincolo e strumento delle politiche pubbliche soprattutto nel settore dei servizi pubblici essenziali. In dinamiche come quelle rappresentate, piuttosto, occorre che la legge intervenga non solo per colmare lacune normative, o per restringere le tradizionali maglie larghe delle garanzie codicistiche variamente legittimanti prassi lesive dell'affidamento del privato; più ancora, occorre che un simile intervento possa essere anche retroattivo, così da sanare gli effetti ancora perduranti prodotti da simili prassi ai danni del consumatore. L'affidamento del privato, insomma, deve essere tutelato in via legislativa anche da una disciplina retroattiva rispondente ai richiamati indici rivelatori, pena l'irragionevolezza e la contrarietà ai principi coinvolti dal relativo diniego; diversamente esso sarebbe doppiamente beffato: prima, da una prassi commerciale lasciata consolidare indisturbata nel tempo; dopo, da un intervento legislativo non disposto a *eradicare* gli esiti ancora pendenti della propria trascorsa inerzia.

Per concludere, l'operatività retroattiva della prescrizione biennale del conguaglio ritardato, da riferire alle fatture aventi scadenza *anteriore* alla pubblicazione della legge, si rende costituzionalmente necessaria e legittima; sicché l'opposta delimitazione temporale è da considerare illegittima. La retroattività del nuovo regime vale a rendere certa, eguale per tutti i crediti pendenti e ragionevole la soglia di compressione della situazione soggettiva di affidamento del consumatore; ciò a beneficio del carattere di coerenza dell'ordinamento giuridico e del valore della certezza del diritto, dei quali il principio di tutela del legittimo affidamento rappresenta la declinazione "soggettiva".

Amareggia che simili considerazioni debbano continuare a essere affidate alla coraggiosa *resistenza* costituzionale del singolo consumatore.

[64] C. cost., n. 154/2017, § 4.4.2 del *considerato in diritto.*

Focus Lavoro, Persona, Tecnologia

«Transizione digitale», giustificato motivo oggettivo e art. 18 dello Statuto*

di Simone Auriemma
Dottore di ricerca in Impresa, Lavoro e Istituzioni
Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Abstract [It]: In questo saggio ci si interroga sui presupposti di legittimità dei licenziamenti correlati alla transizione digitale, nonché sulla disciplina delle tutele invocabili dai lavoratori licenziati illegittimamente. Particolare attenzione è dedicata al *repêchage* e alla sua dibattuta estensione agli aspetti formativi, ai criteri di scelta, nonché alle tutele previste dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori a seguito delle ultime pronunce della Corte Costituzionale. Un rilevante profilo di criticità che si rileva persistere attiene all'individuazione delle *altre ipotesi* d'illegittimità che darebbero luogo alla tutela indennitaria forte, tra le quali si ritiene debba essere ricompresa, non solo – come indicato dalla Consulta – la violazione dei criteri di scelta, ma anche la violazione dell'obbligo di *repêchage*. Un altro attiene all'esiguo tetto massimo dell'indennità risarcitoria oggi previsto per i lavoratori licenziati illegittimamente dai datori di piccole dimensioni; tetto che, in caso di persistente inerzia del legislatore, potrebbe essere dichiarato incostituzionale.

Title: *«Digital transition»*, objective justification and Article 18 of the Statute.
Abstract [En]: In this essay we question the assumptions of legitimacy of dismissals related to the digital transition, as well as the regulation of protections that can be invoked by workers unlawfully dismissed. Particular attention is dedicated to *repêchage* and to its debated extension to training aspects, selection criteria, as well as to the protections provided by art. 18 of the Workers' Statute following the latest rulings of the Constitutional Court. A relevant profile of criticality that is noted to persist concerns the identification of the other hypotheses of illegitimacy that would give rise to strong indemnity protection, among which it is believed should be included, not only – as indicated by the Constitutional Court – violation of the selection criteria, but also violation of the *repêchage* obligation. Another relates to the meager cap on the compensation allowance now provided for workers unlawfully dismissed by small employers; a cap that, if the legislature's inaction persists, could be declared unconstitutional.

Parole chiave: transizione digitale; giustificato motivo oggettivo; nesso di causalità; *repêchage*; obbligo di riqualificazione professionale; criteri di scelta; art. 18 dello Statuto dei lavoratori; tutele
Keywords: digital transition; objective justification for dismissal; causal link; *repêchage*; obligation of professional requalification; selection criteria; art. 18 of the Workers' Statute; protections

Sommario: 1. Transizione digitale e licenziamento. Premessa. **2.** La ragione posta a fondamento del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo nella transizione digitale. **3.** Il nesso di causalità fra ragione economico-organizzativa addotta e licenziamento individuale nella transizione digitale. **3.1.** Il nesso di causalità rispetto alle ragioni di tipo qualitativo. Il ruolo del *repêchage* e la sua dibattuta estensione agli aspetti formativi. **3.2.** Il nesso di causalità rispetto alle ragioni di tipo quantitativo. Il ruolo dei criteri di scelta e del *repêchage*. **4.** Il nesso di causalità nell'alternativa tra la tutela reale attenuata e la tutela indennitaria forte a seguito delle modifiche dell'art. 18 dello Statuto. Le distonie interpretative. **4.1.** Il nesso di causalità nell'alternativa tra la tutela reale attenuata e la tutela indennitaria forte a seguito delle pronunce d'incostituzionalità dell'art. 18 dello Statuto. Le questioni risolte e quelle ancora irrisolte. **5.** Considerazioni conclusive. I rimedi contro l'uso distorto della *«transizione digitale»* nelle imprese di grandi e piccole dimensioni.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Transizione digitale e licenziamento. Premessa

Accelerare il processo di transizione digitale delle imprese rappresenta uno degli obiettivi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. La prima missione del Piano è quella di dare impulso al rilancio della competitività e della produttività del Sistema Paese. A tal fine, un ruolo centrale è attribuito proprio alla digitalizzazione e all'innovazione tecnologica. Nell'ottica di ridurre i divari di tipo strutturale esistenti sul piano della competitività, produttività e digitalizzazione, una delle componenti della missione si pone lo specifico obiettivo di promuovere l'innovazione e la digitalizzazione del sistema produttivo attraverso incentivi degli investimenti in tecnologia, ricerca e sviluppo. Sono previsti interventi mirati in settori ad alto contenuto tecnologico in sinergia con le iniziative strategiche previste a livello europeo (tra cui le tecnologie satellitari) in grado di contribuire allo sviluppo di competenze distintive. Le piccole e medie imprese sono destinatarie di misure specifiche volte a favorire i processi di internazionalizzazione e lo sviluppo della competitività delle filiere industriali, con particolare attenzione a quelle più innovative e strategiche. Sono previsti altresì investimenti per garantire la copertura di tutto il territorio con reti a banda ultra-larga (fibra FTTH, FWA e 5G), indispensabili per consentire alle imprese di beneficiare in modo diffuso dei frutti della digitalizzazione[1].

L'auspicio è che la transizione digitale apporti rilevanti effetti positivi per la collettività senza eccessivi effetti negativi sulla vita delle singole persone. Lungi dal voler cadere nell'idea tecnofobica della *«fine del lavoro»*[2], è indubbio che la sempre maggiore diffusione del digitale sia suscettibile di comportare la scomparsa o la rarefazione di molti lavori non più al passo dei tempi. Per le persone coinvolte in tali processi, ciò si potrebbe tradurre in una loro riqualificazione professionale orientata all'acquisizione delle nuove competenze digitali richieste e, con essa, anche a un eventuale miglioramento della propria qualità della vita; ma potrebbe anche comportare una fuoriuscita definitiva dal mercato del lavoro legata ad una fisiologica incapacità di acquisire tali nuove competenze, ancor più per coloro che sono avanti con gli anni e che incolpevolmente soffrono di un marcato analfabetismo digitale.

1 PNRR, in particolare pag. 87 ss., scaricabile dal sito: https://www.italiadomani.gov.it/it/home.html.

2 Sulla possibilità di una disoccupazione cd. tecnologica si veda, in generale, J. RIFKIN, *La fine del lavoro*, Milano, 1995, pp. 116-123. Sulla disoccupazione generata dal cd. *"rischio di automazione"* si vedano i dati allarmanti mostrati da C. B. FREY, M. A. OSBORNE, *The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation?*, in *Technological Forecasting and Social Change*, 2017, p. 254 e ss., i cui autori, con un approccio più cauto, affermano tuttavia che, sebbene i dati dimostrino che il 47% delle professioni sia potenzialmente esposto all'automazione, tali dati non debbano essere interpretati nel senso che negli stessi termini aumenterà il tasso di disoccupazione.

Contra A. SALENTO, *Industria 4.0, imprese, lavoro. problemi interpretativi e prospettive*, in *Riv. giur. lav.*, 2, 2017, p. 191, secondo cui: *«[…] Le tecnologie, di per sé, non creano mercati né prosperità; non creano disoccupazione né disuguaglianze […]»*; nonché P. ICHINO, *L'intelligenza del lavoro. Quando sono i lavoratori a scegliersi l'imprenditore*, Milano, 2020, p. 39 ss.

La diffusione del digitale, e in particolare dei sistemi di intelligenza artificiale, potrebbe avere un impatto anche su lavori che fino a poco tempo fa sembravano potessero rimanere nell'esclusivo dominio umano[3]. Solo per fare qualche esempio, in un futuro non molto lontano avvocati e giudici potrebbero essere in parte sostituiti da sistemi di giustizia predittiva algoritmica[4]. La tecnologia *"generativa"* di *ChatGtp* e simili – in grado di simulare, pur con dei limiti, anche complesse attività cognitive – sta già dando prova di come quello descritto non sia affatto uno scenario distopico[5].

Considerate le inevitabili ricadute che presumibilmente la transizione digitale avrà sulla permanenza in vita di molti posti di lavoro, la disciplina limitativa dei licenziamenti difficilmente rimarrà indenne da contraccolpi. Interrogarsi sui presupposti di legittimità dei licenziamenti che trovano, e che sempre più troveranno, giustificazione in ragioni connesse alla transizione digitale è un'operazione alla quale non ci si può pertanto sottrarre. Così come non ci si può sottrarre dall'approfondimento della disciplina delle tutele invocabili dai lavoratori licenziati.

2. La ragione posta a fondamento del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo nella transizione digitale

Nella nozione di giustificato motivo oggettivo tratteggiata dall'art. 3 della legge n. 604 del 1966 vi rientrano le *«ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa»*.

3 Si osservino i dati forniti da M. LANE, M. WILLIAMS, S. BROECKE, *The impact of AI on the workplace: Main findings from the OECD AI surveys of employers and workers*, in *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*, No. 288, 2023, ove si evidenzia che l'impatto dell'uso dei sistemi di IA è differenziato per settore (si analizza il settore della finanza e quello manufatturiero). Il tratto comune in tutti i settori è la carenza di formazione dei lavoratori, vera chiave di volta per affrontare le sfide dell'automazione. Secondo le stime di Confartigianato, in Italia sono a rischio 8,4 milioni di lavoratori per effetto della diffusione dell'intelligenza artificiale: https://www.confartigianato.it/2023/08/lavoro-impatto-intelligenza-artificiale-su-84-mln-lavoratori-granelli-ia-va-guidata-da-intelligenza-artigiana/.

4 Tra i tanti contributi in materia di giustizia predittiva, si vedano, quantomeno, quelli di L. VIOLA, *Interpretazione della legge con modelli matematici. Processo, a.d.r., giustizia predittiva*, II ed., Diritto Avanzato, Milano, 2018; ID., *Giustizia predittiva*, in *Diritto on line*, Treccani, 2018; A.A.VV., *Giustizia predittiva e interpretazione della legge con modelli matematici*, in L. VIOLA (a cura di), Diritto Avanzato, Milano, 2019; E. RULLI, *Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici. Chi ha paura degli algoritmi?*, in *An. Giur. Eco.*, 2018, 2, p. 533 ss.; F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC*, 2020, 1, p. 415 ss.

5 Tra le prime sperimentazioni di giustizia predittiva in materia lavoristica, si segnala il progetto della Corte d'Appello di Brescia, su cui si veda la presentazione di C. CASTELLI, *Giustizia predittiva*, in *Questione Giustizia*, 08/02/2022 (il servizio offerto è usufruibile all'indirizzo: https://giustiziapredittiva.unibs.it/); nonché il progetto promosso dalla Corte d'Appello di Venezia in collaborazione con il Master in diritto del lavoro di Ca' Foscari, su cui si veda la presentazione di A. PERULLI, Habent sua sidera lites? *Brevi note su diritto del lavoro e* "giurisprudenza predittiva", in *Arg. Dir. Lav.*, 2021, 1, p. 839 ss.

Le tre espressioni non rappresentano l'una il sinonimo delle altre[6]. Tra le ragioni che ineriscono all'*attività produttiva* è ricompresa la scelta imprenditoriale di cessare l'attività totalmente[7] o parzialmente[8], di orientare la produzione verso determinati beni o secondo un certo quantitativo, nonché la decisione di ridurre l'organico per far fronte ad una situazione di crisi aziendale anche solo temporanea[9]. Attengono invece *all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa* le diverse vicende della ristrutturazione, della riconversione e della riorganizzazione aziendale[10].

6 Così M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli Editore, Milano, 1980, p. 285, secondo il quale, in particolare, *«affermare che una determinata ragione determinativa del licenziamento è contemporaneamente ascrivibile all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al funzionamento di essa, sta a significare che le tre distinte espressioni non hanno senso, essendo perfettamente intercambiabili [...]. Nell'interpretare le tre espressioni è, invece, necessario ipotizzare che ciascuna di esse assuma una funzione ben precisa, nel senso che le ragioni ascrivibili all'una non possono essere ascritte alle rimanenti: solo così l'interprete potrà ripercorrere con fedeltà il testo giustificando la scelta legislativa»*. L'approccio di una parte della giurisprudenza è invece quello di considerare la disposizione normativa come una formula riassuntiva che descrive i motivi del licenziamento unitariamente e indistintamente: tra le più recenti, v. Cass. 14 ottobre 2021, n. 28174; Cass. 15 gennaio 2019, n. 828, consultabili in *Banca Dati De Jure,* che si limitano a richiamare acriticamente la formula legislativa. In dottrina, rileva tale approccio della giurisprudenza, tra gli altri, O. MAZZOTTA, *L'estinzione del rapporto di lavoro. Artt. 2118-2119 e 2121*, Giuffré, Milano, 2023, p. 129-130; nonché M T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in F. GALGANO (diretto da), *Tratt. Dir. Comm. e Dir. Pubb. Ec.*, Cedam, Padova, 2005, p. 10. Per una ricostruzione di tale orientamento giurisprudenziale e delle sue diverse articolazioni, v. L. CALCATERRA, *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi*, in R. DE LUCA TAMAJO-F. BIANCHI D'URSO (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 49-51. S. VARVA, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 27 ss., ritiene che la distinzione non abbia implicazioni pratiche.

7 Per M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, *op. cit.*, p. 286-300, la cessazione dell'attività rappresenta una ragione attinente al *se* produrre e che, in tanto può costituire valida ragione di risoluzione del rapporto, in quanto risulti connotata dai caratteri dell'effettività e definitività, non rientrando nella fattispecie vicende attinenti al mutamento dell'impresa o al trasferimento dell'azienda. Così ragionando, peraltro, il semplice andamento negativo dell'impresa nel mercato non dovrebbe poter costituire un valido giustificato motivo di licenziamento, atteso che, a situazioni congiunturali, dovrebbe potersi rispondere solo con strumenti altrettanto congiunturali, come la sospensione dell'attività lavorativa e la riduzione dell'orario di lavoro: *«come la causa è temporanea, così l'effetto è modificativo e non risolutivo»*. Diversamente ragionando, d'altronde, si configurerebbe il rischio di un sindacato di merito da parte dell'Organo Giudicante, il quale si vedrebbe quasi costretto a valutare la correttezza della scelta imprenditoriale.

8 Per O. MAZZOTTA, *L'estinzione del rapporto di lavoro. Artt. 2118-2119 e 2121*, *op. cit.*, tra le ragioni inerenti all'attività produttiva è invece annoverabile anche la dismissione parziale.
9 Così O. MAZZOTTA, *L'estinzione del rapporto di lavoro. Artt. 2118-2119 e 2121*, *op. ult. cit.*, p. 131.
10 M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, *op. cit.*, p. 303-305, puntualizza che il legislatore si è voluto riferire, con l'espressione organizzazione del lavoro, al profilo statico-strutturale dell'organizzazione in sé considerata, a ragioni tecniche connesse con gli strumenti di lavoro; con l'espressione regolare funzionamento di essa, al profilo dinamico-funzionale dell'organizzazione del lavoro. L'A. precisa altresì che le tre situazioni possono di fatto coesistere e che, col termine ristrutturazione, ci si riferisce al *«mutamento della struttura dell'organizzazione del lavoro, necessario per effetto del progresso tecnico (macchinari, tecnologie)»*; col termine riconversione al *«mutamento dell'organizzazione del lavoro funzionalizzato al mutamento del prodotto»*; col termine riorganizzazione al *«mutamento del funzionamento dell'organizzazione aziendale, senza necessità di un mutamento degli strumenti necessari a produrre (modificazione nella utilizzazione degli impianti o del ciclo produttivo, ritmi di lavoro, ecc.)»* (pp. 306-319).

Le modifiche possono investire l'attività produttiva o l'organizzazione sotto il profilo materiale, ma anche la sola componente dell'organizzazione del personale[11].

Dalle menzionate ragioni può conseguire un fabbisogno occupazionale minore e, quindi, l'eventuale opzione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo di quei lavoratori che non trovino più sistemazione nell'ambito della realtà cessata, modificata, ristrutturata, riconvertita o riorganizzata.

La giurisprudenza ha chiarito in maniera oramai netta come la crisi aziendale non costituisca un presupposto fattuale necessario ai fini della configurabilità del giustificato motivo oggettivo[12], a meno che il datore di lavoro non abbia motivato il licenziamento adducendo l'esigenza di far fronte a situazioni economiche sfavorevoli[13].

L'imprenditore potrebbe scegliere di rendere la struttura organizzativa maggiormente efficiente e funzionale attraverso l'introduzione di nuove strumentazioni tecnologiche; oppure, per colmare le lacune digitali, in luogo di un modello accentrato e gerarchizzato, potrebbe optare per una scomposizione dell'impresa in segmenti da cedere a terzi specializzati sul fronte digitale; oppure ancora, potrebbe scorporare i compiti di un lavoratore privo delle necessarie competenze digitali verso soggetti esterni qualificati o essere altrimenti redistribuiti internamente tra il restante personale che invece ne risulta in possesso.

---

11 Così M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2005, p. 10 ss.

12 Cfr. Cass., 07 dicembre 2016, n. 25201, con commento adesivo di M. CORRIAS, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e interessi dell'imprenditore tra* «situazioni sfavorevoli», «risparmio dei costi» *e* «incremento dei profitti», in *Resp. Civ. Prev.*, 2017, 4, p. 1228 ss. In termini adesivi si sono espressi, tra gli altri, anche R. DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 19 ss.; M. PERSIANI, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e autorità del punto di vista giuridico*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2017, 1, p. 133 ss. C. COLOSIMO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in ID. (a cura di), *La cessazione del rapporto di lavoro*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2021, p. 139 ss. L'orientamento è oramai consolidato in giurisprudenza: Cass. 03 maggio 2017, n. 10699; Cass. 02 maggio 2018, n. 10435; Cass. 15 gennaio 2019, n. 828; Cass. 11 novembre 2019, n. 29101; Cass. 14 febbraio 2020, n. 3819; Cass. 20 luglio 2020, n. 15400; Cass. 04 marzo 2021, n. 6085; tutte consultabili in *Banca Dati De Jure*. Non sono mancate osservazioni critiche, come quelle mosse da: C. PONTERIO, *Il nuovo orientamento della Cassazione sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo,* in *Questione Giustizia on-line*, 08 febbraio 2017; ID., *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2017, 4-5, p. 864 ss.; A. PERULLI, *Giustificato motivo oggettivo, soppressione del posto e* "paradigma" *del diritto del lavoro*, in ID. (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 85 ss.; V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo:* extrema ratio *o* "normale" *licenziamento economico?, ivi*, p. 119 ss.; M. T. CARINCI, *L'obbligo di* "ripescaggio" *nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del* Jobs Act, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2017, 2, p. 203 ss.; G. ZAMPINI, *Licenziamento per g.m.o. e riorganizzazione del lavoro. Un'ipotesi di recesso* "ad nutum"*?*, in *Lav. Giur.*, 2016, 6, p. 582 ss.

13 Cfr. ancora Cass., 07 dicembre 2016, n. 25201, cit.; nonché, in termini, tra le tante, Cass. 5 dicembre 2016, n. 24803; Cass. 15 febbraio 2017, n. 4015; in *Banca Dati De Jure*. Si esprimono a favore di tale impostazione, C. COLOSIMO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, *op. cit.*, p. 149-151; M. T. CARINCI*, L'obbligo di "ripescaggio" nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del jobs act*, *op. cit.*, p. 213. Escludono invece la rilevanza delle finalità e dei motivi addotti, tra gli altri, C. ZOLI, *Il giustificato motivo oggettivo per ragioni organizzative nella recente giurisprudenza*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2020, 2, p. 243 ss.; A. MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: il* prius, *il* posterius *ed il nesso causale*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 61 ss.

Le rinnovate forme organizzative potrebbero comportare dei mutamenti della struttura dell'organizzazione del lavoro ovvero anche del suo funzionamento, cui potrebbe conseguire il licenziamento dei lavoratori che non trovassero più spazio nella modificata, sotto il profilo strutturale o funzionale, organizzazione del lavoro. In questi termini, il processo di transizione digitale ben potrebbe costituire un presupposto di legittimità del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo o, detto con altre parole, una ragione risolutiva che trova ancoraggio nell'art. 3 della legge n. 604 del 1966, oltreché la copertura dell'art. 41 della Costituzione[14].

3. Il nesso di causalità fra ragione economico-organizzativa addotta e licenziamento individuale nella transizione digitale

L'attuazione dei descritti processi d'innovazione non rappresenta di per sé in modo automatico il presupposto di legittimità del licenziamento. A tali mutamenti ben può conseguire un fabbisogno occupazionale diverso o minore, ma l'eventuale successivo atto di recesso, per poter costituire una ragione risolutiva fondata sull'art. 3 della legge n. 604 n. 1966, deve essere adottato nei confronti del lavoratore che non trovi più effettiva sistemazione nell'ambito della realtà diversamente organizzata per effetto della trasformazione digitale[15].

In altri termini, il nudo fatto materiale della modifica organizzativa legata alla transizione digitale non può assumere rilievo dirimente. Come ogni fatto addotto a giustificazione del licenziamento, anche il processo di digitalizzazione che investe le imprese può considerarsi una legittima ragione di risoluzione del rapporto di lavoro. In tanto però può considerarsi sussistente il fatto *"giuridico"* (nei termini del giuridicamente rilevante, ai sensi e per gli effetti dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966) della digitalizzazione di un servizio o di un'area, in quanto sia presente, da un lato, un effettivo processo di digitalizzazione, integrante una ragione inerente all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro o al suo regolare funzionamento, da cui consegua un fabbisogno occupazionale minore, nonché, dall'altro, il nesso di causalità tra detto processo di digitalizzazione e il licenziamento del lavoratore, o dei lavoratori, in eccedenza.

14 Cfr. L. NOGLER, *Licenziamenti individuali e principi costituzionali nell'epoca del bilanciamento tra i principi costituzionali*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 116/2007, 4, p. 598 ss.

15 È attuale il pensiero di M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, *op. cit.*, p. 315, secondo il quale: *«La riorganizzazione o la riconversione non costituiscono giustificato motivo di licenziamento nei confronti di ogni lavoratore, ma soltanto di quei lavoratori che non trovano posto nella nuova organizzazione del lavoro»*.

L'assenza di quest'ultimo elemento si riverbera sull'altro e determina, quindi, l'assenza del fatto giuridico addotto a giustificazione del recesso[16]. Trattandosi di due facce della stessa medaglia, solo il riscontro di entrambi gli elementi determina la sussistenza del fatto giuridico posto alla base del licenziamento individuale e, quindi, del giustificato motivo oggettivo.

Sulla constatazione che ai fini della configurabilità del giustificato motivo oggettivo di licenziamento debba sussistere il nesso di causalità fra la scelta imprenditoriale – in questo caso una misura organizzativa connessa alla transizione digitale – e il licenziamento vi è unanime consenso[17]. Il legislatore ha infatti causalmente ricollegato il licenziamento per giustificato motivo oggettivo – con l'espressione *«determinato da»* – a una delle tre ragioni tassativamente[18] previste dalla legge[19]. Rappresenta invece un aspetto controverso in che termini esso si articoli in concreto e si debba conseguentemente accertare.

3.1. Il nesso di causalità rispetto alle ragioni di tipo qualitativo. Il ruolo del *repêchage* e la sua dibattuta estensione agli aspetti formativi

16 Secondo M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, *op. cit.*, p. 19, 132-134, si può parlare di nesso casuale solo in senso figurativo, atteso che non ci si riferisce ad una consequenzialità di fatti, di tipo naturalistico, bensì fra decisioni, ossia fra atti di volontà.

17 Nella giurisprudenza, su tutte, Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201, cit. In dottrina, tra gli altri, G. PERA, *Relazione*, in AA.VV., *Il licenziamento nell'interesse dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 11 ss.; G. GIUGNI, *ivi*, p. 103; M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in G. MAZZONI e L. RIVA SANSEVERINO (diretto da), *Nuovo Tratt. Dir. Lav.*, II, Cedam, Padova, 1971, p. 687; M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, *op. cit.*, p. 315. M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, *op. cit.*, p. 19 ss.; ID. *L'obbligo di* "ripescaggio" *nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del* Jobs Act, *op. cit.*, p. 215; M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, Padova, terz. ed., 2006, p. 224; M. MARINELLI, *Insindacabilità delle scelte datoriali e giustificato motivo oggettivo,* in *Giureta*, 2009, 7, p. 21 ss.; U. GARGIULO, *Il licenziamento* "economico" *alla luce del novellato articolo 18*, in *Biblioteca "20 Maggio" CSDLE "Massimo D'Antona"*, 2014, 1, p. 204 ss.; M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 10, 71 ss., 246; B. CARUSO, *La fattispecie* "giustificato motivo oggettivo" *di licenziamento tra storie e attualità,* in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 10; R. DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, *ivi*, p. 28; A. MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: il* prius*, il* posterius *ed il nesso causale*, *ivi*, p. 65 ss.; M. MARAZZA, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e* "controllo di pretestuosità", *ivi*, p. 60. A. PERULLI, *Giustificato motivo oggettivo, soppressione del posto e* "paradigma" *del diritto del lavoro*, *ivi*, p. 87 ss.; V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo:* extrema ratio *o* "normale" *licenziamento economico?*, *ivi*, p. 153 ss.; A. VISCOMI, *Il licenziamento individuale per motivi economici: orientamenti giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in M. RUSCIANO-L. ZOPPOLI (a cura di), Jobs act *e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, in *Biblioteca "20 Maggio" CSDLE "Massimo D'Antona"*, 2022, p. 106-107; MAZZOTTA, *L'estinzione del rapporto di lavoro. Artt. 2118-2119 e 2121*, *op. cit.*, p. 128, 135-136. Anche nella prospettiva di P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *A. Cicu-F. Messineo, L. Mengoni* (diretto da), *Tratt. Dir. Civ. e Comm.*, III, 2003, p. 436 ss., il nesso di causalità non viene messo in discussione, essendo ritenuto che il giustificato motivo oggettivo si configura in presenza di una *«perdita attesa»*, ossia se dalla prosecuzione di quello specifico (non di qualsiasi altro) rapporto derivino per l'azienda costi superiori rispetto all'utilità prodotta.

18 D. NAPOLETANO, *I licenziamenti dei lavoratori*, Utet, Torino, 1966, p. 45.
19 C. COLOSIMO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, *op. cit.*, p. 137.

A fondamento del licenziamento per giustificato motivo oggettivo può essere addotta una modifica organizzativa meramente qualitativa, strettamente incidente, cioè, su determinate posizioni occupate da ben individuati lavoratori in possesso di una data professionalità non più considerata utile. Si pensi all'automatizzazione del servizio contabilità occupato dall'unico contabile interno. In questi casi, secondo una parte della giurisprudenza, l'accertamento in ordine alla sussistenza del nesso di causalità dovrebbe articolarsi in una duplice verifica[20]. Da un lato, occorrerebbe valutare che l'eccedenza di personale derivante dalla modifica organizzativa, nel particolare settore o nella particolare funzione, si traduca poi effettivamente nell'eliminazione di quella specifica professionalità non più considerata utile e nel licenziamento del lavoratore ivi impiegato. Dall'altro, ad ulteriore conferma dell'effettiva sussistenza del nesso tra le ragioni addotte e il licenziamento, sarebbe necessario un riscontro negativo in ordine al fatto che la scelta di sopprimere quel particolare posto di lavoro non sia correlato ad altre diverse ragioni; il che sarebbe reso possibile attraverso l'indagine concernente il rispetto del cd. obbligo di *repêchage*, che, in questi termini, potrebbe fungere da elemento costitutivo del nesso di causalità, ossia da componente del fatto giuridico posto alla base del licenziamento e, a cascata, del giustificato motivo oggettivo[21].

Secondo invece una diversa scuola di pensiero, quest'ultima verifica non avrebbe alcun collegamento con l'accertamento del nesso tra le ragioni addotte e il licenziamento. L'adempimento dell'obbligo di *repêchage* fungerebbe piuttosto da elemento ulteriore ed esterno al fatto giuridico posto alla base del licenziamento, con una propria rilevanza, peraltro di matrice solo giurisprudenziale[22], autonoma e separata da esso[23].

---

20 Cfr., Cass., 21 dicembre 2001, n. 16144; Cass., 21 novembre 2001, n. 14663; Cass., 24 giugno 1994, n. 6067; tutte in *Banca Dati De Jure*. Si veda la puntuale ricostruzione di M. T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, *op. cit.*, p. 19-24.

21 In questi termini, in giurisprudenza, cfr. Cass. 22 marzo 2016, n. 5592; Cass., 11 aprile 2003, n. 5777; Cass., 2 agosto 1998, n. 7620; in *Banca Dati De Jure*. In dottrina, cfr. M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, *op. cit.*, p. 20-21, 136-137; ID., *L'obbligo di* "ripescaggio" *nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del* Jobs Act, *op. cit.*, p. 215 ss.; M. FAIOLI, *Mansioni e macchina intelligente*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 173 ss. A. MARESCA, I*l giustificato motivo oggettivo di licenziamento: il* prius, *il* posterius *ed il nesso causale*, *op. cit.*, p. 66 e 79 e ss., secondo il quale l'obbligo di ripescaggio consentirebbe di verificare se la scelta organizzativa e la conseguente soppressione del posto di lavoro siano in concreto la causa efficiente del licenziamento.

22 Cfr. M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 34; R. PESSI, *I licenziamenti individuali per motivi economici*, in AA.VV., *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, II, Cacucci, Bari, 2015, p. 771; M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, *op. cit.*, p. 26 ss., 76 ss.; ID., *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2015, 1, p. 60-21. R. ROMEI, *Natura e struttura dell'obbligo di* repêchage, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, *op. cit.*, p. 104 e 106; R. DEL PUNTA, *Sulla Prova della impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico*, *ibidem*, p. 34 ss.

23 Considera l'obbligo di *repêchage* esterno alla fattispecie legale B. CARUSO, *La fattispecie* "giustificato motivo oggettivo" *di licenziamento tra storie e attualità, op. cit.*, p. 169-170. Tale obbligo è considerato un limite esterno al potere di recesso, da ricondurre alla teoria del licenziamento come *extrema ratio*, tra gli altri, da C. ZOLI, *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 1, p. 47. L. NOGLER, *Licenziamenti individuali e principi costituzionali nell'epoca del bilanciamento tra i principi costituzionali*, *op. cit.*, p. 648, considera l'obbligo di ripescaggio imposto dall'art. 3 della legge n. 604 del 1966, ma comunque un limite esterno distinto dalla sussistenza della modifica organizzativa che conduce alla soppressione del posto. S. BRUN, *L'obbligo di* repêchage *tra elaborazione giurisprudenziale e recenti riforme*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, 4, p. 781 ss., puntualizza come il *repêchage* non si situi a valle della particolare modifica organizzativa posta alla base del licenziamento, ma su un piano differente. Alle medesime conclusioni giungono

L'opzione per una delle due ipotesi ricostruttive si riflette sul tipo di tutela applicabile, tra quelle contemplate dall'art. 18 dello Statuto, in caso di sua violazione[24].

Prima ancora dell'individuazione del corretto regime rimediale invocabile per il vizio in questione, va tuttavia detto che con la diffusione dei processi di transizione digitale si porrà in maniera preponderante la questione concernente l'estensione di tale obbligo anche agli aspetti formativi.

In particolare, ci si interrogherà con sempre maggiore frequenza sul se il datore di lavoro sia tenuto a scongiurare il licenziamento tentando di riqualificare il lavoratore il cui patrimonio professionale risulti obsoleto all'esito delle modifiche organizzative indotte dalla transizione digitale.

La questione si porrà, a titolo esemplificativo, per tutti quei lavoratori adibiti allo svolgimento di determinate mansioni che al momento dell'instaurazione del rapporto non presupponevano particolari competenze sul piano tecnologico-digitale e che, invece, a seguito dell'adozione di sistemi tecnologici e/o digitali avanzati, non potranno più disimpegnarle se non risulteranno in possesso delle abilità necessarie per lavorare con tali nuovi sistemi; oppure, in caso di soppressione delle mansioni originarie, se risulteranno privi del bagaglio professionale adeguato per lo svolgimento di altre mansioni, se del caso anche inferiori, ipoteticamente libere in azienda.

La risposta a tale interrogativo ben potrà prendere le mosse da quell'orientamento giurisprudenziale che ha circoscritto l'ambito di operatività dell'obbligo di *repêchage* alle mansioni compatibili con le competenze professionali del lavoratore, quelle già di fatto disimpegnate, con esclusione di *"[…] un obbligo del datore di lavoro di fornire un'ulteriore o diversa formazione del prestatore per la salvaguardia del posto di lavoro […]"*[25].

La Corte di Cassazione si è espressa in questi termini avuto riguardo a fattispecie rientranti nel campo di applicazione dell'art. 2103 c.c. nella versione antecedente alle modifiche introdotte con l'art. 3 del D.lgs. n. 81 del 2015. Una parte della giurisprudenza di merito ha confermato il richiamato orientamento

anche M. FERRARESI, *Il giustificato motivo di licenziamento. Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, *op. cit.*, p. 143 ss.; C. COLOSIMO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, *op. cit.*, p. 170; G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2014, 2. p. 62 ss. Tra le tante pronunce giurisprudenziali che riconducono l'obbligo di *repêchage* alla teoria del licenziamento come *extrama ratio*, v. Cass, 24 giugno 2015, n. 13116, in *D&G*, n. 25, 2015, p. 70 e ss.; Cass., 13 giugno 2012, n. 9596, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, p. 67; Cass., 20 gennaio 2003, n. 777; Cass., 14 giugno 1999, n. 5893; tutte in *Banca Dati De Jure*. Per una ricostruzione dei diversi orientamenti sul fondamento dell'obbligo di *repêchage*, v. M. CORRIAS, *Osservazioni sulla insindacabilità delle scelte economico-organizzative dell'imprenditore nel giustificato motivo oggettivo di licenziamento a partire da alcuni recenti casi giurisprudenziali*, in *Lav. Prev. oggi*, 2018, 5/6, p. 279 ss.; per una panoramica concernente anche i suoi limiti di operatività, E. VILLA, *Fondamento e limiti del* repêchage *nel licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo,* in *Dir. Rel. Ind.*, 2020, 1, p. 116 ss., nonché M. FERRARESI*, Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, *op. cit.*, pp. 24 ss., 222 ss.

24 Cfr. *infra* paragrafi 4, 4.1 e 5.

25 Così Cass. 23 febbraio 2022, n. 5981; in termini, Cass. 03 dicembre 2019, n. 31520; entrambe consultabili in *Banca Dati De Jure*.

restrittivo anche a seguito dell'ultima novella[26], ma, come si evince da alcune pronunce di segno contrario, non è affatto detto che andrà consolidandosi[27].

Sostenere che l'obbligo di *repêchage* si estenda anche agli aspetti formativi e quindi a tutte le posizioni libere in azienda, ivi comprese quelle che potrebbero essere ricoperte dal lavoratore in esubero a seguito di una sua riqualificazione professionale, presenta sì diversi ostacoli, ma gli stessi non si appalesano come insuperabili.

Nella nostra legislazione non è rinvenibile una disciplina di carattere generale sul *repêchage*, men che meno una sua espressa dilatazione agli aspetti formativi. Anzi, gli *accomodamenti ragionevoli*, nella cui nozione a contenuto variabile potrebbe essere fatta rientrare detta misura formativa di salvaguardia del posto di lavoro[28], sono espressamente richiesti solo a favore delle persone affette da disabilità[29]. Il che potrebbe condurre a ritenere che esclusivamente per questa ristretta categoria di lavoratori, particolarmente meritevole di tutela vista la loro condizione, possa essere preteso dal datore di lavoro uno sforzo così ampio.

---

26 Trib. Roma, 24 luglio 2017, in *GiustiziaCivile.com*, 15 gennaio 2018, con nota di S. MOSTARDA, *L'incidenza della nuova disciplina delle mansioni (come modificato dal* Jobs Act*) sull'obbligo di* repêchage *nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo*. In termini Trib. Napoli, 09 maggio 2023, n. 3033, in *Banca Dati De Jure*.

27 Cfr., Trib. Lecce, 19 giugno 2020, in *Riv. Giur. Lav.*, 2020, n. 4, p. 623 ss., con nota di M. SALVAGNI, Jobs Act *e licenziamento per g.m.o.: obblighi formativi,* repêchage *e quantificazione dell'indennizzo in funzione dissuasiva*; da ultimo, Trib. Lecco, 31 ottobre 2022, in *Lav. Dir. Europa*, 2023, 1, con nota di D. BELLINI, *L'estensione dell'obbligo di* repêchage *tra gli obblighi formativi e il principio di ragionevolezza. Brevi note alla sentenza del Tribunale di Lecco del 31 ottobre 2022*; nonché in *Arg. Dir. Lav.*, 2023, 4, p. 811 ss., con nota di A. BEBBER, *L'obbligo di* repêchage *si estende alla formazione del lavoratore? Un altro* obiter dictum; nonché in *Riv. Giur. Lav.*, 2023, 2, p. 274 ss., con nota di S. CAIROLI, *Prova di inutilizzabilità nel giustificato motivo oggettivo e riqualificazione professionale*. Questo Tribunale ha configurato l'obbligo di formazione quale onere collaterale dell'obbligo di *repêchage*: *"[…] se è vero che in linea generale tra gli obblighi del datore di lavoro non rientra quello di curare la formazione professionale del dipendente per permettergli di eseguire correttamente la prestazione lavorativa, tuttavia nei casi in cui la professionalità del lavoratore sia considerata obsoleta, a seguito di una riorganizzazione dell'azienda, l'applicazione dei sopra richiamati principi di buona fede e correttezza implica che il datore di lavoro, prima di risolvere un rapporto, valuti non solo l'impossibilità del repêchage, ma anche l'impossibilità (o quantomeno l'antieconomicità) della riqualificazione professionale del dipendente (ad esempio attraverso corsi professionali o l'affiancamento con altri colleghi) […]"*. Tra le pronunce di legittimità che aprono a un obbligo di riqualificazione professionale, cfr. Cass. 07 maggio 2008, n. 11142, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, II, p. 82 ss., con nota di S. VARVA, *Sull'obbligo datoriale d'aggiornare il bagaglio professionale del proprio dipendente*; Cass. 14 novembre 2011, n. 23807; Cass. 07 settembre 1993, n. 9386; entrambe consultabili in *Banca Dati De Jure*.

28 Cass. 9 marzo 2021, n. 6497, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2021, 4, p. 597 ss., con nota di C. ALESSI, *Disabilità, accomodamenti ragionevoli e oneri probatori*, chiarisce che quella di accomodamento ragionevole è *"[…] una nozione a contenuto variabile - categoria dogmatica estesa, nell'ambito della quale possono variamente collocarsi clausole generali, norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, finanche i principi - che ha come caratteristica strutturale proprio l'indeterminatezza: consapevole dell'impossibilità, di una tipizzazione delle condotte prescrivibili, il legislatore ha conferito all'interprete il compito di individuare lo specifico contenuto dell'obbligo, guidato dalle circostanze del caso concreto […]"*. Nella nota alla sentenza citata, l'Autrice annovera tra gli accomodamenti ragionevoli anche l'erogazione della formazione necessaria alla riqualificazione professionale (p. 620).

29 L'art. 3, comma 3 *bis*, D.lgs. 09 luglio 2003, n. 216, recita testualmente: *«Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare* accomodamenti ragionevoli*, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della legge 3 marzo 2009, n. 18 , nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori. I datori di lavoro pubblici devono provvedere all'attuazione del presente comma senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente»*. Tale comma è stato inserito dall'art. 9, comma 4 *ter*, D.L. 28 giugno 2013, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 99.

Anche il riformato art. 2103 c.c. pare offrire spunti per escludere che all'interno dei confini dell'obbligo di *repêchage* sia ricompreso il previo tentativo di riqualificazione professionale a carico del datore di lavoro. Non sussiste infatti un obbligo datoriale di esercitare lo *ius variandi*. Nel disciplinare sia la modifica unilaterale delle mansioni che quella pattizia, il legislatore utilizza il verbo potere: il lavoratore non deve, ma *«[…]* può *essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore […]»* (comma 2); non devono, ma *«[…]* possono *essere stipulati accordi individuali di modifica delle mansioni […]»* (comma 6). Ne discende che l'assolvimento dell'obbligo formativo - che, ai sensi del terzo comma dell'art. 2103 c.c., dovrebbe accompagnare, sempreché necessario, il mutamento di mansioni - potrebbe essere preteso dal lavoratore solamente laddove il datore di lavoro scelga di esercitare siffatto potere[30].

I richiamati riferimenti normativi non sono tuttavia del tutto sufficienti per espungere la formazione dall'obbligo di *repêchage*.

Il fatto che si discorra di *accomodamenti ragionevoli* limitatamente alla categoria delle persone con disabilità non costituisce un argomento dirimente per escludere il *repêchage* per la generalità dei lavoratori, men che meno per non ritenere che tale obbligo debba essere sempre improntato a ragionevolezza e che possa quindi estendersi anche agli aspetti formativi.

Semplicemente, nel caso dei lavoratori disabili, il tentativo di riqualificazione professionale richiesto al datore di lavoro potrebbe essere preteso in virtù della regola degli accomodamenti ragionevoli prevista dalla normativa speciale; per tutti gli altri lavoratori, invece, in forza dei principi di ragionevolezza e di *extrema ratio* che governano la fase estintiva del rapporto di lavoro e che operano come ago della bilancia tra gli artt. 4 e 41 Cost. contribuendo a conformare la concreta struttura ed estensione del *repêchage* per tutti i lavoratori[31].

Potrebbe essere obiettato che così ragionando non sussisterebbe alcuna sostanziale differenza tra l'obbligo di *repêchage* previsto per i lavoratori disabili in virtù della regola degli accomodamenti ragionevoli e l'obbligo di *repêchage* previsto per la generalità dei lavoratori in forza dei richiamati principi; e che quindi la previsione sugli accomodamenti ragionevoli sarebbe del tutto priva di significato innovativo.

30 M. FAIOLI, *Mansioni e macchina intelligente*, *op. cit.*, p. 147, evidenzia come il legislatore abbia limitato l'obbligo formativo alla materia della salute e sicurezza (cfr. art. 37, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81) e in presenza di un mutamento di mansioni (cfr. art. 2103 c.c.), con la conseguenza che non sussisterebbe un obbligo generalizzato di formazione. M. FERRARESI, *Il giustificato motivo di licenziamento. Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, *op. cit.*, p. 222 ss., sostiene che la nuova formulazione dell'art. 2103 c.c. sconfesserebbe la stessa esistenza del *repêchage*.

31 L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i* «principi» *costituzionali*, *op. cit.*, p. 613, evidenzia che il principio dell'*extrema ratio* del licenziamento rappresenta il punto di bilanciamento tra gli artt. 4 e 41 Cost. e *«[…] incidendo direttamente sulla portata dell'art. 3, l. n. 604 del 1966 contribuisce alla configurazione delle regole del* repêchage *[…]»*.

In realtà, gli accomodamenti ragionevoli impongono un *repêchage* più ampio, da qualcuno definito *"qualificato e rafforzato"*[32], che non si sovrappone a quello previsto per la generalità dei lavoratori, ma che si affianca a esso; tant'è che presuppone uno sforzo maggiore per il datore di lavoro: non soltanto che tenti un ricollocamento tra posizioni disponibili, ma che adegui, altresì, la propria organizzazione con misure appropriate, idonee a consentire alla persona disabile di svolgere la propria attività lavorativa[33].

Analogo ragionamento va condotto con riferimento alla disciplina dello *ius variandi*. Se anche l'art. 2103 c.c. non rappresentasse un robusto ancoraggio per sostenere che in capo al datore di lavoro incombe l'onere di dimostrare di aver posto in essere ogni utile iniziativa volta a salvaguardare il posto di lavoro del lavoratore colpito dalla riorganizzazione, tra cui il tentativo di riqualificazione professionale funzionale a una sua ricollocazione in una posizione eventualmente libera all'interno della compagine aziendale, ciò non sarebbe di per sé dirimente per escludere la presenza di un generale obbligo formativo in capo al datore di lavoro[34], da adempiere, se correttamente orientato sulla base dei richiamati principi di ragionevolezza ed *extrema ratio*, anche tentando la riqualificazione

del lavoratore la cui professionalità risulti obsoleta a causa delle modifiche organizzative derivanti dalla transizione digitale[35].

Rimane da capire quale possa essere in concreto il limite di estensione dell'obbligo formativo funzionale alla riqualificazione del personale in questa particolare fase, oltrepassato il quale può considerarsi assolto, anche sotto questo profilo, l'obbligo di *repêchage*.

32 S. GIUBBONI, *Disabilità, sopravvenuta inidoneità, licenziamento*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2016, p. 638.

33 Cfr. Cass. 9 marzo 2021, n. 6497, cit.; in dottrina, M. DE FALCO, *Accomodamenti ragionevoli: sovvenzioni nel settore privato, accessibilità ovunque*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2021, 4, p. 439-440; B. DE MOZZI, *Condizioni personali del lavoratore e licenziamento*, CLEUP, Padova, 2018, p. 170.

34 Che sussista un generale obbligo formativo in capo al datore di lavoro è stato sostenuto da: M. NAPOLI, *Disciplina del mercato del lavoro ed esigenze formative*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1997, 1, p. 269 ss., che fonda detto obbligo sull'art. 35, comma 2, Cost. e sugli artt. 2094 e 2013 c.c.; C. ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, Giuffré, Milano, 2004, p. 158 ss., che riconnette il diritto alla formazione ai diritti della personalità ricavabili dai principi costituzionali.; L. GALANTINO, *Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 541 ss., secondo cui il diritto-dovere del lavoratore alla formazione è riconducibile alla stessa «*struttura causale*» del contratto di lavoro; G. LOY, *La professionalità*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2003, 1, p. 776, secondo il quale vi sarebbe una *"compenetrazione"* tra formazione e lavoro; il diritto al lavoro presuppone il diritto ad acquisire e conservare la professionalità necessaria per lavorare. *Contra*, U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.,* 2004, 101, pp. 1-99; C. PISANI, *La modificazione delle mansioni*, Franco Angeli, Milano, 1996, p. 133 ss.; D. GAROFALO, *Formazione e lavoro tra diritto e contratto. L'occupabilità*, Cacucci, Bari, 2004, p. 339 ss.; S. CIUCCIOVINO, *Apprendimento e tutela del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013, 173-181; M. FAIOLI, *Mansioni e macchina intelligente*, *op. cit.*, p. 147.

35 Cfr. C. ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, *op. cit.*, p. 159 ss. ID., *Il giustificato motivo oggettivo: per una rilettura del pensiero di Mario Napoli*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2018, 1, p. 314 ss. Cfr. altresì F. GUARRIELLO, *Trasformazioni organizzative e contratto di lavoro*, Jovene, Napoli, 2000, p. 247-248, secondo la quale in caso di mancato adempimento dell'obbligo formativo non sarebbe giustificato il licenziamento fondato sull'obsolescenza del lavoratore a seguito della riorganizzazione aziendale.

La varietà e moltitudine delle fattispecie concrete sottoponibili al vaglio giudiziario rende irrealistica una risposta dal carattere universale[36]. Si può quantomeno affermare che, nelle decisioni dei singoli casi, indubbio rilievo rivestiranno le clausole di correttezza e buona fede, che ben potranno assurgere a filtro interpretativo necessario per individuare il confine oltre il quale il tentativo di ricollocamento ampliato agli aspetti formativi diverrebbe irragionevole e quindi inesigibile[37]. Il che troverebbe conforto in quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale la correttezza e buona fede, in quanto riconducibili al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost.[38], presidiano ogni rapporto contrattuale ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c.[39], imponendo *«a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra»*[40].

3.2. Il nesso di causalità rispetto alle ragioni di tipo quantitativo. Il ruolo dei criteri di scelta e del *repêchage*

Le modifiche organizzative possono essere anche di tipo quantitativo e riguardare il complesso aziendale oppure uno o più suoi segmenti. Tali modifiche sono suscettibili di comportare una generica necessità di riduzione del personale omogeneo e fungibile ivi impiegato. Per intenderci: la riorganizzazione del reparto cassa in un supermercato potrebbe tradursi nella sostituzione di alcune casse manuali con casse automatiche. Da ciò potrebbe conseguire un'eccedenza del personale ivi addetto, con riferimento al quale, trovandosi in posizione di piena fungibilità, si porrebbe il problema dell'individuazione delle singole unità da licenziare. In casi come questi, a supporto della scelta datoriale potrebbero essere utilizzati avanzati sistemi di intelligenza artificiale, i quali andrebbero in ogni caso calibrati sui criteri oggettivi già identificati

36 Cfr. BEBBER, *L'obbligo di* repêchage *si estende alla formazione del lavoratore? Un altro* obiter dictum, *op. cit.*, p. 825 ss.
37 Così, C. COLOSIMO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, *op. cit.*, p. 185. Cfr. altresì C. ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, *op. cit.*, pp. 142, che considera il dovere di *adaptation* come un *«effetto naturale del contratto di lavoro, in virtù della derivazione diretta di tale dovere dalla clausola generale di buona fede»*.
38 Cass., Sez. Un., 19 luglio 2011, n.15764, in *Giust. Civ.*, 2012, 5, I, p. 1338; Cass., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Giust. Civ.*, 2008, 3, I, p. 641; Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128, in F*oro It.,* 2006, 1, I, p. 106.
39 Cass., Sez. Un., 06 marzo 2009, n. 5457, *Giust. Civ.,* 2009, 12, I, p. 2847.
40 Così Cass., Sez. Un., 25 novembre 2008, n. 28056, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 11, p. 1681. Tra gli studi sulle clausole di correttezza e buona fede, si vedano, quantomeno, quelli di L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, p. 5 ss.; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1987, p. 709 ss.; M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2011, p. 345 ss.; V. VELUZZI, *Le clausole generali*, Milano, 2010; ID., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, in *Giur. It.*, 2011, p. 1720 ss.; L. MONTUSCHI, *L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e di buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Lav. Dir.*, 1996, p. 143 ss.; A. PERULLI, *La buona fede nel diritto del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2002, p. 3 ss.; M. PERSIANI, *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, in *Dir. Llav.*, 1995, pp. 135 ss., 142-143; relazioni alle giornate di studio AIDLASS (29-30 maggio 2014) di G. LOY, *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile*; P. CAMPANELLA, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*; S. BELLOMO, *Autonomia collettiva e clausole generali*, tutte in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2015, p. 3 ss.; AA.VV., *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, in G. BRONZINI e R. COSIO (a cura di), Milano, 2017, in particolare p. 305. ss. Con particolare riguardo al controllo giudiziario sull'esercizio dei poteri datoriali attraverso le clausole generale, v., in particolare, P. LOI, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, Torino, 2016, p. 156-162; nonché A. PERULLI, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, 1, p. 90 ss.

dalla giurisprudenza in via analogica in quelli enunciati nell'art. 5 della n. 223 del 1991[41] ovvero attraverso l'ulteriore filtro delle clausole di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.[42].

Se il licenziamento ricadesse su un lavoratore estraneo al gruppo individuato dalla ragione addotta, sarebbe insussistente il nesso di causalità. Invece, in caso di violazione dei soli criteri di scelta all'interno della platea correttamente individuata sotto il profilo causale, il vizio sarebbe estraneo al nesso di causalità, e, quindi, al fatto giuridico posto a fondamento dell'atto di recesso[43].

Ci si potrebbe chiedere se, in questi casi, al datore di lavoro possa essere richiesto anche l'assolvimento del cd. obbligo di *repêchage*. La risposta negativa potrebbe reggersi sull'assunto per cui, a fronte di un'esigenza generica di riduzione di personale in un determinato reparto, il relativo personale, proprio perché in eccedenza, non sarebbe diversamente ricollocabile[44]. La risposta affermativa potrebbe invece essere sostenuta facendo propria l'idea del licenziamento come *extrema ratio* ed intendendo i confini dell'obbligo di *repêchage* estesi a tutto il complesso aziendale[45]. Così ragionando, laddove vi fosse un soprannumero di personale in un determinato segmento e, al contempo, una penuria di personale in un altro, il tentativo di ricollocamento potrebbe estendersi a tale ultima articolazione aziendale sottodimensionata. Nella descritta prospettiva, l'obbligo di *repêchage* non assumerebbe comunque i connotati di elemento costitutivo del nesso di causalità, rimanendo autonomo ed esterno rispetto al fatto giuridico posto alla base del licenziamento.

4. Il nesso di causalità nell'alternativa tra la tutela reale attenuata e la tutela indennitaria forte a seguito delle modifiche dell'art. 18 dello Statuto. Le distonie interpretative

41 Cass., 21 dicembre 2001, n. 16144, in *Banca Dati De Jure*.

42 Cass., 23 ottobre 2013, n. 24037, in *Riv. Giur. Lav.*, 2014, 1, 2, p. 46-51, con nota di M. RUSSO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra tradizione e innovazione*; Cass., 20 gennaio 2003, n. 777; Cass., 9 maggio 2002, n. 6667; entrambe in *Banca Dati De Jure*.

43 In giurisprudenza, cfr. Cass. 04 marzo 1993, n. 2595, in *Banca Dati De Jure*, nonché, in dottrina, M. T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, *op. cit.*, p. 24-26. Al pari dell'obbligo di *repêchage*, anche il rispetto dei criteri di scelta è considerato esterno alla fattispecie legale, tra gli altri, da B. CARUSO, *La fattispecie* "giustificato motivo oggettivo" *di licenziamento tra storie e attualità, op. cit.*, p. 169-170. *Contra*, G. BOLEGO - L. NOGLER, *Opinioni sul licenziamento per motivi economici*, *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2014, 142, p. 399-400, 407, che invece li ritengono interni alla fattispecie del giustificato motivo oggettivo.

44 Che in tali evenienze il lavoratore non sia ricollocabile, è confermato da Cass., 4 marzo 1993, n. 2595; Cass., 9 maggio 2002, n. 6667; Cass., 23 ottobre 1998, n. 10559; nonché, più recentemente, da Cass., 07 dicembre 2016, n. 25192; tutte in *Banca Dati De Jure*. Ai fini della ricostruzione del dibattito, v. M. T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, *op. cit.*, p. 24-25.

45 Cfr. L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i* «principi» *costituzionali*, *op. cit.*, p. 613.

La legge n. 92 del 2012 ha modificato il regime rimediale applicabile ai datori di lavoro di medio-grandi dimensioni[46] mediante la previsione di una graduazione di tutele a seconda della tipologia di illegittimità del licenziamento.

Con riferimento ai licenziamenti individuali illegittimi intimati per giustificato motivo oggettivo, prima delle pronunce d'incostituzionalità del 2021[47] e del 2022[48], il discrimine tra i regimi rimediali applicabili sarebbe stato definibile nei seguenti termini: solo se il *fatto* addotto a giustificazione dell'atto di recesso fosse stato *manifestamente insussistente*, il Giudice avrebbe *potuto* applicare la cd. tutela reale attenuata (reintegrazione più indennità risarcitoria con tetto massimo di dodici mensilità); se, invece, il fatto addotto a giustificazione dell'atto di recesso non fosse stato *manifestamente insussistente*, ma, al contempo, non fossero comunque emersi gli estremi del giustificato motivo oggettivo per via di *altre ipotesi*, il Giudice avrebbe *dovuto* applicare la cd. tutela indennitaria forte (da dodici a ventiquattro mensilità).

L'ambito di applicabilità della tutela reale *"attenuata"* sarebbe stato circoscritto ai soli casi di radicale insussistenza del fatto, ossia quella risultante in modo chiaro ed evidente, senza la necessità di un'istruttoria complessa[49].

Secondo alcuni, qualificando l'insussistenza come *manifesta* ed impiegando il verbo *potere*, il legislatore avrebbe voluto relegare la tutela reintegratoria a mera eccezione rispetto alla regola della tutela indennitaria. Di talché, solo laddove fosse stata ravvisata la manifesta insussistenza del *fatto materiale* posto alla base del licenziamento, il giudice avrebbe *potuto* applicare la tutela reale attenuata; in ogni altro caso

46 La cui identificazione è contenuta nell'art. 18, comma 8, della legge n. 300 del 1970.

47 Corte. Cost. 01 aprile 2021, n. 59. Tra i commenti alla sentenza, si vedano quantomeno quelli S. GIUBBONI, *Il ritorno della reintegrazione. Noterella polemica sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo dopo la sentenza n. 59/2021 della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2021, 2, p. 799 ss.; V. FERRANTE, *Non c'è alternativa alla reintegra, in caso di manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2021, 2, p. 509 ss.; C. PISANI, *La riforma dei regimi sanzionatori del licenziamento per mano della Consulta*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2021, 2, p. 522 ss.; R. PESSI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo, la Corte costituzionale sceglie il* "dovere", in *Giur. Cost.*, 2021, 2, p. 791 ss.; P. TOSI, E. PUCCETTI, *La facoltatività della reintegra tra disparità di trattamento ed eccesso di discrezionalità*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2021, 3, 2021, p. 495 ss.; A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento per gmo dopo corte costituzionale n. 59/2021*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2021, 2, p. 187 ss.; V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dopo la sentenza della corte costituzionale n. 59 del 2021*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2021, 2, p. 247 ss. M. TIRABOSCHI, *La Corte Costituzionale* "censura" *la disarmonia tecnica (e valoriale) del legislatore*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2021, 4, p. 957 ss.

48 Corte. Cost. 19 marzo 2022, n. 125, con commenti di V. SPEZIALE, *La illegittimità costituzionale della insussistenza* «manifesta» *del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2022, 4, p. 369 ss.; G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Il fatto posto a fondamento del giustificato motivo oggettivo dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 125 del 19 maggio 2022*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2022, 2, p. 440 ss.; C. PISANI, *La Corte costituzionale elimina il regime di tutela indennitaria previsto dall'art. 18 Stat. Lav. per il motivo oggettivo di licenziamento da soppressione del posto*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2022, 4, p. 89 ss. Si vedano, altresì, i commenti a caldo di O. MAZZOTTA, V. A. POSO, R. FABOZZI, G. BOLEGO, E. GRAGNOLI, L. ZOPPOLI, R. PESSI, C. CESTER, *Dibattito istantaneo sulla sentenza della Corte costituzionale n. 125 del 2022*, in *Labor*, 31 maggio 2022.

49 In giurisprudenza, Cass. 04 marzo 2021, n. 6083; Cass. 19 marzo 2020, n. 7471; Cass. 03 febbraio 2020, n. 2366; Cass. 11 novembre 2019, n. 29101; Cass. 12 dicembre 2018, n. 32159; Cass. 02 maggio 2018, n. 10435; tutte in *Banca Dati De Jure*. In dottrina, cfr. M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 1, p. 612 ss.; L. NOGLER-G. BOLEGO, *Opinioni sul licenziamento per motivi economici*, *op. cit.*, p. 399 ss.

dovendo applicare la tutela indennitaria forte, quella correlata all'ipotesi in cui si *«accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo»*[50].

Di diverso avviso sono stati coloro che hanno ritenuto che non potesse essere riconosciuto alcun valore dirimente all'aggettivo manifesto, non esistendo sfumature di esistenza o di inesistenza di un fatto[51]. Diversamente opinando, del resto, ciò che per un giudice sarebbe potuto sembrare evidente non lo sarebbe potuto essere per un altro, non avendo il legislatore indicato alcun criterio per l'individuazione in concreto del significato attribuibile alla *manifesta* insussistenza, necessaria ai fini del *possibile* riconoscimento della tutela reale attenuta[52]. Non attribuire rilievo dirimente all'aggettivo manifesto avrebbe anche evitato che l'applicazione di uno dei due regimi rimediali potesse dipendere dalla capacità del datore di lavoro di non far sembrare in giudizio inesistente un fatto in modo evidente. All'esito dell'espletamento di una prova per testi complessa potrebbe infatti anche emergere l'insussistenza del fatto, ma la stessa non sarebbe qualificabile come manifesta, evidente, lampante, qualora si giunga ad accertarla solamente dopo una defaticante istruttoria[53].

È stato altresì sostenuto che l'aggettivo non sarebbe stato interpretabile neppure come sinonimo di *gravità*. Non solo perché sarebbe difficilmente riscontrabile una graduazione di gravità dell'insussistenza del fatto, ma anche perché il giudizio sulla gravità si sarebbe potuto tradurre in un controllo di merito della scelta imprenditoriale inibito al giudice[54]. In effetti, dietro l'affermazione che il fatto sussiste, ma che lo stesso non è così grave da dar luogo al licenziamento, può celarsi il sindacato esteso alle valutazioni di opportunità, convenienza, indispensabilità delle scelte tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro[55].

---

50 Cfr. Cass. 08 luglio 2016, n. 14021, in *Riv. giur. sarda*, 2017, p. 85 ss., con commento di S. AURIEMMA, *Esternalizzazione e criteri di scelta nel licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo: tutela reale attenuta in caso di insussistenza del fatto giuridico?*, che ha espressamente escluso la riconducibilità della violazione dei criteri di scelta tra le ipotesi residuali che per legge possono dar luogo alla tutela reale attenuata. In termini anche Cass. 19 maggio 2021, n. 13643, in *Banca Dati De Jure*. Cfr., altresì, Cass. 08 gennaio 2019, n. 181, in *Banca Dati De Jure*, che invece ha escluso la violazione dell'obbligo di *repêchage* dal campo di applicazione della tutela reale attenuata; in senso contrario rispetto a tale ultima soluzione, invece, Cass. 11 novembre 2019, n. 29102; Cass. 12 dicembre 2018, n. 32159; Cass. 02 maggio 2018, n. 10435; Cass. 25 giugno 2018, n. 6702, in *Banca Dati De Jure*, che hanno optato per il rimedio ripristinatorio.

51 Cfr., tra gli altri, A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 28 St. Lav.* Ratio *ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 4-5, p. 787. V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, 3, p. 560; S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 1, p. 537; C. PONTERIO, *Il licenziamento per motivi economici*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 1, p. 80 ss.

52 C. COLOSIMO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, *op. cit.*, p. 161-163.

53 G. LOY-P. LOI, in A. VALLEBONA (a cura di), *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2012, 1, p. 48. V. altresì S. BUOSO, *Alcuni chiarimenti sulla categoria della manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Riv. it. Dir. Lav.*, 2015, 4, p. 927.

54 Art. 30, comma 1, legge n. 183 del 2010; art. 1, comma 43, legge n. 92 del 2012, sulla cui valenza precettiva v. le considerazioni di M. FERRARESI, *Il giustificato motivo di licenziamento. Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, *op. cit.*, p. 107-114.

55 Anche tale soluzione interpretativa è suggerita da G. LOY-P. LOI, in A. VALLEBONA (a cura di), *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, *op. cit.*, p. 48. Circa l'insindacabilità delle scelte imprenditoriali nella materia dei licenziamenti

Sotto altro versante, una parte della dottrina aveva ritenuto del tutto privo di rilievo anche l'utilizzo del *"può"*, ritenendo preferibile interpretarlo, in assenza di parametri di valutazione per il giudice, come *"deve"*. Dal che, in caso d'insussistenza del fatto giuridico addotto a giustificazione del licenziamento, il Giudice sarebbe stato sempre tenuto ad applicare la sanzione della reintegrazione[56].

Sennonché, non attribuire alcun rilievo all'aggettivo manifesto e al verbo potere avrebbe significato abdicare dallo sforzo di ricavare dalla disposizione *«il massimo di succo normativo»* e di ricondurre l'interpretazione all'interno dei *«limiti di compatibilità con la lettera del disposto»*[57].

Le menzionate distonie interpretative sono state eliminate alla fonte dalla Corte Costituzionale.

4.1. Il nesso di causalità nell'alternativa tra la tutela reale attenuata e la tutela indennitaria forte a seguito delle pronunce d'incostituzionalità dell'art. 18 dello Statuto. Le questioni risolte e quelle ancora irrisolte

A seguito delle pronunce d'incostituzionalità del 2021 e del 2022 sull'art. 18 della legge n. 300 del 1970, la tutela reale c.d. *"attenuata"* deve essere applicata in caso d'insussistenza del fatto posto a fondamento del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, senza alcuna discrezionalità per il giudice di riconoscere o meno il rimedio ripristinatorio in luogo di quello meramente pecuniario[58] e senza che rilevi il carattere *"manifesto"* dell'insussistenza del fatto[59].

Il carattere meramente facoltativo della reintegrazione è stato ritenuto in contrasto rispetto ai principi di uguaglianza e ragionevolezza[60] per via della disarmonia interna al peculiare sistema delineato dalla legge n. 92 del 2012. Secondo tale sistema, infatti, sebbene il profilo dell'insussistenza del fatto abbia assunto rilievo dirimente ai fini del riconoscimento della tutela reale attenuata sia per i licenziamenti disciplinari che per i licenziamenti economici, la facoltà per il giudice di riconoscere il rimedio ripristinatorio è stata

---

individuali per giustificato motivo oggettivo, v. M. CORRIAS, *Osservazioni sulla insindacabilità delle scelte economico-organizzative dell'imprenditore nel giustificato motivo oggettivo di licenziamento a partire da alcuni recenti casi giurisprudenziali*, *op. cit.*, p. 271 ss.

56 G. LOY-P. LOI, in A. VALLEBONA (a cura di), *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, *op. cit.*, p. 48-49. In tal senso, anche G. SANTORO PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2015, 1, p. 58 ss. Già la Corte di Cassazione aveva interpretato il *«può»* reintegrare come *«deve»* reintegrare: Cass., 14 luglio 2017, n. 17528, con nota di A. BOATI, *Infondatezza del fatto posto a fondamento del licenziamento: scatta la reintegra senza potere di discrezionalità per il giudice*, in *Ilgiuslavorista.it*, 17/10/ 2017. *Contra*, in giurisprudenza, Cass., 02 maggio 2018, n. 10435; in dottrina, su tutti, C. PISANI, *Il regime sanzionatorio del licenziamento alla deriva del diritto liquido*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2019, 3, I, p. 353.

57 Come raccomandava M. NAPOLI, *Contratto e rapporto di lavoro, oggi*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, II, Giuffré, Milano, 1995, p. 1116.

58 Corte. Cost. 01 aprile 2021, n. 59, cit.

59 Corte. Cost. 19 marzo 2022, n. 125, cit.

60 Sul controllo di ragionevolezza e proporzionalità nei rapporti di lavoro, v., su tutti, lo studio di P. LOI, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, *op. cit.*

prevista per i soli licenziamenti economici, senza una giustificazione plausibile[61] e criteri idonei a orientare il potere discrezionale del giudice nella scelta tra la tutela reintegratoria e quella indennitaria[62], in contrasto, quindi, anche con la finalità enunciata dal legislatore di circoscrivere entro confini certi e prevedibili l'applicazione del rimedio maggiormente incisivo della reintegrazione[63].

Il requisito del carattere manifesto riferito all'insussistenza del fatto è stato invece reputato confliggente con i principi di uguaglianza e ragionevolezza in virtù della sua indeterminatezza, essendo incerto il discrimine tra l'evidenza conclamata dell'insussistenza del fatto rispetto all'insussistenza pura e semplice[64]; essendo altresì disancorato da criteri direttivi per l'interprete[65] e non essendo connesso razionalmente alla peculiarità della fattispecie del licenziamento per giustificato motivo oggettivo[66].

La Corte ha ravvisato l'irragionevolezza di tale criterio anche in virtù del fatto che lo stesso non avesse attinenza col disvalore dell'illecito, non essendo questo più grave solo perché l'insussistenza del fatto è suscettibile di essere agevolmente accertata in giudizio, considerato peraltro che il quadro probatorio delle controversie in questione è spesso articolato e, come tale, incompatibile con una verifica non approfondita dell'insussistenza del fatto che – nell'idea del legislatore – sarebbe stata richiesta ai fini del riconoscimento della reintegrazione[67].

Inoltre, gli esiti imprevedibili che scaturiscono dalla dialettica processuale e le diverse variabili che condizionano l'approfondimento istruttorio non avrebbero alcuna attinenza con la gravità del vizio che colpisce l'atto di recesso, su cui invece è incentrato l'apparato dei rimedi, e non dovrebbero pertanto assumere carattere dirimente ai fini dell'individuazione del discrimine tra le diverse tutele[68].

Infine, il criterio è stato giudicato irragionevole poiché suscettibile di vanificare l'obiettivo della rapidità e della più elevata prevedibilità delle decisioni giurisdizionali e, quindi, per dirlo con le parole della Corte, *"[…] la finalità di un'equa redistribuzione delle tutele dell'impiego (art. 1, comma 1, lettera c, della legge n. 92 del 2012), che ha in tali caratteristiche della tutela giurisdizionale il suo caposaldo […]"* [69].

Preme in questa sede porre l'accento sulle parti delle motivazioni in cui la Corte Costituzionale ha preso posizione, seppur solo incidentalmente, in ordine al discrimine tra i rimedi applicabili, precisando che nell'area della tutela indennitaria *"forte"* rientrano le *"altre ipotesi"* in cui il licenziamento presenti profili d'illegittimità che esulino dal fatto giuridico strettamente inteso[70]. Dalle parole della Corte si desume che

61 Corte Cost. 01 aprile 2021, n. 59, cit., punto 9 del Considerato in diritto.
62 Corte Cost. 01 aprile 2021, n. 59, cit., punto 10 del Considerato in diritto.
63 Corte Cost. 01 aprile 2021, n. 59, cit., punto 11 del Considerato in diritto.
64 Corte Cost. 19 maggio 2022, n. 125, cit., punto 9.1. del Considerato in diritto.
65 Corte Cost. 19 maggio 2022, n. 125, cit., punto 9.2. del Considerato in diritto.
66 Corte Cost. 19 maggio 2022, n. 125, cit., punto 9.3. del Considerato in diritto.
67 Corte Cost. 19 maggio 2022, n. 125, cit., punto 10.1. del Considerato in diritto.
68 Corte Cost. 19 maggio 2022, n. 125, cit., punto 10.2. del Considerato in diritto.
69 Corte Cost. 19 maggio 2022, n. 125, cit., punto 10.3. del Considerato in diritto.
70 Corte Cost. 19 maggio 2022, n. 125, cit., punto 8 del Considerato in diritto.

il giudizio che conduce all'applicabilità della tutela reale attenuata non possa che essere strettamente legato al significato dell'espressione *insussistenza del fatto posto a base del licenziamento*. A tal fine, la Corte ha dato un'indicazione precisa qualificando il fatto in termini giuridici[71]. Al contempo, ha collocato nell'area della tutela di stampo meramente economico i vizi nella scelta del lavoratore da licenziare[72], dando invece per assodato che dalla violazione dell'obbligo di *repêchage* debba conseguire il rimedio ripristinatorio[73].

Poiché la nozione di giustificato motivo oggettivo è rimasta inalterata[74], la Corte ha condivisibilmente ritenuto che il fatto che viene addotto a giustificazione del licenziamento non possa che essere valutato ancora nella sua veste giuridica[75]. Ha inoltre fatto proprio l'orientamento secondo il quale i criteri di scelta non rappresentano un filtro interno al nesso di causalità, con il corollario che la loro violazione, non incidendo sul nesso di causalità, non si riverserebbe sulla sussistenza del fatto giuridico e non condurrebbe, pertanto, al riconoscimento della tutela reale dimidiata.

Pur non reputando la corretta applicazione dei criteri di scelta un sotto-requisito del nesso di causalità (né, quindi, un elemento costitutivo del fatto-giuridico), la Corte avrebbe potuto ritenere applicabile la sanzione della reintegrazione analogicamente a quanto previsto, in caso di mancata loro osservanza, nella disciplina dei licenziamenti collettivi[76].

---

71 Corte Cost. 19 maggio 2022, n. 125, cit., punto 8 del Considerato in diritto.

72 Corte Cost. 19 maggio 2022, n. 125, cit., punto 8 del Considerato in diritto; cfr. altresì Cass. 19 maggio 2021, n. 13643; Cass. 08 luglio 2016, n. 14021, cit.

73 Lo afferma espressamente Corte Cost. 01 aprile 2021, n. 59, cit., al punto 5 del Considerato in diritto; nonché implicitamente Corte Cost. 19 maggio 2022, n. 125, cit., al punto 8 del Considerato in diritto, nella parte in cui, da un lato, accosta l'obbligo di *repêchage* alle ragioni poste a fondamento dell'atto di recesso e al nesso di causalità, dall'altro, annovera solo il mancato rispetto dei criteri di scelta tra le altre ipotesi d'illegittimità del licenziamento economico che danno luogo alla tutela indennitaria forte. In giurisprudenza, Cass. 20 ottobre 2022, n. 30970, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2023, 2, p. 81 ss., con nota di W. CHIAROMONTE, *L'applicazione della tutela reintegratoria in caso di licenziamento economico illegittimo per violazione dell'obbligo di* repêchage*: il dado è tratto?*, afferma espressamente che la verifica del requisito dell'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento, previsto dall'art. 18, co. 7, legge n. 300/1970, concerne anche l'impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore e che, alla luce delle sentenze della Corte costituzionale n. 59/2021 e n. 125/2022, la violazione dell'obbligo di *repêchage* determina l'applicazione della tutela reintegratoria attenuata. Cfr., altresì, Cass. 11 novembre 2019, n. 29102; Cass. 12 dicembre 2018, n. 32159; Cass. 02 maggio 2018, n. 10435; Cass. 25 giugno 2018, n. 6702, cit.

74 In ordine agli "effetti indiretti" derivanti dalla modulazione del regime sanzionatorio, v., però, M. BIASI, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 4/5, p. 1248 ss.

75 In tal senso, tra i primi commentatori, A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. Lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg. Dir. Lav.*, 4-5, p. 793 ss.; V. SPEZIALE, *La Riforma del licenziamento individuale tra* law and economics *e giurisprudenza (parte II)*, in *Riv. giur. Lav.*, 2014, 3, p. 461-462; ID., *La riforma del licenziamento individuale fra diritto ed economia*, in *Riv. it. Dir. Lav.*, 2012, 1, p. 521 ss.; ID., *Giusta causa e giustificato motivo oggettivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *CSDLE.it.*, n. 165/2012; M. T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e* flexicurity "all'italiana" *a confronto*, in *Giorn. Dir. Rel. Ind.*, 2012/136, p. 527 ss.; F. CARINCI, *Ripensando il «nuovo» art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2013, 2, p. 287 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 2, p. 231 ss.; G. VIDIRI, *La Riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Riv. it. Dir. Lav.*, 2012, 4, p. 637; C. PONTERIO, *Il licenziamento per motivi economici*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 1, p. 73 ss.; C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 3, p. 547 ss.

76 Cfr. Art. 5, comma 3, della legge n. 223 del 1991. Sull'applicabilità dei criteri di scelta previsti dall'art. 5 della legge n. 223/1991 anche ai licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo, si veda, tra le tante, Cass., 28 marzo 2011,

Sennonché, se fosse giunta a tale approdo, non sarebbe residuato alcuno spazio per la tutela meramente indennitaria forte per i casi di violazione dei criteri di scelta e si sarebbe conseguentemente svuotato il contenuto del disposto normativo che sancisce l'applicabilità del rimedio economico laddove si ravvisino *altri* profili d'illegittimità del licenziamento (altri rispetto al fatto giuridico addotto) e che impone quindi all'interprete di individuare dette *altre ipotesi* d'illegittimità del licenziamento per cui è ammessa la tutela indennitaria forte. Tra queste si colloca, per l'appunto, il mancato rispetto della buona fede e della correttezza che presiedono alla scelta dei lavoratori da licenziare tra quelli che, all'interno del gruppo individuato dalla ragione addotta, si trovino in posizione di omogeneità e fungibilità. L'indicazione ermeneutica della Corte è sul punto pertanto condivisibile.

Ad analoghe conclusioni si sarebbe dovuti giungere per l'ipotesi di violazione dell'obbligo di *repêchage*. Che tale obbligo non rappresenti un elemento costitutivo del nesso di causalità, né quindi del fatto giuridico, trova una conferma testuale nell'art. 3 della legge n. 604 del 1966, che, a ben osservare, non lo contempla nel novero del fatto su cui poter fondare il licenziamento[77]. Trova ulteriore conferma nelle stesse parole della Consulta, laddove associa l'obbligo di ricollocamento all'idea di licenziamento come *extrema ratio*[78].

Ricondurre il vizio in questione sotto il rimedio indennitario risulta avvalorato, altresì, dalla distinzione tra la nozione di *fatto posto a base del licenziamento* e le *altre ipotesi* d'illegittimità del licenziamento[79]. Onde evitare che il distinguo rimanga privo di significato, tra queste altre ipotesi dovrebbero essere ricomprese tutte quelle che non attengono al fatto giuridico inteso in senso stretto, tra cui, non solo la violazione dei criteri di scelta, ma anche la violazione dell'obbligo di *repêchage*, che, più che fungere da elemento costitutivo della componente del fatto giuridico rappresentata dal nesso di causalità, costituisce elemento

n. 7046; Cass., 21 dicembre 2001, n. 16144, in *Banca Dati De Jure*. In dottrina, sulla soluzione prospettata, si veda la posizione di V. SPEZIALE, *La Riforma del licenziamento individuale tra* law and economics *e giurisprudenza (parte II)*, *op. cit.*, p. 461-462; nonché di E. GRAGNOLI, *Il licenziamento individuale per riduzione di personale e le novità normative*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2015, 4, p. 1077, secondo il quale dall'applicazione dei criteri di scelta di cui all'art. 5 della legge n. 223 del 1991 al licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, in via analogica e non in virtù delle clausole di buona fede e correttezza, ne dovrebbe discendere l'applicazione dello stesso rimedio della tutela reale. Sulle conseguenze sanzionatorie in caso di licenziamento collettivo a seguito dell'entrata in vigore della legge Fornero, cfr. G. PISTORE, *La manifesta insussistenza delle ragioni giustificatrici del licenziamento collettivo: rito applicabile, sindacato del giudice e conseguenze sanzionatorie*, in *Riv. it. Dir. Lav.*, 2014, 3, p. 585 ss.

77 C. COLOSIMO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, *op. cit.*, p. 169.

78 Corte Cost. 01 aprile 2021, n. 59, cit., punto 5 del Considerato in diritto; Corte Cost. 19 maggio 2022, n. 125, cit., punto 8 del Considerato in diritto. V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo:* extrema ratio *o* "normale" *licenziamento economico*, op. cit., p. 119 ss.; ID., *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento tra* "clausole generali"*, principi costituzionali e giurisprudenza della Cassazione*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2018, 127 ss.

79 Cfr. M. FERRARESI, *Il giustificato motivo di licenziamento. Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, *op. cit.*, p. 139 ss.

del giustificato motivo oggettivo ulteriore ed autonomo rispetto al fatto giuridico strettamente inteso[80], a presidio della concezione del licenziamento come *extrema ratio*[81].

Si potrebbe replicare che in realtà il distinguo non rimarrebbe privo di significato pur se si annoverasse il mancato rispetto dell'obbligo di *repêchage* tra gli elementi strutturali del giustificato motivo oggettivo e, come tale, tra i vizi che darebbero diritto alla tutela reale attenuata. Per il rimedio meramente indennitario residuerebbero, infatti, tutte quelle ipotesi di insussistenza del giustificato motivo oggettivo non propriamente di tipo economico, bensì personale, che si identificano in un'impossibilità sopravvenuta della prestazione non espressamente contemplata dal comma 7 dell'art. 18 dello Statuto[82]. Si pensi alla carcerazione o la perdita di permessi o abilitazioni necessari per svolgere l'attività lavorativa[83].

Detto obiezione non coglierebbe tuttavia nel segno. Il comma 7 del riformato art. 18 dello Statuto non differenzia la disciplina delle tutele a seconda che il giustificato motivo oggettivo posto a base del

80 S. BUOSO, *Alcuni chiarimenti sulla categoria della manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, *op. cit.*, p. 927 ss., ha rimarcato che l'obbligo di *repêchage* ed i criteri di scelta incidono solo in via indiretta sul fatto, con la conseguenza che la loro violazione è riconducibile alle altre ipotesi di illegittimità, cui si ricollega la tutela meramente indennitaria. Secondo B. CARUSO, *La fattispecie* "giustificato motivo oggettivo" *di licenziamento tra storie e attualità, op. cit.*, p. 170, l'obbligo di *repêchage* e il rispetto dei criteri di scelta sono esterni al perimetro della fattispecie legale: *«sono stati per così dire* "incollati" *alla fattispecie legale, per scopi, comprensibili, di bilanciamento degli interessi ma con effetti manipolativi, in senso additivo».* Riconducono il mancato rispetto di tale obbligo alle altre ipotesi d'illegittimità anche R. PESSI, *I licenziamenti individuali per motivi economici*, in AA.VV., *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Cacucci, Bari, 2015, II, p. 769 ss.; M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 1, p. 18; F. CARINCI, *Ripensando il* "nuovo" *art. 18*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 3, p. 504 ss.; C. COLOSIMO, *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, 4, p. 1048. Colloca l'obbligo di *repêchage* tra gli elementi estrinseci della fattispecie anche M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, *op. cit.*, p. 76 ss. Escludono il rimedio della reintegra anche G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 2, p. 231 ss.; T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *Giorn. Dir. Rel. Ind.*, 2013, n. 137, p. 40; E. GHERA, *Sull'ingiustificatezza aggravata del licenziamento*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2014, 3, p. 443; U. GARGIULO, *Il licenziamento* "economico" *alla luce del novellato articolo 18*, in *Biblioteca "20 Maggio" CSDLE "Massimo D'Antona"*, 2014, 1, p. 123 Reputano invece il *repêchage* elemento strutturale del giustificato motivo oggettivo, tra gli altri, V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo:* extrema ratio *o* "normale" *licenziamento economico?, op. cit.*, p. 158 ss.; ID., *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Cacucci, Bari, 2013, p. 345; M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. BARBIERI - D. DALFINO, *Il licenziamento individuale nella interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, p. 39; A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, p. 800 ss.; M. T. CARINCI, *L'obbligo di* "ripescaggio" *nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del* Jobs Act, *op. cit.*, p. 238 ss.; C. ALESSI, *Il giustificato motivo oggettivo: per una rilettura del pensiero di Mario Napoli*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2018, 2, p. 317. In giurisprudenza, Trib. Ravenna, 7 luglio 2022, commentata in maniera critica da G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Il fatto posto a fondamento del giustificato motivo oggettivo dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 125 del 19 maggio 2022*, *op. cit.*, ha ritenuto che l'obbligo di *repêchage* integri un elemento costitutivo del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e che la cui mancanza determini l'insussistenza del fatto e l'applicazione del rimedio ripristinatorio.

81 Cfr. Corte Cost. 01 aprile 2021, n. 59, cit., punto 5 del Considerato in diritto; Corte Cost. 19 maggio 2022, n. 125, cit., punto 8 del Considerato in diritto.

82 Il comma 7 dell'art. 18 dello Statuto contempla nella tutela reale dimidiata il *«licenziamento intimato, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per motivo oggettivo consistente dell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, ovvero […] il licenziamento […] intimato in violazione dell'articolo 2110, secondo comma, del codice civile».*

83 Così G. BOLEGO - L. NOGLER, *Opinioni sul licenziamento per motivi economici*, *op. cit.*, p. 407; M. T. CARINCI, *L'obbligo di* "ripescaggio" *nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del* Jobs Act, *op. cit.*, p. 239.

licenziamento sia riconducibile alla sfera datoriale o a quella personale del lavoratore. Il rimedio ripristinatorio trova applicazione in tutte le ipotesi di insussistenza del fatto, sia che il motivo addotto afferisca a ragioni di tipo economico che a ragioni di tipo personale. In assenza della ragione di carattere oggettivo-personale addotta e/o del nesso di causalità, pertanto, alcuno spazio avanzerebbe per la tutela indennitaria forte.

Detto questo, bisogna subito aggiungere che anche tali questioni interpretative sono destinate a sopirsi. Con l'entrata in vigore del D.lgs. n. 23 del 2015, il nesso di causalità ha perso di rilevanza ai fini dell'individuazione del discrimine tra le tutele applicabili, posto che in nessun caso la carenza del giustificato motivo oggettivo dà luogo alla tutela reintegratoria. Per coloro che sono stati assunti a decorrere dal 07 marzo 2015, in tutti i casi in cui non ricorrano gli estremi del giustificato motivo oggettivo – qualunque sia quindi il vizio sostanziale che affligge il licenziamento – la tutela invocabile è di tipo meramente pecuniario[84].

5. Considerazioni conclusive. I rimedi contro l'uso distorto della *«transizione digitale»* nelle imprese di grandi e piccole dimensioni

In quest'epoca caratterizzata da profonde trasformazioni tecnologiche e digitali, la *«tecnica»* sta assumendo un ruolo talmente dominante da ridurre ogni altro aspetto che si interfaccia con essa in posizione di mera subalternità[85]. È sotto gli occhi di tutti che subalterno all'efficienza e alla funzionalità della tecnica è anche il lavoro umano[86]. Lo sarà in maniera ancor più marcata proprio nei contesti maggiormente investiti dai processi di transizione digitale.

Negli scenari peggiori, in quanto non più funzionali alle nuove realtà, una moltitudine di lavoratori rischierà di trovarsi in posizione di esubero e di subire l'esperienza traumatica di perdere il posto di lavoro[87]. Da qui l'esigenza di attorniare i licenziamenti basati sulla transizione digitale di *«doverose garanzie»*

84 Art. 3, comma 2, D.lgs. n. 23 del 2015 (per le imprese di grandi dimensioni); art. 9, comma 1, dello stesso decreto (per le imprese di piccole dimensioni).

85 Cfr. E. SEVERINO, *Il destino della tecnica*, Milano, 1998; nonché, ID., *La tendenza fondamentale del nostro tempo*, Milano, 1988, pp. 67-86; ID., *La filosofia futura*, Milano, 1989, pp. 67-73; U. GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, decima edizione, Milano, 2018, p. 34.

86 M. FAIOLI, *Mansioni e macchina intelligente*, *op. cit.*, p. 238.

87 Secondo Corte Cost. 08 novembre 2018, n. 194, punto 11 del Considerato in diritto, consultabile in *Arg. Dir. Lav.*, 2018, 6, p. 1527 ss., con commento di M. MARTONE, *Calcolabilità del diritto e discrezionalità del giudice: a proposito della illegittimità costituzionale del* "Jobs Act", l'espulsione dal lavoro rappresenta un *«momento traumatico»* che può vivere la persona e alla luce di ciò devono essere vagliate le tutele connesse a un licenziamento illegittimo. Per una ricostruzione delle diverse posizioni della dottrina, v. E. DAGNINO, *C. cost. n. 194/2018: il dibattito dottrinale*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2019, 2, p. 654 ss.

e *«opportuni temperamenti»*[88]; in particolare, di meccanismi di tutela volti a far sì che i lavoratori colpiti dai processi in questione non siano *«estromessi dal lavoro ingiustamente o irragionevolmente»*[89].

Anche l'individuazione delle tutele contro l'uso distorto della transizione digitale è demandata al legislatore, con un margine di discrezionalità vincolato ai principi di eguaglianza e ragionevolezza[90].

I lavoratori coinvolti in un processo di transizione digitale potranno contare sul fatto che il legislatore, nell'apprestare le garanzie necessarie a tutelare le persone che lavorano, ha conservato inalterata la nozione di giustificato motivo oggettivo. Pertanto, il motivo che viene addotto a giustificazione del licenziamento, ivi compreso quello correlato al processo di transizione digitale, non può che essere valutato ancora nella sua veste giuridica di ragione che trova il proprio fondamento nell'art. 3 della legge n. 604 del 1966.

Tali lavoratori dovranno essere consapevoli anche del fatto che, dopo le pronunce d'incostituzionalità dell'art. 18 dello Statuto, la reintegrazione ha acquisito nuovamente tanto spazio, ma non tale da accorpare in sé tutte le ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo[91].

Come detto, il diritto alla reintegrazione risulta strettamente correlato all'insussistenza del fatto giudico. Qualora si riscontrino profili d'illegittimità del licenziamento *altri* rispetto all'insussistenza del fatto giuridico inteso in senso stretto, lo spazio della reintegrazione si riduce in favore del rimedio meramente indennitario. Tra le *altre ipotesi* d'illegittimità del licenziamento, è annoverabile, non solo – come reputato dalla Corte Costituzionale[92] – il mancato rispetto dei criteri di scelta, ma anche la violazione dell'obbligo di *repêchage*[93]. In entrambi i casi non siamo infatti al cospetto di sotto-requisiti del nesso di causalità, né, quindi, di elementi costitutivi del fatto-giuridico[94].

Per quanto si possano interpretare restrittivamente le norme che limitano o escludono la tutela in forma specifica sul discusso assunto che quest'ultima, in linea con i valori e i principi che caratterizzano

88 Corte Cost. 09 giugno 1965, n. 45/1965, punto 4 del Considerato in diritto, in *Banca Dati De Jure*; Corte Cost. 01 aprile 2021, n. 59, cit., punto 8 del Considerato in diritto.

89 Corte Cost. 08 febbraio 1991, n. 60, punto 9 del Considerato in diritto, in *Banca Dati De Jure*; Corte Cost. 01 aprile 2021, n. 59, cit., punto 8 del Considerato in diritto.

90 Principio da ultimo ribadito in Corte Cost. 01 aprile 2021, n. 59, cit., punto 8 del Considerato in diritto; Corte Cost. 19 maggio 2022, n. 125, cit., punto 6 del Considerato in diritto; richiamato anche in Corte Cost. 08 novembre 2018, n. 194, cit. e Corte Cost. 16 luglio 2020, n. 150, cit.

91 S. GIUBBONI, *Il ritorno della reintegrazione. Noterella polemica sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo dopo la sentenza n. 59/2021 della Corte costituzionale*, *op. cit.*, p. 799 ss., mette ben evidenza questo aspetto.

92 Corte Cost. 19 maggio 2022, n. 125, cit., punto 8 del Considerato in diritto.

93 G. AMOROSO, *Articolo 18 statuto dei lavoratori. Una storia lunga oltre cinquant'anni*, Bari, Cacucci, 2022, p. 274; C. PISANI, *La violazione del* repêchage *dopo le* «riforme» *della corte costituzionale: tutela solo indennitaria se è accertata la soppressione del posto*, in *Riv. It. Dir. It.*, 2023, 1, p. 96, 99 ss.; ID, *Le tecniche di tutela nell'età della giurisdizione*, in AA.VV., *Le tecniche di tutela nel diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio AIDLaSS di Torino, 16-17 giugno 2022, La Tribuna, Piacenza, 2023, p. 52 ss. *Contra*, invece, V. SPEZIALE, *La illegittimità costituzionale della insussistenza* «manifesta» *del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, *op. cit.*, pp. 378-379, il quale annovera l'impossibilità del *repêchage* tra i vizi più gravi attinenti agli elementi costitutivi delle ragioni economiche e organizzative, ritenendo quindi applicabile la reintegra.

94 Cfr. *supra* §§ 3-4.1.

l'ordinamento giuslavoristico, continui a rappresentare la regola[95], svuotare completamente di contenuto il comma 7 dell'art. 18 dello Statuto, nella parte in cui individua il discrimine tra il rimedio ripristinatorio e quello risarcitorio, appare per davvero un'inaccettabile forzatura. Del resto, secondo il consolidato orientamento della Consulta, la reintegrazione non rappresenta l'unico possibile rimedio in grado di attuare i principi costituzionali[96].

Il legislatore è addirittura abilitato a introdurre regimi di tutele differenziati per identiche fattispecie (tutela reintegratoria per alcuni e tutela meramente pecuniaria per altri) delimitandone la sfera di applicazione sulla base di una determinata scansione temporale, purché la relativa modulazione delle tutele sia rispettosa del canone di ragionevolezza e, quindi, del principio di uguaglianza[97]. Sotto tale profilo, la Corte Costituzionale ha ritenuto che il contratto a tutele crescenti, che prevede un regime di tutela meno favorevole di quello dell'art. 18 dello Statuto e che trova applicazione per gli assunti a decorrere dal 07 marzo 2015, sia in linea con i richiamati parametri costituzionali, atteso che il suo regime temporale di efficacia si rivela coerente con lo scopo che il legislatore si è prefissato *«di rafforzare le opportunità di ingresso*

95 Si veda Cass, Sez. Un., 10 gennaio 2006, n. 141, commentata, tra gli altri, da A. VALLEBONA, *L'onere probatorio circa i requisiti dimensionali per la tutela reale contro il licenziamento: le Sezioni Unite cambiano idea*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, 2, p. 468 ss.; F. SANTINI, *Tutela reale e onere della prova del requisito dimensionale*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2007, 1, p. 194 ss. Secondo tale pronuncia delle Sezioni Unite, nel nostro ordinamento, la tutela in forma specifica rappresenta la regola, ancor di più nel diritto del lavoro: «*[…] non solo perché qualsiasi normativa settoriale non deve derogare al sistema generale senza necessità [...] ma anche perché il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto di una somma. Da ciò la necessità non solo di interpretare restrittivamente l'art. 2058 cit., comma 2, ma anche di considerare come eccezionali le norme che escludono o limitano la tutela specifica [...]*». Inoltre, ancor più nella materia lavoristica, la tutela in forma specifica e la tutela per equivalente non possono essere considerate sullo stesso piano, stante *«[...] la rilevanza degli interessi coinvolti, che impediscono di ricondurre quei rapporti esclusivamente a fattispecie di scambio e, nell'ambito di queste, di ridurre la posizione del prestatore di lavoro semplicemente a quella di titolare del credito avente ad oggetto la retribuzione. Al contrario, il prestatore, attraverso il lavoro reso all'interno dell'impresa, da intendersi come formazione sociale ai sensi dell'art. 2 Cost., realizza l'utilità economica promessa dal datore ma anche i valori individuali e familiari indicati nell'art. 2 cit. e nel successivo art. 36 (cfr. Cass. Sez. Un., 12 novembre 2001) [...]*». In tal senso, richiamando tale pronuncia delle Sezioni Unite, A. PERULLI, Efficient breach, *valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2012, 3, p. 565. Secondo Cass. SS.UU., 27 dicembre 2017, n. 30985, invece, nella nuova disciplina di tutela contro i licenziamenti illegittimi, il rimedio risarcitorio sarebbe oramai da considerare la regola e quello ripristinatorio solo l'eccezione. Per una ricostruzione del rapporto tra regola ed eccezione nella disciplina di tutela contro i licenziamenti illegittimi, v., anche per gli ampi riferimenti bibliografici, E. M. MASTINU, *Le irregolarità procedurali tipiche e atipiche nella disciplina di tutela contro i licenziamenti illegittimi*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2019, 4, pp. 728-732. Cfr., altresì, M. PAPALEONI, *Gli aspetti positivi della riforma del licenziamento individuale*, in *Mass. giur. lav.*, 2013, p. 25 ss.; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 statuto dei lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, 1, p. 423 ss.; C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. Dir. Lav.* 2012, 3, p. 547 ss.; B. CARUSO, *Il rimedio della reintegra come regola o come eccezione? La Cassazione sui licenziamenti disciplinari nel cono d'ombra delle decisioni della corte costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2022, I, p. 301 ss. Per una rigorosa ricostruzione in senso diacronico della disciplina del licenziamento, v. M. PERSIANI, *Confessioni di un giuslavorista nonagenario sui limiti al potere di licenziamento*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2021, 5, p. 1113 ss.

96 Corte Cost. 07 febbraio 2000, n. 46, punto 5 del Considerato in diritto, in *Banca Dati De Jure*; Corte Cost. 01 aprile 2021, n. 59, cit.; Corte Cost. 19 maggio 2022, n. 125, cit.

97 Corte Cost. 08 novembre 2018, n. 194, cit., punto 6 del Considerato in diritto. E. GRAGNOLI, *Il licenziamento individuale per riduzione di personale e le novità normative*, *op. cit.*, p. 1078 ss., aveva invece considerato tale soluzione in contrasto con l'art. 3 Cost.

nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione» attraverso una maggiore flessibilità in uscita[98].

Rientra nella discrezionalità del legislatore prevedere meccanismi di tutela di tipo meramente risarcitori-monetari[99]. Ciò che deve essere assicurato è che il ristoro sia, ancorché non integralmente riparatorio, quantomeno adeguato rispetto al concreto pregiudizio subito a causa del licenziamento illegittimo, oltreché dissuasivo[100]. Non è pertanto più giustificabile un apparato rimediale che limiti il campo di applicazione delle tutele più incisive sulla base soltanto del numero esiguo dei dipendenti occupati dal datore di lavoro. Anche nelle piccole realtà, il ristoro economico deve essere congruo rispetto alla particolarità della singola vicenda ed essere caratterizzato da un'adeguata efficacia dissuasiva[101]. Il ridotto numero dei dipendenti occupati non sempre è indicativo delle reali dimensioni aziendali e, in particolare, dell'incapacità di sostenere costi più elevati a fronte di licenziamenti intimati illegittimamente, ancor più in quei contesti dominati *«dall'incessante evoluzione tecnologica e dalla trasformazione dei processi produttivi»*, ove, *«al contenuto numero di occupati possono fare riscontro cospicui investimenti in capitali e un consistente volume d'affari»*[102].

98 Art. 1, comma 7, legge n. 183 del 2014. Cfr. Corte Cost. 08 novembre 2018, n. 194, punto 6 del Considerato in diritto. Tra i tanti contributi in materia di *flexicurity*, v., almeno, quelli di M. CORTI, *Flessibilità e sicurezza dopo il Jobs Act. La* flexicurity *italiana nell'ordinamento multilivello*, Giappichelli, Torino, 2018; P. LOI, *La crisi del diritto del lavoro nel segno della flessibilità*, in A. LUMINOSO (a cura di), *Diritto e Crisi*, Giuffré, Milano, 2016, p. 265-284; E. M. MASTINU, *Sindacato e contratto collettivo di lavoro nella legislazione sulla flessibilità*, *ivi*, p. 285-315; G. LOY, *Oltre la flessicurezza*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, 3, p. 479 ss.; MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, *Globalizzazione, flessicurezza e crisi economica*, in *ivi*, 2013, 3, p. 521 ss.; RICARDO ESCUDERO RODRIGUEZ, *Un* requiem *per la flessicurezza. teoria e pratica del modello in alcuni paesi dell'Europa del sud*, *ivi*, 2013, 3, p. 503 ss.

99 A. ZOPPOLI, *Legittimità costituzionale del contratto di lavoro a tutele crescenti, tutela reale per il licenziamento ingiustificato, tecnica del bilanciamento*, in *Biblioteca "20 Maggio" CSDLE "Massimo D'Antona"*, 2015, 2, p. 123, evidenzia però che la compressione o l'eliminazione della tutela reale da parte del legislatore è consentita solo *«in una logica di equilibrio tra valori/principi»*.

100 Il che ha condotto la Corte Costituzionale a dichiarare costituzionalmente illegittimo il parametro di determinazione dell'indennità risarcitoria basato, nel contratto a tutele crescenti, sulla sola anzianità di servizio: Corte Cost. 08 novembre 2018, n. 194, cit. (v. in particolare i punti 12-12.3 del Considerato in diritto), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1; Corte Cost. 16 luglio 2020, n. 150, cit. (v. in particolare i punti 12-14 del Considerato in diritto), invece, dell'art. 4. Tra gli studi che hanno approfondito le diverse funzioni del risarcimento del danno nel diritto del lavoro, v. M. BIASI, *Studio sulla polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto del lavoro: compensazione, sanzione, deterrenza*, Giuffré, Milano, 2023; ID., *La polifunzionalità del (risarcimento del) danno da licenziamento ingiustificato: ragionando attorno a Corte Cost. n. 194/2018*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2019, 4, p. 753 ss.; C. PISANI, *Le tecniche di tutela nell'età della giurisdizione*, *op. cit.*, p. 9 ss.; E. BALLETTI, *Danni punitivi, moduli sanzionatori e standard di tutela nel diritto del lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2019, 1, p. 11 ss.; A. TOPO, *Polifunzionalità delle sanzioni per il licenziamento ingiustificato e l'autonomia del diritto del lavoro*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2019, 2, p. 624 ss.; M. DEL FRATE, *Le Sezioni Unite n. 16601 in materia dipunitive damages: una possibile lettura in prospettiva giuslavoristica*, in *Var. Temi Dir. Lav.*, 2019, 5, p. 1631 ss.; D. DI LEMMA, *Lo stato dell'arte dei danni punitivi nella prospettiva giuslavoristica*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2017, 1, p. 1 ss.

101 Corte Cost. 22 luglio 2022, n. 183, punto 5.1 del Considerato in diritto, in *rivistalabor*, 1° agosto 2022, con nota di V.A. POSO, *Se non ora, quando? La variabile indipendente della Corte Costituzionale in materia di licenziamenti intimati da datori di lavoro sotto soglia in regime di Jobs Act*. Tra i primi commenti, v. altresì C. ZOLI, *La Corte costituzionale prosegue la «controriforma»: i licenziamenti nelle piccole imprese*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2022, 4, p. 1135 ss.; G. BOLEGO, *Licenziamento ingiustificato nelle piccole imprese: la Corte costituzionale censura, non decide e sollecita l'intervento del legislatore*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2022, 6, p. 1247 ss.; B. BRANCATI, *La Corte non annulla la disciplina sui licenziamenti illegittimi dei piccoli datori di lavoro, ma minaccia di farlo in un futuro giudizio*, in *Labor*, 2022, 6, p. 753 ss.

102 Corte Cost. 22 luglio 2022, n. 183, cit., punto 5.2 del Considerato in diritto.

La perdurante inerzia del legislatore dovrebbe condurre la Consulta – come del resto dalla medesima preannunciato[103] – a intervenire su questo fronte, a maggior ragione alla luce della sempre più diffusa evoluzione tecnologica delle imprese, che nelle politiche della *«transizione digitale»* indotte dal PNRR troverà una forte accelerazione.

Ci si aspetta che la Corte Costituzionale, tra i vari possibili interventi, individui quello meno invasivo delle prerogative del legislatore. In tale ottica e sulla stessa scia dei recenti arresti, non è implausibile ipotizzare nuove pronunce d'incostituzionalità, tanto dell'art. 8 della legge n. 604 del 1966 quanto dell'art. 9 del D.lgs. n. 23 del 2015, nelle parti in cui sanciscono un tetto massimo dell'indennità risarcitoria inferiore rispetto a quello previsto per le imprese che oggi sono considerate di medio-grandi dimensioni in virtù della sola consistenza occupazionale[104]. In tal modo, ai giudici sarebbe consentito personalizzare, in ragione delle peculiarità e diversità delle singole fattispecie[105], anche il danno subito dai lavoratori impiegati nelle realtà che oggi sono considerate di piccole dimensioni solamente perché non occupano un certo quantitativo di dipendenti, attraverso un ristoro dissuasivo e adeguato al concreto pregiudizio subito[106], tenuto conto, oltreché del numero dei dipendenti occupati, anche delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti[107].

103 Corte Cost. 22 luglio 2022, n. 183, cit., punto 7 del Considerato in diritto.

104 Pari a 24 mensilità (come previsto dall'art. 18, comma 5, della legge n. 300 del 1970) per gli assunti prima del 07 marzo 2015; pari a 36 mensilità (come previsto dall'art. 3, comma 1, del D.lgs. n. 23 del 2015) per gli assunti a decorrere dal 07 marzo 2015. Sui possibili interventi della Corte, si veda la prospettazione di V. SPEZIALE, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 183 del 2022 sul licenziamento nelle piccole imprese*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2023, 2, p. 181 ss.; nonché, avuto particolare riguardo all'art. 9 del D.lgs. n. 23 del 2015, quella di C. SALAZAR, *Il jobs act di nuovo al vaglio della corte costituzionale: notazioni sulla sentenza n. 183 del 2022*, in *Riv. Giur. Lav.*, p. 160-163, la quale ipotizza l'intervento della Corte con una "*sentenza additiva di principio"* (in tal caso si supererebbe il limite delle sei mensilità e si lascerebbe al legislatore di definire il nuovo tetto massimo, ma nelle more sarebbero i giudici a dover individuare le regole applicative del principio) oppure con un'ordinanza di *"incostituzionalità prospettata"* (che accorderebbe al legislatore un lasso di tempo definito per intervenire).

105 Corte. Cost. 08 novembre 2018, n. 194, cit., punto 8 del Considerato in diritto.

106 Corte. Cost. 08 novembre 2018, n. 194, cit., punto 12 del Considerato in diritto.

107 Corte. Cost. 08 novembre 2018, n. 194, cit., punto 15 del Considerato in diritto. Da tempo anche la dottrina si interroga sulla scarsa efficacia dissuasiva della tutela meramente obbligatoria. Si veda, per esempio, C. ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, *op. cit.*, p. 32 ss., secondo la quale, nella determinazione della graduazione del danno subito dai lavoratori licenziati dai datori di piccole dimensioni, potrebbe avere rilievo l'effettiva dimensione dell'impresa, la capacità economica del datore di lavoro (desumibile per esempio dal fatturato), nonché la situazione del mercato del lavoro locale, il presumibile tempo necessario per reperire una nuova occupazione e gli ulteriori disagi derivanti dalla perdita del posto di lavoro.

L'intelligenza artificiale nel decreto trasparenza e nella legge tedesca sull'ordinamento aziendale*

di Matteo Corti
Professore ordinario di Diritto del lavoro
Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Abstract [It]: Il saggio confronta le due recenti riforme italiana e tedesca che hanno affrontato il problema della crescente applicazione di sistemi di intelligenza artificiale sui luoghi di lavoro: il cd. decreto "trasparenza" del 2022, che ha introdotto l'art. 1-*bis*, d.lgs. n. 152/1997, e il *Betriebsrätemodernisierungsgesetz* del 2021, che ha novellato in più punti la legge tedesca sull'ordinamento aziendale del 1972. Mentre la legge italiana punta soprattutto sui diritti di informazione individuale e collettiva, quella tedesca rafforza i diritti di partecipazione del consiglio d'azienda. L'impostazione dialogica dell'approccio tedesco pare preferibile e più adatta a un fenomeno cangiante e difficilmente declinabile in termini giuridici come l'intelligenza artificiale.

Title: Artificial Intelligence in the Transparency Decree and in the German Corporate Law Act
Abstract [En]: The essay makes a comparison between the two recent Italian and German reforms which have faced the problem of the rising application of AI systems in the workplace: the so called "transparency" decree of 2022, which introduced sect. 1-bis, legislative decree n° 152 of 1997, and the *Betriebsrätemodernisierungsgesetz* of 2021, which amended in several points the German Act on the constitution of the plant of 1972. Whereas the Italian act hinges mostly on individual and collective rights of information, the German one strengthens the participation rights of the works council. The dialogic approach of the German legislator seems to be more suitable for a phenomenon like the AI, so changeable and difficult to conceptualise in juridical terms.

Parole chiave: Intelligenza artificiale; art. 1-*bis*, d.lgs. n. 152/1997; legge sulla modernizzazione dei consigli d'azienda (*Betriebsrätemodernisierungsgesetz*); Italia; Germania
Keywords: Artificial Intelligence (AI); Sect. 1-bis, legislative decree n° 152/1997; Act on the modernisation of works councils (*Betriebsrätemodernisierungsgesetz*); Italy; Germany

Sommario: 1. Introduzione: un confronto fra l'art. 1-*bis*, d.lgs. n. 152/1997 e il *Betriebsrätemodernisierungsgesetz*. **2.** Il campo di applicazione delle due discipline. **3.** I rispettivi apparati regolativi: il sistema italiano di tutela … **4.** … e quello tedesco. **5.** Qualche conclusione preliminare, in attesa dell'Europa.

1. Introduzione

La presente breve riflessione è dedicata al contestato art. 1-*bis*, d.lgs. n. 152/1997, introdotto dal decreto "trasparenza" (d.lgs. n. 104/2022)[1] e novellato, senza peraltro profondi stravolgimenti, dal decreto

* Articolo sottoposto a referaggio.

[1] Sul "decreto trasparenza" v., per tutti, A. ALLAMPRESE-S. BORELLI, *L'obbligo di trasparenza senza la prevedibilità del lavoro. Osservazioni sul decreto legislativo n. 104/2022*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2022, I, p. 671 ss.; M. CORTI-A. SARTORI, *Il recepimento del diritto europeo in materia di condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili e di conciliazione vita-lavoro. Le misure giuslavoristiche dei decreti "aiuti"*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2022, III, p. 162 ss.; M. PERUZZI, *Intelligenza artificiale e tecniche di tutela*, in *Lavoro e diritto*, 2022, p. 541 ss.; G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2022, p. 571 ss.; ID., *Trasparenza, prevedibilità e poteri dell'impresa*, in *Labor*, 2022, p. 641

"lavoro" (d.l. n. 48/2023)[2]. In tale disposizione il legislatore nazionale ha provato a sperimentare obblighi di informazione datoriale in materia di intelligenza artificiale. Si tratta di obblighi non previsti dalla direttiva europea sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili (dir. 2019/1152)[3], che hanno spinto la primissima dottrina a prospettare perfino la violazione degli obblighi di trasposizione e a invocare una rapida abrogazione delle relative disposizioni[4]. Non sembra che si possa arrivare a pretendere tanto. E' vero che il legislatore europeo si sta muovendo su questi fronti, con la proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale, che pare ormai molto vicina all'approvazione[5], con la proposta di direttiva sul lavoro delle piattaforme[6], e con altri provvedimenti ancora. Ma ciò non basta, nella materia sociale, che è di competenza concorrente tra l'Unione e gli Stati membri, per paralizzare l'iniziativa di questi ultimi. E, tuttavia, il giudizio che qui si esprimerà sull'art. 1-*bis*, d.lgs. n. 152/1997 è severo, sia per la tecnica legislativa non certo impeccabile, sia per il ruolo trascurabile riservato agli attori collettivi. Insomma, una norma da rivedere ulteriormente, piuttosto che da abrogare.

Le riflessioni che qui si propongono saranno condotte alla luce del *Betriebsrätemodernisierungsgesetz* del 2021, che per la prima volta ha attribuito ai Consigli d'azienda tedeschi (*Betriebsräte*) prerogative in materia di

---

ss.; A. ZILLI, *Condizioni di lavoro (finalmente) "trasparenti e prevedibili"*, in *Labor*, 2022, p. 661 ss.; EAD., *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pisa, 2022, spec. p. 138 ss.; G. GAROFALO-M. TIRABOSCHI-V. FILÌ-A. TROJSI (a cura di), *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro*, Adapt University Press, Labour Studies e-Book series n. 96, 2023, spec. p. 3 ss.; A. TURSI, *"Trasparenza" e "diritti minimi" dei lavoratori nel decreto trasparenza*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2023, p. 1 ss. Specificamente sull'art. 1-*bis*, d.lgs. n. 152/1997 v. M. FAIOLI, *Trasparenza e monitoraggio digitale. Perché abbiamo smesso di capire la norma sociale europea*, in *federalismi.it*, 2022, n. 25, p. 104 ss.; M.T. CARINCI-S. GIUDICI-P. PERRI, *Obblighi di informazione e sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati (art. 1-bis "decreto trasparenza"): quali forme di controllo per i poteri datoriali algoritmici?*, in *Labor*, 2023, p. 7 ss.; M. FAIOLI, *Giustizia contrattuale, tecnologia avanzata e reticenza informativa del datore di lavoro. Sull'imbarazzante "truismo" del decreto trasparenza*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2023, p. 45 ss.

[2] Per un commento analitico al "decreto lavoro" v. E. DAGNINO-C. GAROFALO-G. PICCO-P. RAUSEI (a cura di), *Commentario al d.l. 4 maggio 2023, n. 48, c.d. "decreto lavoro", convertito con modificazioni in l. 3 luglio 2023, n. 85*, Adapt University Press, Labour Studies e-Book series n. 100, 2023. Sulle modifiche apportate all'art. 1-*bis*, d.lgs. n. 152/1997 v., in particolare, E. DAGNINO, *Modifiche agli obblighi informativi nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati (art. 26, comma 2, d.l. n. 48/2023, conv. in l. n. 85/2023)*, *ibidem*, p. 56 ss.

[3] Sulla quale v. per tutti J. M. MIRANDA BOTO, *Annotazioni sulla nuova direttiva (UE) 2019/1152. Condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea*, e V. FERRANTE, *Novità dall'Europa nella regolazione dell'orario di lavoro. La direttiva n. 1152 del 2019*, entrambi in M. CORTI (a cura di), *Il Pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale dell'UE*, Milano, 2021, rispettivamente pp. 53 ss. e 99 ss.

[4] Cfr. M. FAIOLI, *Trasparenza e monitoraggio digitale*, *op. cit.*, spec. pp. 114-115.

[5] La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale del 21 aprile 2021 (COM (2021) 206 final) è stata approvata dal Parlamento europeo in estate, ma non ancora dal Consiglio. Per una prospettiva giuslavoristica v. P. LOI, *Il rischio proporzionato nella proposta di regolamento sull'IA e i suoi effetti nel rapporto di lavoro*, in *federalismi.it*, 2023, 4, p. 239 ss., nonché la recente monografia di M. PERUZZI, *Intelligenza artificiale e lavoro. Uno studio su poteri datoriali e tecniche di tutela*, Torino, 2023, spec. p. 23 ss.

[6] Proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nelle piattaforme digitali del 9 dicembre 2021 (COM (2021) 762 final). In argomento v., tra gli altri, M. BARBIERI, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, in *Labour & Law Issues*, 2021, 7, 2, p. C.3 ss.; A. ALAIMO, *Il pacchetto di misure sul lavoro nelle piattaforme: dalla proposta di Direttiva al progetto di Risoluzione del Parlamento europeo. Verso un incremento delle tutele?*, in *Labour & Law Issues*, 2022, 8, 1, p. R.4 ss.; A. ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato*, *op. cit.*, p. 143 ss.; P. PASSALACQUA, *Qualificazione del rapporto di lavoro nella proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme e spunti sul diritto interno*, in *federalismi.it*, 2023, 9, p. 242 ss.

intelligenza artificiale[7]. L'esame comparato mostrerà che pure il legislatore teutonico si è mosso con qualche difficoltà, peraltro in un quadro che riconosce ai partner sociali a livello aziendale ben altri spazi di interlocuzione.

2. Il campo di applicazione delle due discipline

L'ambito di applicazione è definito in modo poco soddisfacente in entrambe le normative. Nella novella tedesca si rinuncia a individuare i sistemi di *Künstliche Intelligenz*, di fatto lasciando l'ingrato compito alla dottrina e alla giurisprudenza. La primissima dottrina, come prevedibile, si è polarizzata. Le posizioni estensive fanno leva sulla «comune comprensione» di intelligenza artificiale, ricomprendendone ogni applicazione, anche alla luce dei lavori preparatori della legge, che erano ancora più inclusivi, racchiudendo *in toto* le tecnologie dell'informazione e comunicazione[8]. D'altro canto, l'esegesi più restrittiva ricomprende nella *Künstliche Intelligenz* soltanto i sistemi non deterministici, quindi essenzialmente il cd. *machine learning*, sulla base di argomenti di tipo sistematico e teleologico, invero anch'essi piuttosto convincenti[9].

Sul versante italiano, il legislatore ha preferito non utilizzare il sintagma «intelligenza artificiale», ma i risultati non sono stati affatto di maggiore chiarezza. Qui l'art. 1-*bis*, d.lgs. n. 152/1997 si lascia chiaramente ispirare dalla proposta di direttiva sul lavoro nelle piattaforme digitali. Il primo comma, infatti, fa riferimento ai due distinti sistemi di cui all'art. 6, par. 1, lett. a) e b) della proposta di direttiva, ovvero ai «sistemi decisionali automatizzati» e ai «sistemi di monitoraggio automatizzati». Per rientrare nel cono applicativo dell'art. 1-*bis*, d.lgs. n. 152/1997, essi devono essere funzionali a fornire indicazioni rilevanti per l'assunzione di decisioni datoriali negli ambiti più rilevanti del rapporto di lavoro (assunzione del lavoratore; gestione e cessazione del rapporto; assegnazione di mansioni; sorveglianza, valutazione e adempimento delle obbligazioni dei lavoratori). L'impiego dell'intelligenza artificiale rientra piuttosto

[7] Il *Betriebsrätemodernisierungsgesetz* (legge sulla modernizzazione dei consigli d'azienda), entrato in vigore il 18 giugno 2021, ha novellato in più punti il *Betriebsverfassungsgesetz* (legge sull'ordinamento aziendale) del 1972. La legge persegue soprattutto due obiettivi: favorire la diffusione e il radicamento dei consigli d'azienda, specialmente nelle unità produttive di minori dimensioni, ove sono poco presenti; adeguare la funzionalità e le prerogative dei consigli alle nuove sfide tecnologiche emergenti, e segnatamente all'impiego da parte datoriale di sistemi di intelligenza artificiale. Per un commento v. W. DÄUBLER, *Betriebsrätemodernisierungsgesetz. Eine Kurzkommentierung mit Praxishinweisen*, Frankfurt am Main, 2021; J. FRANK-M. HEINE, *Künstliche Intelligenz im Betriebsverfassungsrecht*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, p. 1448 ss.; O. REINARTZ, *Das Betriebsrätemodernisierungsgesetz, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungs-Report*, 2021, p. 457 ss.; W. DÄUBLER, in W. DÄUBLER-M. KITTNER, *Geschichte und Zukunft der Betriebsverfassung*, Frankfurt am Main, 2022, pp. 486-488. Nella dottrina di lingua italiana v. M. CORTI, *Innovazione tecnologica e partecipazione dei lavoratori: un confronto fra Italia e Germania*, in *federalismi.it*, 2022, n. 17, p. 113 ss., nonché ID., *Potere di controllo e nuove tecnologie. Il ruolo dei partner sociali*, in *Labour & Law Issues*, vol. 9, n. 1, 2023, spec. p. I-67-I-68.

[8] V., ad es., O. REINARTZ, *Das Betriebsrätemodernisierungsgesetz, op. cit.*, p. 467.

[9] Cfr., per es., J. FRANK – M. HEINE, *Künstliche Intelligenz, op. cit.*, spec. p. 1451 ss.

nella prima delle due fattispecie, ma anche qui non è facile individuare con precisione a quali sistemi il legislatore faccia riferimento.

Ovviamente, poiché l'art. 22, reg. 679 del 2006 pone il divieto di decisioni puramente automatizzate, salvo che siano necessarie per l'esecuzione del contratto (come nel caso delle piattaforme), si deve ritenere che l'ambito di applicazione dell'art. 1-*bis*, d.lgs. n. 152/1997 si estenda anche ai sistemi di intelligenza artificiale utilizzati soltanto come ausilio della determinazione datoriale: diversamente, la rilevanza della disposizione sarebbe estremamente limitata. Alla luce di queste considerazioni, la circostanza che il decreto "lavoro" abbia aggiunto l'avverbio «integralmente» al co. 1 dell'art. 1-*bis*, d.lgs. n. 152/1997 («sistemi decisionali o di monitoraggio *integralmente* automatizzati» - corsivo dello scrivente) non varrebbe ad escludere dal cono applicativo della disposizione le ipotesi in cui le decisioni siano assunte dal datore di lavoro o da un suo collaboratore (e non direttamente dalla macchina), sulla base delle risultanze di sistemi decisionali o di monitoraggio totalmente automatizzati. In altri termini, ora si richiederebbe che i predetti sistemi siano completamente automatizzati, ma nulla cambierebbe riguardo alla decisione datoriale, che ben potrebbe essere presa da una persona ed essere soltanto influenzata dai dati forniti da tali sistemi[10].

Risulta maggiormente restrittivo del campo di applicazione degli obblighi informativi *ex* art. 1-*bis*, d.lgs. n. 152/1997 l'impatto della novella operata dal decreto "lavoro" al co. 8, ove ora si escludono da qualsiasi vincolo i datori che si valgono di «sistemi protetti da segreto industriale e commerciale»[11].

Come è stato correttamente rilevato da Michele Faioli, i margini di incertezza della fattispecie fotografata dall'art. 1-*bis*, co. 1, d.lgs. n. 152/1997 costituiscono un appesantimento particolarmente gravoso per i datori di lavoro, che si trovano di fronte a obblighi di informazione dei lavoratori e delle loro rappresentanze assai complessi[12].

[10] Per una conclusione simile v. E. DAGNINO, *Modifiche agli obblighi informativi*, *op. cit.*, spec. pp. 71-73. Già con riferimento alla formulazione previgente, secondo la migliore dottrina «per l'applicazione della norma […] è sufficiente che il sistema automatizzato supporti la decisione datoriale, anche se quest'ultima viene poi assunta da un soggetto umano»: così M.T. CARINCI-S. GIUDICI-P. PERRI, *Obblighi di informazione e sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati*, *op. cit.*, pp. 17-18.

[11] Rispetto alla formulazione precedente, che faceva riferimento alle informazioni riconducibili ai segreti commerciali di cui all'art. 98, Codice della proprietà industriale (d.lgs. n. 30/2005), la nuova formulazione, sicuramente più restrittiva, presenta, però, anche maggiori incertezze esegetiche: cfr. in questo senso le condivisibili considerazioni di E. DAGNINO, *Modifiche agli obblighi informativi*, *op. cit.*, p. 74.

[12] Cfr. le pagine assai critiche di M. FAIOLI, *Trasparenza e monitoraggio digitale*, *op. cit.*

3. I rispettivi apparati regolativi: il sistema italiano di tutela …

Quanto all'apparato regolativo predisposto nei due ordinamenti, il sistema italiano di tutele, come appena detto, è basato essenzialmente su obblighi di informazione di carattere individuale e collettivo[13]. Essi riguardano gli aspetti del rapporto di lavoro sui quali incide l'utilizzo dei sistemi automatizzati di decisione e di monitoraggio; i loro scopi e finalità, nonché la loro logica e il loro funzionamento; le categorie di dati raccolti e i parametri principali utilizzati per programmarli o addestrarli, inclusi i meccanismi di valutazione delle prestazioni; le misure di controllo adottate per le decisioni automatizzate, gli eventuali processi di correzione e il responsabile del sistema di gestione della qualità; il livello di accuratezza, robustezza e cybersicurezza, nonché gli impatti potenzialmente discriminatori (art. 1-*bis*, co. 2, d.lgs. n. 152/1997).

Ogni modifica incidente sulle informazioni, che possa comportare variazioni delle condizioni di svolgimento del lavoro, deve essere comunicata ai lavoratori almeno 24 ore prima (art. 1-*bis*, co. 5, d.lgs. n. 152/1997). Inoltre, il lavoratore, anche attraverso le r.s.a., r.s.u. o il sindacato territoriale, ha diritto di accedere ai dati e di richiedere ulteriori informazioni, che il datore deve fornire per iscritto entro 30 giorni (art. 1-*bis*, co. 3, d.lgs. n. 152/1997). La normativa richiama, poi, gli obblighi datoriali ai sensi del reg. n. 679 del 2016: integrazione dell'informativa con le istruzioni per il lavoratore in merito alla sicurezza dei dati; aggiornamento del registro dei trattamenti, con riferimento alle attività dei summenzionati sistemi, incluse quelle di sorveglianza e monitoraggio; analisi dei rischi e valutazione d'impatto, con consultazione preventiva del Garante della *privacy* quando il trattamento manifesti un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche (art. 1-*bis*, co. 4, d.lgs. n. 152/1997).

Il versante collettivo della tutela predisposta dal legislatore si concretizza nella previsione che il medesimo imponente flusso informativo sia indirizzato altresì alle r.s.u., r.s.a. o, in loro assenza, alle sedi territoriali delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (art. 1-*bis*, co. 6, d.lgs. n. 152/1997). Si tratta senz'altro della disposizione più deludente della nuova normativa: il sindacato resta, per ora, un semplice spettatore dell'applicazione e utilizzo dei meccanismi di intelligenza artificiale[14],

[13] La dottrina maggioritaria pare condividere l'approccio del legislatore, imperniato sulla "trasparenza" dell'algoritmo: del resto, si tratta del medesimo approccio sposato dall'art. 6 della proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali. Cfr., per es., M. PERUZZI, *Intelligenza artificiale e tecniche di tutela*, *op. cit.*, spec. p. 545 ss.; G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, *op. cit.*, spec. p. 586; A. ZILLI, *Condizioni di lavoro (finalmente) "trasparenti e prevedibili"*, *op. cit.*, spec. pp. 676-677; EAD., *La trasparenza nel lavoro subordinato*, *op. cit.*, spec. pp. 145-146; E.C. SCHIAVONE, *Gli obblighi informativi in caso di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati*, in G. GAROFALO-M. TIRABOSCHI-V. FILÌ-A. TROJSI (a cura di), *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro*, *op. cit.*, spec. pp. 216 e 226; A. TURSI, *"Trasparenza" e "diritti minimi" dei lavoratori nel decreto trasparenza*, *op. cit.*, spec. p. 22.

[14] Benché, giova dirlo, abbia mostrato un lodevole attivismo nello sfruttare, tramite l'art. 28 dello Statuto dei lavoratori, questi nuovi diritti di informazione per aprire la strada alla contrattazione: sul punto i giudici lo hanno supporto, riconoscendo che la violazione dei diritti di informazione *de quibus* costituisce condotta antisindacale. Cfr., per es., Trib. Palermo, 3 aprile 2023, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2023, p. 1004, nt. S. RENZI, *Obblighi di trasparenza in materia di sistemi automatizzati: il Tribunale di Palermo precisa il contenuto dell'informativa ex art. 1-bis D.Lgs. n. 152 del 1997*; su questa

ben lontano dal coinvolgimento *ex ante*, *in itinere* ed *ex post* consacrato nell'Accordo quadro europeo sul lavoro digitale del giugno 2020[15], ma anche dagli obblighi di negoziazione preventiva contemplati dall'art. 9 della proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali[16]. I poteri codecisionali del sindacato permangono confinati entro i limiti, ribaditi dalla novella qui commentata, di quanto previsto dall'art. 4, st. lav. sul controllo a distanza dei lavoratori[17].

4. … e quello tedesco

Di ben altro spessore risultano, invece, i diritti attribuiti al Consiglio d'azienda dal *Betriebsrätemodernisierungsgesetz*, che, certo, si appoggia su una tradizione di diritti di cogestione che ha ormai felicemente superato i 100 anni[18].

Anzitutto, con riferimento all'introduzione o all'applicazione in azienda di sistemi di intelligenza artificiale (*Künstliche Intelligenz*), il nuovo co. 3 del § 80, *Betriebsverfassungsgesetz* (di seguito: BetrVG) stabilisce il diritto del Consiglio d'azienda di ricorrere a esperti concordati con il datore, che ne sostiene anche le spese.

In secondo luogo, i diritti di informazione e consultazione del *Betriebsrat* in materia di riorganizzazione dei processi lavorativi si attivano anche quando questi implicano l'introduzione di sistemi di intelligenza artificiale (§ 90, co. 1, n. 3, BetrVG).

In terzo luogo, i più intensi diritti di partecipazione, basati sul coinvolgimento di un organismo arbitrale in caso di stallo negoziale (*Einigungsstelle*), vengono in rilievo quando il datore di lavoro utilizza l'intelligenza artificiale per scegliere i destinatari delle principali decisioni datoriali: assunzioni, trasferimenti, inquadramenti, licenziamenti (nuovo co. 2a del § 95, BetrVG).

---

pronuncia v. altresì il commento di G.A. RECCHIA, *Condizioni di lavoro trasparenti, prevedibili e giustiziabili: quando il diritto di informazione sui sistemi automatizzati diventa uno strumento di tutela collettiva*, in *Labour & Law Issues*, vol. 9, n. 1, 2023, p. C-34 ss.; Trib. Palermo, 20 giugno 2023; entrambe le fattispecie riguardavano ciclofattorini.

[15] Cfr. M. FAIOLI, *Trasparenza e monitoraggio digitale*, *op. cit.*, pp. 113-114.

[16] Più precisamente, l'art. 9, par. 1 della proposta di direttiva stabilisce che, «fatti salvi i diritti e gli obblighi di cui alla direttiva 2002/14/CE, gli Stati membri assicurano l'informazione e la consultazione dei rappresentanti dei lavoratori delle piattaforme digitali o, in mancanza di tali rappresentanti, dei lavoratori delle piattaforme digitali interessati da parte delle piattaforme di lavoro digitali per quanto riguarda le decisioni che possono comportare l'introduzione o modifiche sostanziali nell'uso dei sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati».

[17] Sul quale v. almeno le principali monografie successive alla riscrittura operata dal *Jobs Act*: A. LEVI (a cura di), *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei lavoratori modificato dal Jobs Act*, Milano, 2016; O. DESSÌ, *Il controllo a distanza sui lavoratori. Il nuovo art. 4, Stat. lav.*, Napoli, 2017; P. TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Torino, 2017; A. INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina della privacy. Una lettura integrata*, Bari, 2018; V. NUZZO, *La protezione dei lavoratori dai controlli impersonali*, Napoli, 2018; A. SARTORI, *Il controllo tecnologico sui lavoratori. La nuova disciplina italiana tra vincoli sovranazionali e modelli comparati*, Torino, 2020; N. ROSSI, *Contratto di lavoro e vita privata. Profili problematici del controllo sui lavoratori subordinati*, Torino, 2023, spec. p. 188 ss.

[18] Per un'avvincente lettura di questa storia ormai secolare v. W. DÄUBLER-M. KITTNER, *Geschichte und Zukunft der Betriebsverfassung*, *op. cit.*, ora ripercorso puntualmente da M. CORTI, *A proposito di un libro di W. Däubler e M. Kittner sulla partecipazione dei lavoratori in Germania. Un'opera ricca di spunti interessanti anche per la transizione ecologica*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2023, p. 143 ss.

Peraltro, i diritti di codecisione garantiti al Consiglio d'azienda nelle materie sociali e del personale trovano applicazione anche quando siano coinvolti sistemi di intelligenza artificiale, consentendo ai rappresentanti dei lavoratori di governarne l'introduzione e applicazione. Ciò vale, per es., nel caso degli strumenti di controllo a distanza dell'attività o della prestazione dei lavoratori, che elaborino anche i dati personali così raccolti, ovvero per i sistemi di intelligenza artificiale che assumano decisioni con riferimento all'organizzazione del lavoro, all'inizio e alla fine della giornata lavorativa, al prolungamento o alla riduzione temporanei dell'orario di lavoro (§ 87, co. 1, n. 1, 2, 3 e 6, BetrVG). Ma ciò vale altresì per i criteri di valutazione della prestazione lavorativa, quando siano incorporati in sistemi di intelligenza artificiale (§ 94, co. 2, BetrVG), come anche per le decisioni relative ad assunzioni e a licenziamenti, che siano state adottate utilizzando sistemi di intelligenza artificiale (§§ 99, co. 1, e 102, co. 1, BetrVG).
Per adempiere al suo obbligo di informare e consultare il Consiglio d'azienda, il datore dovrà illustrare il concreto funzionamento del sistema utilizzato e spiegare per quale ragione ha ritenuto di confermare le indicazioni fornite da tale dispositivo. Non potrà, in altri termini, limitarsi a dire che il sistema ha indicato per l'assunzione il tal lavoratore, oppure ha designato per il licenziamento il tal altro collaboratore[19].

5. Qualche conclusione preliminare, in attesa dell'Europa

Il confronto tra i nuovi obblighi informativi sui sistemi di decisione e monitoraggio automatizzati, contenuti nell'art. 1-*bis*, d.lgs. n. 152/1997, e la recente riforma della legge sull'ordinamento aziendale, con le sue previsioni in materia di intelligenza artificiale, mostra un approccio quasi diametralmente opposto.
Il legislatore italiano decide di affrontare aspetti, peraltro non trattati dalla direttiva trasposta dal d.lgs. n. 104/2022, in un'ottica di mera trasparenza, sotto il profilo sia individuale, sia collettivo, per rispondere alle inquietudini crescenti relative all'impiego sul lavoro di algoritmi sempre più sofisticati e di veri e propri sistemi di intelligenza artificiale. Si assiste così all'imposizione di obblighi di informazione pervasivi e financo vessatori, con il possibile intervento in funzione di controllo del Ministero del lavoro e dell'Ispettorato del lavoro, senza peraltro che tale *disclosure* preluda a un confronto e a una trattativa con il sindacato.
Nel modello tedesco, invece, i flussi informativi sono finalizzati proprio alla gestione congiunta dell'introduzione e dell'applicazione dei sistemi di intelligenza artificiale tra i partner sociali a livello aziendale, senza inutili appesantimenti burocratici e senza obblighi di informazione individuale, francamente poco incisivi se non supportati dall'azione sindacale o della rappresentanza dei lavoratori.

[19] Cfr. J. FRANK-M. HEINE, *Künstliche Intelligenz*, *op. cit.*, p. 1452.

Sarà interessante vedere quale approccio prevarrà nei diversi provvedimenti europei che si affacciano all'orizzonte, senza dimenticare che il legislatore nazionale sarà sempre libero di predisporre misure di tutela più incisive per i lavoratori.

Intelligenza Artificiale e poteri datoriali: limiti normativi e ruolo dell'autonomia collettiva*

di Umberto Gargiulo
Professore ordinario di Diritto del lavoro
Università di Napoli Federico II

Abstract [It]: Partendo da un'analisi delle caratteristiche degli strumenti di Intelligenza Artificiale (AI), il saggio esamina le potenzialità applicative dell'AI in relazione all'esercizio dei poteri datoriali. L'indagine prende in esame i potenziali effetti (taluni sicuramente distorsivi) del c.d. management algoritmico, verificando in quale misura la normativa vigente (ad esempio in tema di controlli) sia "mimeticamente" adattabile a un esercizio dei poteri tramite AI e prova anche a ipotizzare ruolo e caratteristiche d'intervento dell'autonomia collettiva.

Title: Artificial Intelligence and employer prerogatives: regulatory limits and the role of collective autonomy
Abstract [En]: Starting from an analysis of the characteristics of Artificial Intelligence (AI) tools, the essay examines the application potential of AI linked to the exercise of employer prerogatives. The survey examines the potential effects (some certainly distortive) of the so-called algorithmic management, verifying to what extent the legislation in force (for example in terms of controls) is "mimetically" adaptable to an exercise of powers through AI and also tries to hypothesize the role and intervention characteristics of the collective autonomy.

Parole chiave: Intelligenza Artificiale; algoritmi; poteri datoriali; autonomia collettiva
Keywords: Artificial Intelligence; algorithms; employer prerogatives; collective autonomy

Sommario: **1.** L'approccio di metodo. **2.** L'esercizio dei poteri datoriali attraverso sistemi di intelligenza artificiale. **3.** La "consapevolezza" dei problemi nella proposta di Regolamento UE. **4.** La normativa interna: verifica della sua utilizzabilità. **5.** Il ruolo delle parti sociali. Contrattazione collettiva e algoritmi.

1. L'approccio di metodo

Il tema affrontato, prima ancora che la ricerca di soluzioni di merito, impone scelte di metodo che interessano diverse discipline, non ultimo il diritto del lavoro. Il crescente impiego dell'intelligenza artificiale in diversi ambiti della vita sociale e dell'economia è infatti destinato a impattare in maniera significativa sui sistemi produttivi e, a seguire, sull'organizzazione nonché, inevitabilmente, sui rapporti di lavoro. Quest'ultima frontiera della digitalizzazione, però, se per un verso ripropone problemi antichi e, con essi, aspetti metodologici che costituiscono l'essenza stessa della nostra materia, per altro verso introduce elementi del tutto nuovi, che in quanto tali non possono essere affrontati utilizzando la

* Articolo sottoposto a referaggio.

tradizionale "cassetta degli attrezzi" del giurista positivo, ma impongono approcci epistemologici anch'essi rinnovati.

Da un lato, invero, emergono fenomeni che hanno contrassegnato le origini della rivoluzione industriale e ritroviamo, come in una sorta di ciclica riproposizione, in questa tarda modernità, caratterizzata da un'innovazione tecnologica che si pone come tratto distintivo della produzione. Tra questi, ne sono stati messi in evidenza due: «Il primo è l'accelerazione dei processi sociali per via tecnologica […] Il secondo è la diffusione del fenomeno dell'incidente, e del rallentamento magari fino alla paralisi, dovuto agli stessi processi di accelerazione tecnologica»[1]. Sicché, è stato ricordato che «tanto più l'accelerazione legittima i processi tanto più l'incidente rappresenta comunque un prezzo da pagare per compiere le promesse di emancipazione contenute nell'accelerazione»[2].

Dinanzi a questi elementi di oscillazione pendolare, il diritto del lavoro quasi ritrova se stesso, come disciplina che ha ragion d'essere proprio nella relazione tra le innovazioni tecniche (e tecnologiche) e l'attività lavorativa e, dunque, nell'analisi e nella riduzione, attraverso il diritto, dell'impatto che le prime determinano sull'asimmetria che caratterizza il contratto di lavoro[3].

Al contempo, però, la relazione tra *uomo* e *macchina* (intesa in senso ampio e definita qui in termini volutamente generici) assume oggi caratteristiche del tutto nuove.

Innanzitutto perché, com'è stato evidenziato, per anni le macchine hanno sostituito lavoro umano di contenuto professionale medio-basso, obbligando alla riconversione persone con bagagli di competenze talvolta modesti, laddove con l'avvento della robotica[4] e dell'intelligenza artificiale «le mansioni che oggi si possono automatizzare non sono più solo quelle manuali, e neppure solo quelle delle tre D (*dull, dirty and dangerous*), ma anche alcune mansioni di concetto, come quelle di un impiegato bancario, e anche alcune di quelle svolte da persone dotate di competenze sofisticate. Sono suscettibili di automazione tutti i lavori in cui ci siano molti dati da processare, regole chiare da applicare e la necessità di un prodotto standardizzato»[5].

---

[1] S. CACCIARI, *Scenari. Etica, antropologia, intelligenza artificiale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2022, p. 1175. V. già S. ABRAM, B. R. WINTHEREIK, T. YARROW, *Electrifying Anthropology*, Londra, 2019.

[2] Ancora S. CACCIARI, *op. cit.*, p. 1175.

[3] Ancora attuali le riflessioni di G. VARDARO, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *Politica del diritto*, 1986, p. 75 ss.

[4] Su questo tema, da ultimo, M. DELFINO, *Artificial Intelligence, Robotics and Fundamental Rights*, in *User Perspectives in Human-Centred Artificial Intelligence 2023 - CEUR Workshop Proceedings*, in *https://ceur-ws.org/Vol-3502*. Ma v. già V. MAIO, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2018, p. 1414 ss., nonché ID., *Diritto del lavoro e potenziamento umano. I dilemmi del lavoratore* aumentato, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2020, p. 513 ss.

[5] P. ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2017, I, p. 525 ss.

Questo è però, a dire il vero, soltanto un primo fattore di ricaduta. Perché, come si vedrà meglio in seguito e si sta già sperimentando nell'ambito delle relazioni lavorative gestite attraverso piattaforme digitali, l'intelligenza artificiale non interviene unicamente nella fase di attuazione delle direttive e dunque nell'esecuzione dei compiti lavorativi, bensì anche prima, nel momento dell'esercizio del potere di eterodeterminazione della prestazione, con un'apparente spersonalizzazione e oggettivazione della decisione, sia essa inerente all'esercizio della direzione, all'utilizzo di strumenti di controllo della prestazione e, in alcuni casi, al ricorso a sistemi latamente sanzionatori.

Su tutto ciò si ritornerà nelle pagine seguenti. È indubbio, però, che le sfide poste dall'evoluzione tecnologica e, nello specifico, dal crescente ricorso all'intelligenza artificiale nella gestione di momenti rilevanti del rapporto di lavoro impongano, com'è stato sottolineato, «anche sotto il profilo giuridico un approccio "*disruptive*"»[6] e, al contempo, un metodo d'interpretazione della realtà fenomenica e della strumentazione giuridica che – senza indugiare in atteggiamenti dal carattere vagamente neoluddista – continui a tenere al centro la persona, la cui libertà e dignità restano per il diritto del lavoro la ragione che giustifica, attraverso l'argine giuridico[7], la limitazione del ruolo del creditore della prestazione lavorativa e, più in generale, il fattore di dinamico riequilibrio del sinallagma contrattuale nel rapporto di lavoro subordinato.

2. L'esercizio dei poteri datoriali attraverso sistemi di intelligenza artificiale

Per ragioni di spazio, è opportuno mettere da canto il ricorso ai sistemi di elaborazione dei dati e predizione utilizzati per le selezioni di accesso al lavoro attraverso strumenti di *people analytics*, che pongono, evidentemente, innanzitutto problemi di tutela della privacy[8].

In questa sede non può non segnalarsi, tuttavia, una sensazione d'inadeguatezza della normativa in materia di protezione dei dati personali, che essendo incentrata essenzialmente sullo strumento del consenso, è destinata nel nostro ambito ad aggiramenti ed elusioni di agevole previsione. Peraltro, opportunamente, lo *European Data Protection Board* (EDPB), nelle sue Linee guida[9], con riferimento al consenso del dipendente quale «base legittima» del trattamento dei dati, evidenzia – rimarcando un dato di comune esperienza – come lo squilibrio di potere che caratterizza la relazione di lavoro renda

[6] G. FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, p. 441 ss.

[7] V. anche, M. AIMO, *Dalle schedature dei lavoratori alla profilazione tramite algoritmi: serve ancora l'art. 8 dello Statuto dei lavoratori?*, in *Lavoro e diritto*, 2021, p. 585 ss.

[8] Su questi temi, v. A. TROJSI, *Sull'impatto giuslavoristico del Data Governance Act. Riflessioni sistemiche a prima lettura del Regolamento (UE) 2022/868*, in *questa Rivista*, n. 4/2023, p. 276 ss.

[9] EDPB, *Linee guida n. 5/2020 sul consenso ai sensi del reg. 2016/679/UE*, adottate il 4 maggio 2020.

«improbabile che l'interessato sia in grado di negare al datore di lavoro il consenso al trattamento dei dati senza temere o rischiare di subire ripercussioni negative come conseguenza del rifiuto»[10].

Restando all'utilizzo dell'intelligenza artificiale nell'ambito del rapporto di lavoro e dunque quando il contratto è già "attivo", una delle principali novità è data – come accennato – dall'anticipazione del momento nel quale la tecnologia è chiamata a operare nell'organizzazione del lavoro. Oltre che nell'esecuzione della prestazione (accanto a o in luogo) del lavoratore umano, i sistemi di intelligenza artificiale intervengono nelle fasi precedenti, contribuendo all'assunzione delle determinazioni datoriali attraverso il ricorso a strumenti di elaborazione dei dati posseduti (sui destinatari delle decisioni) e, più nello specifico, tramite sistemi predittivi[11], oppure sostituiscono essi stessi la decisione, soprattutto quando quest'ultima presuppone scelte in qualche modo vincolate dall'analisi dei dati; inoltre consentono un controllo in tempo reale, costante, della prestazione stessa, mentre viene eseguita e non soltanto a valle dell'esecuzione, agevolando la valutazione dell'attività lavorativa ma anche della relazione con l'ambiente in cui viene realizzata, sia interno all'organizzazione produttiva sia esterno, ossia nel rapporto con l'eventuale utenza di riferimento.

È anche opportuno, al riguardo, ricordare la distinzione tra algoritmi c.d. "deterministici", basati su una logica lineare che correla un determinato input con il risultato prodotto, come tale riproducibile (e ripetibile) all'esito del processo, e algoritmi "non deterministici", nei quali la macchina è in grado di operare scelte in autonomia rispetto alle istruzioni fornite dal programmatore e quindi, in ipotesi, di collegare all'elaborazione delle informazioni ricevute una molteplicità di soluzioni differenti.

Il ricorso all'intelligenza artificiale, insomma, è destinato a porre non pochi problemi di ordine giuridico (oltre che filosofico o sociologico), stante la potenziale pervasività dello strumento di decisione digitale, anzitutto con riguardo all'esercizio del potere direttivo (e di organizzazione), là dove l'algoritmo (sembra che) *determini* le decisioni del management[12]. Appare, tuttavia, improprio l'uso di espressioni come

[10] Valutando la consapevolezza del consenso richiesto all'utente della piattaforma preordinata all'elaborazione di profili reputazionali, con attribuzione del relativo *ranking*, su ricorso proposto dal Garante per la Protezione dei Dati Personali, la Corte di Cassazione opera rilievi puntuali circa la trasparenza e la conoscibilità dell'algoritmo utilizzato; si legge infatti in motivazione: «Il problema, per la liceità del trattamento, era invece (ed è) costituito dalla validità – per l'appunto – del consenso che si assume prestato al momento dell'adesione. E non può logicamente affermarsi che l'adesione a una piattaforma da parte dei consociati comprenda anche l'accettazione di un sistema automatizzato, che si avvale di un algoritmo, per la valutazione oggettiva di dati personali, laddove non siano resi conoscibili lo schema esecutivo in cui l'algoritmo si esprime e gli elementi all'uopo considerati» (Cass. civ. 25 maggio 2021, n. 14381, in *De Jure*).

[11] S. RENZI, *Decisioni automatizzate, analisi predittive e tutela della privacy dei lavoratori*, in *Lavoro e diritto*, 2022, p. 583 ss.

[12] Per una riflessione monografica sul tema, M. PERUZZI, *Intelligenza artificiale e lavoro*, Torino, 2023. V. anche G. ZAMPINI, *Intelligenza artificiale e decisione datoriale algoritmica. Problemi e prospettive*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2022, p. 467 ss.

"assumere decisioni" o "decidere" riferito agli algoritmi[13]: si tratta di locuzioni che finiscono per contemplare e, in definitiva, legittimare sul piano del linguaggio una qualche irresponsabilità dell'attore umano, laddove l'algoritmo decide *se* e *nella misura* in cui è stato programmato per farlo e dunque preventivamente "autorizzato" alla decisione dall'essere umano, il quale, conferendo una sorta di delega alla macchina, assume su di sé la responsabilità della decisione successiva, eventualmente anche errata o illegittima[14].

Non è solo e tanto un problema di responsabilità connessa al prodotto e al suo eventuale difetto: una responsabilità semmai *no fault*, come nel caso di apparecchiatura che, per un problema tecnico, determini un danno involontario. Nel caso di cessione all'algoritmo della facoltà di conformazione dell'altrui prestazione lavorativa, siamo dinanzi all'abdicazione, da parte dell'uomo, rispetto a una determinazione volitiva che, piccola o grande che sia, gli è rimessa e della quale, quando vi rinuncia, non può che rispondere come se l'avesse posta in essere direttamente.

Ciò, ovviamente, è possibile nella misura in cui il diritto conservi la distinzione tra soggetto, la persona umana, e sistema di intelligenza artificiale quale oggetto ausiliario, foss'anche di elevatissimo livello tecnologico. L'utilizzo di processi automatizzati con finalità decisionali viene del resto sostenuto dalla «ambizione di assumere scelte organizzative e gestionali che tendano verso l'oggettività e l'economicità, nel convincimento che la macchina possa erodere i margini di errore che caratterizzano l'intelligenza umana»[15].

È allora da cogliere l'invito[16] ad aggiornare la mappatura dei poteri in seguito ai processi di trasformazione in atto e rivederne la classificazione anche ai fini della regolamentazione.

Si è, ad esempio, sottolineato come si stiano sviluppando meccanismi di auto-coordinamento delle prestazioni (agevolate e incentivate dalle previsioni contrattuali che sottolineano l'attitudine al *problem solving*[17]), i quali in qualche maniera surrogano il potere direttivo, che viene talora ad essere sostituito da

---

[13] Sulla «capacità di prendere decisioni» da parte del mezzo tecnologico, M. MARAZZA, F. D'AVERSA, *Dialoghi sulla fattispecie dei "sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati" nel rapporto di lavoro (a partire dal decreto trasparenza)*, in *Giustizia civile.com*, n. 11/2022.

[14] Mi domando se sia tranquillizzante rilevare che «ad un controllo rigorosamente estrinseco e successivo sulla legittimità dell'atto datoriale già adottato (anche in termini di non pretestuosità o discriminatorietà), sembra affiancarsi un controllo intrinseco e preventivo, riferito ai parametri presi a riferimento ai fini della formazione della volontà datoriale (ad es., i dati raccolti con il monitoraggio) e ai motivi che possono essere posti alla base delle decisioni più significative»: sono parole di M. DEL FRATE, *Tra gli ingranaggi dell'algoritmo, la chiave del lavoro mediante piattaforme digitali*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2022, p. 662 ss.

[15] S. RENZI, *op. cit.*, p. 586.

[16] M. NOVELLA, *Poteri del datore di lavoro nell'impresa digitale: fenomenologia e limiti*, in *Lavoro e diritto*, 2021, p. 451 ss.

[17] È il caso, tra i più rilevanti, del CCNL Metalmeccanici 5 febbraio 2021, su cui v., tra gli altri: 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. 152 ss.; A. MARESCA, *Il nuovo sistema di classificazione: valori ispiratori e tecniche applicative*, in T. TREU (a cura di), *Commentario al Contratto collettivo dei metalmeccanici*, Torino, 2022, p. 42 ss.; F. FOCARETA, *Classificazione dei lavoratori*, in V. BAVARO, F. FOCARETA, A. LASSANDARI, F. SCARPELLI

sistemi di incentivo/disincentivo gestiti dall'intelligenza artificiale[18]. Del resto, pur senza pervenire a suggestioni circa una direzione a carattere "ascendente", il potere direttivo, soprattutto nella sua configurazione quale facoltà di conformazione delle prestazioni, viene ad essere affiancato da forme di controllo diffuso dell'attività lavorativa che agevolano l'auto-correzione, in una dimensione di orizzontalità.

Pure in tal caso assistiamo a un mutamento morfologico del potere, rispetto al quale le tecnologie digitali consentono, con costi talora contenuti, di ricorrere a sistemi di monitoraggio indiretto, per "rifrazione", dei prestatori di lavoro; sistemi grazie ai quali il controllo del lavoro avviene in via mediata, attraverso il rilevamento di dati che non provengono direttamente dai lavoratori bensì, ad esempio, dai comportamenti dei consumatori o dai *feedback* degli utenti/clienti.

Per non parlare del potere sanzionatorio, che assume sembianze lontane dalle modalità di esercizio – nonché dai presupposti, formali e sostanziali di esso – conosciuti dall'impresa industriale del '900, per essere filtrato da sofisticati sistemi di *ranking* che determinano effetti, solo apparentemente indiretti, sulla vita lavorativa e sulla carriera dei lavoratori e che, in alcuni contesti (si pensi al lavoro tramite piattaforme), incidono addirittura sulla permanenza della relazione lavorativa o sulla sua ri-costituzione.

In buona sostanza, l'esercizio dei poteri sembra quasi rarefatto, talora apparentemente assente, se lo osserviamo attraverso una prospettiva tradizionale, che implica la presenza di due soggetti – uno in posizione attiva, di potere, l'altro di soggezione – ma in realtà esso nasconde un esercizio di supremazia strisciante e decisamente più pervasivo, sicché «non troppo paradossalmente, l'assenza di esercizio formale di potere (legittimato e regolamentato) potrebbe, in talune circostanze, essere indicatore di una situazione di vera e propria sottoposizione al potere sostanziale altrui»[19].

Il punto è la verificabilità *ex post* di queste scelte dell'impresa e la sindacabilità, anche giudiziale, di decisioni assunte per il tramite dell'algoritmo – nonché la "trasparenza" delle stesse (aspetto sul quale v. *infra*) – oppure, formalmente (e in apparenza), direttamente da quest'ultimo. Si tratta di restare ancorati ai principî del nostro ordinamento, nel quale il capoverso dell'art. 41 Cost. pone un limite alla discrezionalità datoriale, attivo nella misura in cui risulta funzionale alla tutela diretta della salute, dell'ambiente, della sicurezza, della libertà e della dignità umana.

Ciò premesso, il contesto non tranquillizza. Sappiamo bene – e la consolidata giurisprudenza sulla sindacabilità del giustificato motivo oggettivo ne è prova – che, fatte salve le situazioni estreme, in cui la salute del prestatore risulti oggettivamente e visibilmente in pericolo o nell'ipotesi di discriminazione, al

(a cura di), *Commentario al Contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici*, Roma, 2023, p. 305 ss.

[18] V. MAIO, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, cit.

[19] M. NOVELLA, *op. cit.*, p. 454.

di fuori cioè delle vicende più evidenti di lesione della dignità umana, i margini di manovra riconosciuti all'impresa restano decisamente ampi. E, soprattutto, in queste situazioni l'onere probatorio inerente all'anomalia decisoria che abbia inciso su sicurezza, libertà o dignità umana è posto a carico del lavoratore: dunque, di raggiungimento tutt'altro che agevole.

Questi rilievi consentono di aprire una parentesi sul tema dei licenziamenti quale conseguenza della sostituzione dell'attività umana per effetto dell'introduzione di software che ne surroghino interamente la prestazione.

Nell'ipotesi, talora futuribile ma non remota, di sostituzione dell'uomo con la macchina, osservata la situazione attraverso la disciplina limitativa dei licenziamenti individuali, può tuttora considerarsi che la sostituzione del lavoro umano con la macchina o con un software non possa, autonomamente, legittimare il licenziamento. Se, infatti, è possibile, talora indubbio, il risparmio in termini economici insieme al coevo miglioramento delle prestazioni, connesso ad esempio all'utilizzo di un determinato programma informatico, è altrettanto vero che, tecnicamente, in tal caso non si verifica la soppressione del posto di lavoro che legittima l'adozione del recesso per giustificato motivo oggettivo: residua cioè un rapporto di 1 a 1 (macchina in luogo di prestatore, che insistono sulla stessa posizione lavorativa) che porterebbe a configurare come illegittima l'adozione del provvedimento di recesso; sempre che non si consideri il risparmio in termini puramente economici[20] connesso all'utilizzo del mezzo-sostituto come elemento che giustifichi, *ex se*, la risoluzione del rapporto con il lavoratore-sostituito.

È del pari evidente, però, che là dove si verifichi il caso dell'introduzione di macchine o programmi che svolgano il lavoro di più soggetti, si avrà la riduzione del numero di addetti necessario per la realizzazione di una determinata prestazione. In questa ipotesi, allora, talune delle posizioni lavorative necessarie al raggiungimento di un determinato risultato produttivo verranno ad essere sacrificate e quindi si realizzerà proprio quella soppressione del posto di lavoro, per eccedenza di personale, che costituisce il primo degli elementi posti in relazione di causalità con il singolo rapporto di lavoro sacrificato.

Tornando al tema dei poteri e al cospetto di una loro trasformazione così incisiva, ma soprattutto dell'eterogeneità degli strumenti attraverso i quali essi vengono esercitati, appare chiaro che questa mutazione genetica delle forme di esercizio dei poteri datoriali non possa che incidere sul modello

[20] In questa direzione l'orientamento giurisprudenziale in base al quale «ai fini della legittimità del licenziamento individuale intimato per giustificato motivo oggettivo ai sensi della L. n. 604 del 1966, art. 3, l'andamento economico negativo dell'azienda non costituisce un presupposto fattuale che il datore di lavoro debba necessariamente provare ed il giudice accertare, essendo sufficiente che le ragioni inerenti all'attività produttiva ed all'organizzazione del lavoro, tra le quali non è possibile escludere quelle dirette ad una migliore efficienza gestionale ovvero ad un incremento della redditività dell'impresa, determinino un effettivo mutamento dell'assetto organizzativo attraverso la soppressione di una individuata posizione lavorativa»: così Cass. civ. 7 dicembre 2016, n. 25201, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2017, II, p. 743; ma già Cass. civ. 10 maggio 2007, n. 10672, in *De Jure*.

dell'intervento regolativo, il quale a sua volta dev'essere articolato attraverso tecniche diversificate e dispositivi differenti.

Occorre cioè chiedersi, a questo punto dell'indagine, quanta parte di tale pur necessario intervento sia composto da misure giuridiche "auspicabili" – e dunque riflettere soltanto su ipotesi *de iure condendo*, seppure *in itinere* – come nel caso di normative già in discussione a livello europeo; ovvero se si possa utilmente ricorrere a discipline già vigenti, adattandone sul piano interpretativo le previsioni, seppure nate in contesti produttivi e organizzativi (anche notevolmente) diversi da quelli di cui si discute.

3. La "consapevolezza" dei problemi nella proposta di Regolamento UE

Se, per le ragioni anticipate in premessa, è un dato acquisito che l'intelligenza artificiale possa contribuire al raggiungimento di proficui risultati dal punto di vista sociale e ambientale nonché fornire vantaggi competitivi alle imprese e, più in generale, all'economia e che i sistemi di AI presentino oggettive ricadute in settori ad alto impatto, quali quello dei cambiamenti climatici, dell'ambiente, della mobilità, sono evidenti, al contempo, i rischi per le persone che questo genere di tecnologia può provocare.

Di tanto è conscio il legislatore europeo e, con riferimento all'ambito dei rapporti di lavoro, ciò emerge anche nella proposta di Regolamento UE «che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (Legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione».

La proposta, com'è noto, applica un modello di classificazione dei sistemi di intelligenza artificiale che li considera *ad alto rischio* con riguardo ai profili connessi alla «assunzione e la selezione delle persone, per l'adozione di decisioni in materia di promozione e cessazione del rapporto di lavoro, nonché per l'assegnazione dei compiti, per il monitoraggio o la valutazione delle persone nei rapporti contrattuali legati al lavoro» (considerando n. 36). Sempre nella premessa della proposta, inoltre, si rileva che le connessioni con i rapporti di lavoro dovrebbero condurre all'esclusione dei lavoratori dal novero di quanti siano considerati semplici «utenti» ai sensi del regolamento. Importante è anche la segnalazione dei pericoli di «discriminazione, ad esempio nei confronti delle donne, di talune fasce di età, delle persone con disabilità o delle persone aventi determinate origini razziali o etniche o un determinato orientamento sessuale», oltre che in termini d'incidenza sulla protezione dei dati e la privacy[21].

[21] Nella premessa, si legge espressamente: «Anche i sistemi di IA utilizzati nel settore dell'occupazione, nella gestione dei lavoratori e nell'accesso al lavoro autonomo, in particolare per l'assunzione e la selezione delle persone, per l'adozione di decisioni in materia di promozione e cessazione del rapporto di lavoro, nonché per l'assegnazione dei compiti, per il monitoraggio o la valutazione delle persone nei rapporti contrattuali legati al lavoro, dovrebbero essere classificati come sistemi ad alto rischio, in quanto tali sistemi possono avere un impatto significativo sul futuro di tali persone in termini di future prospettive di carriera e sostentamento. I pertinenti rapporti contrattuali legati al lavoro

Si tratta di affermazioni importanti perché esprimono la consapevolezza dei rischi connessi all'utilizzo dei sistemi di AI in relazione ai rapporti di lavoro; una presa di coscienza che però sconta, nella parte propriamente precettiva della proposta, la peculiare attitudine regolativa degli strumenti prescelti, decisamente più idonei alla disciplina dei difetti di prodotto piuttosto che al contenimento delle distorsioni di dispositivi potenzialmente pervasivi di intervento e controllo in una relazione come quella di lavoro.

I momenti d'intersecazione con il lavoro dei sistemi di AI (ad alto rischio) che si sono poc'anzi descritti vengono presi in considerazione in due nuclei della proposta di Regolamento UE sull'intelligenza artificiale. Occorre partire dall'Allegato III alla proposta, che al n. 4, lett. a, indica tra i sistemi di AI ad alto rischio quelli «destinati a essere utilizzati per l'assunzione o la selezione di persone fisiche, in particolare per pubblicizzare i posti vacanti[22], vagliare o filtrare le candidature, valutare i candidati nel corso di colloqui o prove» e alla successiva lett. b classifica ad alto rischio l'intelligenza artificiale «destinata a essere utilizzata per adottare decisioni in materia di promozione e cessazione dei rapporti contrattuali di lavoro, per l'assegnazione dei compiti e per il monitoraggio e la valutazione delle prestazioni e del comportamento delle persone nell'ambito di tali rapporti»; aspetto sul quale si concentreranno, di qui a breve, alcune sintetiche considerazioni.

Va anche segnalato, al riguardo, come il testo risulti arricchito per effetto dell'emendamento approvato il 14 giugno 2023 dal Parlamento europeo[23], ove si parla di sistemi di AI «destinati a essere utilizzati per adottare decisioni o influenzare materialmente le decisioni riguardanti l'avvio, la promozione e la cessazione dei rapporti contrattuali di lavoro, l'assegnazione dei compiti sulla base dei comportamenti individuali, dei tratti o delle caratteristiche personali, o il monitoraggio e la valutazione delle prestazioni e del comportamento delle persone nell'ambito di tali rapporti di lavoro». Si tratta di modifiche di non scarsa importanza, destinate – se questa dovesse essere la regolazione definitivamente approvata – a

dovrebbero coinvolgere i dipendenti e le persone che forniscono servizi tramite piattaforme, come indicato nel programma di lavoro annuale della Commissione per il 2021. In linea di principio, tali persone non dovrebbero essere considerate utenti ai sensi del presente regolamento. Durante tutto il processo di assunzione, nonché ai fini della valutazione e della promozione delle persone o del proseguimento dei rapporti contrattuali legati al lavoro, tali sistemi possono perpetuare modelli storici di discriminazione, ad esempio nei confronti delle donne, di talune fasce di età, delle persone con disabilità o delle persone aventi determinate origini razziali o etniche o un determinato orientamento sessuale. I sistemi di IA utilizzati per monitorare le prestazioni e il comportamento di tali persone possono inoltre incidere sui loro diritti in materia di protezione dei dati e vita privata» (considerando n. 36). Interessante al riguardo anche l'emendamento del Parlamento europeo approvato il 14 giugno 2023, ove, con riguardo all'assegnazione dei compiti, il testo della Commissione viene integrato come segue: «l'assegnazione di compiti personalizzati sulla base del comportamento individuale, di tratti personali o di dati biometrici».

[22] Anche qui va registrato un emendamento del Parlamento europeo approvato il 14 giugno 2023, che sostituisce la pubblicizzazione dei posti vacanti con l'inserimento di «annunci di lavoro mirati».

[23] Su questo intervento del Parlamento, v. A. ALAIMO, *Il Regolamento sull'Intelligenza Artificiale, dalla proposta della Commissione al testo approvato dal Parlamento. Ha ancora senso il pensiero pessimistico?*, in *questa Rivista*, n. 25/2023, p. 133 ss.

incidere su profili di immediata rilevanza applicativa e a limitare le distorsioni causate dalla materiale influenza sulle decisioni, oltre che sottolineare un aspetto dell'assegnazione dei compiti "deviata" dall'incidenza «dei comportamenti individuali, dei tratti o delle caratteristiche personali». Se "il diavolo è nei dettagli", come usa dire, allora un regolamento approvato con questi correttivi potrebbe ridurre gli effetti distorti di un utilizzo strisciante e invasivo dell'intelligenza artificiale nel delicatissimo momento dell'adibizione del lavoratore alle mansioni che caratterizzano la prestazione.

È invece tutta da verificare, con riferimento alla nostra tematica, l'apertura contenuta nell'art. 7, co. 2, lett. f, della proposta di Regolamento, che conferisce alla Commissione il potere di adottare atti delegati, conformemente all'art. 73 della medesima proposta, per aggiornare l'elenco di cui al predetto Allegato III, qualora i sistemi in parola «presentano un rischio di danno per la salute e la sicurezza, o un rischio di impatto negativo sui diritti fondamentali, che è, in relazione alla sua gravità o alla probabilità che si verifichi, equivalente o superiore al rischio di danno o di impatto negativo presentato dai sistemi» ad alto rischio già inseriti nell'allegato, e indica tra i criteri di cui la Commissione deve tenere conto «la misura in cui le persone che potrebbero subire il danno o l'impatto negativo si trovano in una posizione vulnerabile» rispetto all'utente di un sistema d'intelligenza artificiale, «in particolare a causa di uno squilibrio di potere, conoscenza, situazione economica o sociale o età».

Orbene, il riferimento alla «causa di uno squilibrio di potere»[24] pare attagliarsi efficacemente alla situazione considerata in relazione all'assetto che può essere determinato da un utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale nella gestione dei rapporti di lavoro.

Il punto è che la classificazione come *ad alto rischio* dei sistemi che incidono sulla gestione del contratto di lavoro (e, prima ancora, sulla costituzione di esso) determina soprattutto un incremento del livello di attenzione, in modo particolare con riguardo alle informazioni che devono essere fornite e, specularmente, del consenso che deve essere richiesto. Il problema, però, è che il Regolamento non contempla – inevitabilmente, per la sua natura (quale atto la cui base giuridica è principalmente l'art. 114 TFUE[25]) – strumenti diversi da, pur importanti, obblighi di trasparenza, consentendo il ricorso nell'ambito europeo ai sistemi di intelligenza artificiale «subordinatamente al rispetto di determinati requisiti obbligatori e ad una valutazione della conformità *ex ante*», al più intrecciando le proprie previsioni con quelle in tema di raccolta e trattamento dei dati personali.

[24] L'emendamento approvato dal Parlamento europeo il 14 giugno 2023 non pare intervenire in maniera significativa. Nel testo proposto si fa riferimento all'esistenza di una situazione in cui si ha «uno squilibrio di potere o le persone che potrebbero subire il danno o l'impatto negativo si trovano in una posizione vulnerabile rispetto all'utente di un sistema di IA, in particolare a causa della condizione, autorità, conoscenza, situazione economica o sociale o età»: si tratta, in sostanza, di un'esplicitazione delle ragioni dello squilibrio, che però non incide sul suo riconoscimento o le sue caratteristiche.

[25] Per taluni profili, inerenti alla protezione delle persone fisiche per quanto concerne il trattamento di dati personali, anche l'art. 16 del TFUE.

Meglio di niente, si dirà, ma è evidente che tutto ciò non basta a garantire il necessario contemperamento delle opposte esigenze che s'incrociano nella relazione contrattuale di lavoro.

Nello specifico, a mancare sono dispositivi di controllo e intervento che possano fare da contraltare ai rischi e, eventualmente, agli abusi dell'intelligenza artificiale: contesti che potremmo definire di "contropotere" rispetto a un esercizio del potere che, esaltando l'asimmetria delle posizioni nel contratto, risulti agevolato dai sistemi di AI, a detrimento di diritti fondamentali della controparte.

Al riguardo, e sempre restando all'ambito normativo delle fonti europee, non può non condividersi, allora, la critica relativa a una carenza di coordinamento – seppure nella consapevolezza della diversità strutturale e giuridica delle due fonti – con la proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme, ambito quest'ultimo che costituisce oggettivamente un laboratorio nel quale i sistemi di intelligenza artificiale stanno trovando ampi margini di diffusione e dunque occasioni di test[26].

Nella proposta di direttiva, infatti, la scelta di introdurre o modificare i sistemi automatizzati è oggetto di un diritto di informazione e consultazione in capo alle organizzazioni rappresentative dei lavoratori subordinati (art. 9). Si tratta di una previsione che – pur con tutte le "fragilità" degli strumenti considerati[27] – sui temi della gestione del rapporto di lavoro tramite algoritmi[28] sostiene il dialogo sociale[29], semmai destinato a scontare nel nostro Paese le difficoltà d'individuazione del titolare del diritto di informazione e consultazione[30], in considerazione dell'annosa problematica inerente alla rappresentatività sindacale e alle ricadute sulla rappresentanza.

[26] L'art. 6 della proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme prevede che le piattaforme forniscano ai lavoratori e, su richiesta, ai loro rappresentanti e alle autorità nazionali del lavoro, diverse informazioni circa il funzionamento dei sistemi di monitoraggio automatizzati e dei sistemi decisionali automatizzati «utilizzati per prendere o sostenere decisioni che incidono significativamente sulle condizioni di lavoro». In particolare, oltre alla notizia circa l'utilizzo di tali meccanismi e le categorie di azioni monitorate e di decisioni prese, si prevede che i destinatari della previsione conoscano in anticipo i principali parametri presi in considerazione dai sistemi decisionali automatizzati e i motivi che possono giustificare i provvedimenti più gravi, che incidono sull'utilizzabilità dell'account, sulla retribuzione o sulle condizioni contrattuali del lavoratore».

[27] Per un esame delle caratteristiche di tali strumenti, proprio nel raffronto tra la proposta di direttiva che li contempla, e la proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale, v. M. DELFINO, *Lavoro mediante piattaforme digitali, dialogo sociale europeo e partecipazione sindacale*, in *questa Rivista*, n. 25/2023, (segnatamente) p. 174 ss.

[28] In dottrina T. TREU, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in *questa Rivista*, n. 9/2022, p. 190 ss. e criticamente M. FAIOLI, *Data Analytics, robot intelligenti e regolazione del lavoro*, in *questa Rivista*, n. 9/2022, p. 149 ss., spec. p. 162 ss.

[29] In argomento, M. PERUZZI, *Il dialogo sociale europeo di fronte alle sfide della digitalizzazione*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2020, p. 1213 ss.

[30] P. TOSI, G. REALMONTE, *Rider, un primo commento alla proposta di direttiva sul miglioramento delle condizioni di lavoro*, in *Guida al Lavoro*, 2021, n. 50, p. 44 ss.; F. PISANI, *La proposta di direttiva UE per i lavori delle piattaforme digitali e il Real Decreto-Ley 9/2021 spagnolo*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2022, p. 78 ss.

Va pure sottolineata la differenza, strutturale e funzionale, con gli obblighi di trasparenza: gli istituti di partecipazione (foss'anche "leggera") contemplano un ruolo attivo del soggetto collettivo[31] in grado di rappresentare l'unico strumento per limitare un potere "algoritmico" strisciante quanto esteso nella relazione di lavoro.

Sempre restando al contesto normativo di fonte europea, non sembra di potersi condividere, invece, con riferimento alla tematica oggetto di questa riflessione, l'entusiasmo che ha accompagnato l'adozione del GDPR[32], in particolare per quanto attiene alle ricadute dell'art. 22, che prescrive il diritto dell'individuo a «non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione». Innanzitutto, perché l'ambito applicativo della previsione pare limitato, considerevolmente, proprio in presenza di rapporti negoziali, ma anche perché, com'è stato opportunamente osservato, «il Regolamento non prevede che il singolo vanti il diritto a conoscere attraverso quali meccanismi il sistema automatizzato sia pervenuto a un determinato esito, circostanza da cui non può che derivare una significativa compressione delle tutele, dal momento che la consegna di una informativa generica potrebbe non consentire la ricostruzione del processo logico ad esso sottostante»[33].

4. La normativa interna: verifica della sua utilizzabilità

Passando al piano normativo interno, l'osservazione del quadro politico, dell'attività parlamentare e delle prime mosse dell'azione di governo non può che far nutrire più di una perplessità sulla celerità (e la reale volontà) del legislatore nazionale nell'affrontare, tra le altre, questa materia.

Occorre allora guardare alla normativa interna tuttora vigente per chiedersi se essa possa costituire ancora un adeguato punto di equilibrio tra esigenze dell'impresa e tutela della libertà e della dignità dei lavoratori; quindi verificare la sua attitudine a ribadire la duplice funzione, per un verso, di riconoscimento del potere datoriale nelle sue diverse forme e manifestazioni, e, per altro verso, di limitazione dello stesso anche al cospetto di innovazioni – come l'introduzione di sistemi di AI – che mutano profondamente il modo di produrre e di organizzare il lavoro.

Passando in rassegna i poteri e prendendo le mosse da quello di direzione, va rilevato come, sebbene novellata appena sette anni fa, la disciplina contenuta nell'art. 2103 c.c. abbia una formulazione che poco si presta a limitare le nuove forme di esercizio del potere che maggiormente mettono a rischio il patrimonio professionale dei lavoratori. Il legislatore ripropone la definizione contrattuale, contenutistica, dell'oggetto del contratto attraverso le mansioni individuali di assunzione, ribadendo così il limite del

[31] Cfr. L. ZOPPOLI, *La partecipazione sindacale nella civiltà digitale*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2023, in corso di pubblicazione.

[32] Regolamento UE/679/2016; il d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 recante *Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Reg. UE/2016/679* ha poi adeguato la normativa interna a quella europea.

[33] S. RENZI, *op. cit.*, p. 597.

potere direttivo, inteso quale conformazione e specificazione della prestazione dovuta, entro i margini di quanto inizialmente convenuto[34]. La disposizione, peraltro, disciplina il fenomeno osservandolo dal lato passivo della determinazione datoriale («il lavoratore deve essere adibito»), potendo così aprire a un esercizio spersonalizzato del potere.

Un argine all'assegnazione "automatica" dei compiti lavorativi potrebbe tuttavia essere rinvenuto – anche in tal caso attraverso la prospettiva debitoria – nell'art. 2104, co. 2, c.c. che, facendo riferimento ai collaboratori dell'imprenditore, certamente non contempla nella gerarchia aziendale un sistema d'intelligenza artificiale.

Al contempo, la previsione del livello di classificazione contrattuale come confine del legittimo esercizio del potere datoriale di adibizione del lavoratore allo svolgimento delle mansioni – poco rileva, in questa sede, se riferibile a un'attività di conformazione della prestazione o di modificazione dell'oggetto della stessa (e, dunque, tecnicamente, di esercizio dello *jus variandi*) – consente un intervento dell'autonomia collettiva che, sebbene si ponga soltanto *ex ante*, nella fase di scrittura della declaratoria, può costituire un importante momento di delimitazione anche della concreta assegnazione dei compiti.

Ma un altro aspetto merita di essere segnalato: un dato che si somma a una serie di altri fenomeni, talora convergenti, talaltra contraddittori, che hanno contribuito a fare del potere direttivo e del suo esercizio una sorta di termometro della complessità che ha investito il mondo del lavoro e, conseguentemente, la nostra materia.

La descritta rarefazione della direzione[35] è infatti coincisa con fenomeni più ampi, tra i quali proprio l'accentuarsi dei processi di informatizzazione, che hanno specializzato anche molti lavori manuali, rendendoli più qualificati o comunque investiti da un uso massiccio della tecnologia, sfumando

[34] Parallelamente, il superamento dell'equivalenza e l'individuazione del solo livello contrattuale come confine delle operazioni di mobilità, per un verso esalta la configurazione autonoma, quale momento di un'attività giuridicamente distinta e diversamente regolata, per altro verso però riduce, in concreto, l'area di frontiera tra direzione, intesa appunto come conformazione della prestazione, e modificazione dell'oggetto dell'attività lavorativa. Una separazione vera e propria tra potere direttivo in senso stretto e *jus variandi* si apprezza, quindi, nell'esercizio della mobilità verticale, che ha visto nel 2015 un intervento legislativo di vera e propria riscrittura della disposizione, mentre nella mobilità orizzontale, che dovrebbe caratterizzare la fisiologica, ordinaria gestione del rapporto, la distinzione tra direzione e modificazione appare sempre più incerta. Secondo M. CORTI, Jus variandi *e tutela della professionalità dopo il "Jobs Act" (ovvero cosa resta dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori)*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2016, p. 54, «lo *jus variandi* orizzontale del datore di lavoro subisce una dilatazione smisurata»; di contrario avviso R. ROMEI, *La modifica unilaterale delle mansioni*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2018, I, p. 233 ss.

[35] Si è discusso, negli ultimi due decenni, circa le caratteristiche del potere di direzione, soprattutto nell'ipotesi di sua "attenuazione". Addirittura, nelle situazioni più estreme, l'evanescenza dell'attività di conformazione della prestazione lavorativa ha fatto dubitare – o reso quanto meno più complessa e incerta – la stessa configurabilità del rapporto in termini di subordinazione. Su questo tema v. già i rilievi di R. DE LUCA TAMAJO, *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2005, p. 467 ss. A raffreddare il clima, la giurisprudenza ha ritenuto comunque compatibile con la fattispecie dell'art. 2094 c.c. l'assoggettamento attenuato all'altrui direzione a fronte della natura intellettuale dell'attività svolta o in presenza di prestazioni dai contenuti professionali elevati, riconoscendo la sussistenza di un potere direttivo anche quando è limitato a indicazioni di massima e poco frequenti.

ulteriormente la distinzione tra operai e impiegati già anticipata dall'adozione pressoché generalizzata e ormai acquisita di sistemi di inquadramento unico, secondo una ben nota tendenza già ampiamente estesa in passato.

Di certo – ma si tratta di notazione che non può essere qui sviluppata come si dovrebbe – questo fenomeno è caratterizzato da un'evidente circolarità. L'utilizzo massiccio delle tecnologie digitali agevola la modifica dei sistemi di inquadramento, disegnati per accorpare sotto un unico livello attività differenti. Di ritorno, però, l'adozione di sistemi di classificazione centrati sulle caratteristiche modali o procedurali della prestazione rende possibile l'assegnazione (volendo, anche "automatizzata") di compiti operativi e talora manuali a soggetti assunti come lavoratori di concetto, con uno svilimento prevalentemente contenutistico del lavoro, non privo di risvolti, però, anche sul piano sociale e relazionale[36].

All'opposto, accade che il ricorso a tecnologie e strumentazioni informatiche innovative, caratterizzate da un tracciamento pressoché costante dell'attività e della posizione del lavoratore – oltre ai profili inerenti al potere di controllo[37] e alla tutela della sfera di riservatezza individuale[38] (sui quali, v. *infra*) – permetta l'adozione di direttive puntuali, anche relative a luoghi e tempi di prestazione, che vengono inserite entro processi produttivi marcatamente proceduralizzati.

Quasi a seguire l'oscillazione di un pendolo, infine, il potere direttivo torna a perdere consistenza nel caso di lavoro da remoto. Pur senza ridare smalto a una distinzione tra comportamento e risultato, sulla cui inadeguatezza concettuale già da tempo la più autorevole dottrina ha messo in guardia[39], è indubbio che un lavoro (come quello agile), se caratterizzato da «fasi, cicli e obiettivi» (*ex* art. 18, l. 22 maggio 2017, n. 81), si allontani non poco dall'organizzazione del lavoro cui siamo abituati, proprio perché rinuncia *a priori* a una "gestione" quotidiana dell'attività lavorativa oggetto di prestazione.

In siffatte prospettive organizzative l'attenuazione del potere direttivo viene esasperata. L'esercizio del potere diventa più saltuario (o addirittura *una tantum*) – aspetto che attiene, però, alla frequenza più che all'intensità – rispetto a quanto accade nei rapporti di lavoro "tradizionali", in cui la direzione è quotidiana, e impone di ripensare il concetto stesso di ordine e/o di direttiva rilevanti ai sensi dell'art. 2104, co. 2, c.c.; sicché una volta fornita la direttiva-madre, l'intelligenza artificiale può essere utilizzata efficacemente per le correzioni di rotta e per la verifica, pressoché costante oltre che in tempo reale, dell'esecuzione. Il datore di lavoro non soltanto non indica giornalmente *cosa* fare, ma in qualche maniera rinuncia pure a

[36] Parla di "nuove vulnerabilità" M. BROLLO, *Tecnologie digitali e nuove professionalità*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2019, p. 468.

[37] V. NUZZO, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Napoli, 2018.

[38] Cfr. P. LAMBERTUCCI, *Nuove forme di organizzazione imprenditoriale e limiti al potere di controllo tra disciplina statutaria e tutela della privacy*, in *Diritti lavori mercati*, Quaderno n. 8/2020, p. 413 ss.; C. MURENA, *I controlli difensivi alla prova della tecnologia: strumenti "di lavoro" o strumenti "di controllo"?*, in *Diritti lavori mercati*, Quaderno n. 8/2020, p. 437 ss.

[39] L. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1954, I, p. 305 ss.

indirizzare *come* svolgere quella determinata attività, vale a dire quale ordine seguire, quali criteri di priorità adottare, quale metodo organizzativo considerare preferibile: la direzione, in sostanza, si attesta unicamente nel momento iniziale di assegnazione dell'obiettivo lavorativo.

Come si è già segnalato[40], traspare, in conclusione, un potere sottoposto a una torsione che ne ridisegna ambiti e confini, finalità e strumenti, determinando, quanto al suo concreto esercizio, un'evidente polarizzazione: da un lato il potere direttivo "evapora" sul piano applicativo, attenuandosi fino a raggiungere un nucleo essenziale di direzione, appena idoneo a distinguere la subordinazione tecnico-funzionale dal coordinamento del lavoro autonomo; dall'altro, all'opposto, si frammenta in una quotidiana, costante e puntuale direzione dell'attività lavorativa, che ha luogo attraverso il pervasivo ricorso a strumenti tecnologici di guida e (contestuale) controllo della prestazione[41].

Al riguardo, in dottrina si era dato ampio risalto – con valutazioni di segno opposto[42] – agli effetti delle previsioni del d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104 (c.d. decreto trasparenza) che aveva inserito un art. 1-bis nel d.lgs. 29 maggio 1997, n. 152, imponendo al datore di lavoro di «informare il lavoratore dell'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati deputati a fornire indicazioni rilevanti ai fini della assunzione o del conferimento dell'incarico, della gestione o della cessazione del rapporto di lavoro, dell'assegnazione di compiti o mansioni nonché indicazioni incidenti sulla sorveglianza, la valutazione, le prestazioni e l'adempimento delle obbligazioni contrattuali dei lavoratori». Com'è noto, però, con il c.d. decreto Lavoro (d.l. 4 maggio 2023, n. 48, convertito in l. 3 luglio 2023, n. 85), il legislatore ha aggiunto l'avverbio «integralmente» alla locuzione inerente ai sistemi automatizzati, di fatto limitando, e non di poco, la portata originaria della norma.

Anche in tal caso, tuttavia, pur senza sminuire la rilevanza della prospettiva di tutela fondata sulla pubblicità e la condivisione delle informazioni e sull'utilizzo di queste ultime da parte delle organizzazioni sindacali[43], siamo pur sempre in una logica meramente "informativa", che sicuramente agevola, ma non

---

[40] Si consenta un rinvio a U. GARGIULO, *La determinazione della prestazione di lavoro tra libertà e dignità: potere direttivo e* jus variandi *a cinquant'anni dallo Statuto*, in *Diritti lavori mercati*, Quaderno n. 8/2020, p. 401 ss.

[41] Si è detto che nella c.d. *smart factory* «le attrezzature che consentono il monitoraggio sono sempre funzionali a rendere la prestazione lavorativa e valgono a conformare la stessa (conservando una spiccata capacità di sorveglianza»: così L. TEBANO, *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, Napoli, 2020, pp. 245-246, la quale parla di *potere di controllo direttivo*.

[42] V. ad esempio le posizioni critiche di M. FAIOLI, *Giustizia contrattuale, tecnologia avanzata e reticenza informativa del datore di lavoro. Sull'imbarazzante "truismo" del decreto trasparenza*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2023, p. 57 ss. Una lettura in termini di «piena effettività dell'imperativo di trasparenza posto dalla fonte eurounitaria» è invece proposta (seppure in relazione al testo originario della disposizione) da M.T. CARINCI, S. GIUDICI, P. PERRI, *Obblighi di informazione e sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati (art. 1-bis "Decreto Trasparenza"): quali forme di controllo per i poteri datoriali algoritmici?*, in *Labor*, 2023, 1, p. 11 ss.

[43] A. TURSI, *"Trasparenza" e "diritti minimi" dei lavoratori nel decreto trasparenza*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2023, p. 22 ss.

può sostituire il piano di una più efficace tutela *ex post*, che agisca in termini di riequilibrio dell'assetto di potere reso patologicamente asimmetrico per effetto dell'utilizzo della tecnologia[44].

In ogni caso, la disposizione ribadisce che «resta fermo quanto disposto» dall'art. 4, l. 300/1970; il che ci riporta all'ampiezza della portata precettiva di tale ultima previsione e al ruolo dell'autonomia collettiva al riguardo (su cui, v. *infra*), conducendo a spostare l'indagine sul controllo dell'attività lavorativa. Infatti, probabilmente un dispositivo normativo utilizzabile anche nell'ipotesi di ricorso a sistemi di vigilanza basati sull'intelligenza artificiale può essere tuttora l'art. 4, l. 300/1970, (anche) come novellato nel 2015, applicato nella lettura, coerente con la *ratio* della disposizione, fatta propria dall'Autorità Garante della Privacy[45] e dalla Corte di Cassazione[46], sovente impegnate a limitare il cortocircuito tra i primi due commi della norma ed evitare che attraverso le deroghe del capoverso (soprattutto quella inerente agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa), venga sostanzialmente e stabilmente eluso il controllo, sindacale ovvero amministrativo, che si realizza nell'accordo o nell'autorizzazione preventivi.

Discorso diverso attiene, infine, all'esercizio del potere disciplinare che, come si è anticipato, è investito da un processo che ne modifica dalle fondamenta contenuti e forme di esercizio.

Qui il problema non nasce dall'inadeguatezza della disciplina limitativa, quanto dall'apparente inabissamento del potere in parola. Il potere disciplinare, però, non è sparito, semmai la sanzione viene talora spostata su piani diversi da quello tradizionale, confinato tra gli art. 2106 c.c. e 7, l. 300/1970: piani più evanescenti e, ovviamente, privi del tutto di quelle garanzie procedurali e di contraddittorio che caratterizzano il potere disciplinare tecnicamente inteso.

Ciò peraltro accade con modalità che risentono delle dimensioni aziendali. Nelle imprese piccole e piccolissime, non è frequente il ricorso al potere disciplinare attraverso sanzioni conservative, in virtù dei rapporti talora molto stretti che sussistono tra il management, spesso coincidente con la proprietà, e il singolo prestatore, ma anche delle ridottissime garanzie che affiancano la sanzione espulsiva eventualmente illegittima, per effetto delle quali la possibilità di esercizio del recesso (non necessariamente per inadempimento) costituisce una costante dell'intera vita lavorativa del prestatore.

Per converso, nelle aziende più grandi – e a prescindere, pure in questo caso, dall'oggettiva contrazione dell'apparato di tutele in caso di licenziamento ingiustificato registrata nell'ultimo decennio[47] – la sanzione, o la sola minaccia di essa per conseguire l'effetto di deterrenza, sempre più frequentemente

[44] Rispetto ai due estremi – informazione quale effetto di un obbligo di trasparenza e tutela successiva, prevedibilmente giudiziale, di verifica degli eventuali abusi – si pone, in una logica "mediana" il ricorso (cui si è già fatto cenno nel testo) alla partecipazione sindacale, quale strumento di controllo *in itinere* e di potenziale limitazione dei poteri datoriali esercitati attraverso sistemi digitali avanzati.

[45] Garante privacy, 18 aprile 2018, n. 232.

[46] Cfr., tra le altre, Cass. civ. 14 luglio 2017, n. 17531, in *De Jure*.

[47] Una contrazione sistematica dell'apparato di tutela che è stato "certificato" da Cass. civ. 6 settembre 2022, n. 26246, in *De Jure*, in tema di decorrenza della prescrizione dei crediti del lavoratore.

passa attraverso meccanismi di valutazione tutt'altro che trasparenti e, da ultimo, mediante dispositivi di *ranking* reputazionale che, proprio per effetto dell'apparente (in realtà, solo dichiarata) "oggettività" del meccanismo di raccolta dei dati, finiscono per essere temuti dai lavoratori e in ogni caso realizzano un sistema nel quale la tradizionale relazione adempimento/inadempimento viene sostituita da un criterio molto più fluido e, soprattutto, influenzato da profili attinenti al grado di "affidabilità", se non di vera e propria adesione ideologica alla missione produttiva dell'azienda e agli standard di rendimento imposti ai collaboratori.

Il tema delle decisioni (che si pretende siano) automatizzate si pone quindi anche in relazione all'esercizio del potere disciplinare, di cui va registrata una diluizione; le facoltà sanzionatorie perdono quel tratto di tipicità che ne costituisce un fattore di certezza e divengono sovente "innominate" ed evanescenti, come nel caso delle limitazioni o restrizioni dell'*account* del lavoratore.

Al riguardo forse, più che un nuovo intervento regolativo, occorrerebbe un po' più di coraggio da parte della magistratura del lavoro, che spesso nega natura disciplinare a provvedimenti datoriali *sostanzialmente* sanzionatori, in base a un'applicazione assolutamente formalistica della normativa limitativa di tale potere, che finisce nei fatti per essere azionata su iniziativa dello stesso datore di lavoro. Cosicché, pur nella consapevolezza che la disciplina del potere sanzionatorio privatistico necessiti da tempo di un aggiornamento[48], si potrebbe quanto meno evitare l'alterazione funzionale del potere, sottoponendo *ogni* tipo di provvedimento che risulti *sostanzialmente* punitivo alla verifica di proporzionalità (*ex* art. 2106 c.c.) e, in ogni caso, al rispetto di vincoli procedurali di garanzia (a partire dal contraddittorio) che la Consulta[49] identifica, com'è noto, quali principi di civiltà giuridica.

5. Il ruolo delle parti sociali. Contrattazione collettiva e algoritmi

Il quadro legislativo oscilla, quindi, tra ipotesi di regolamentazione europea che, pur nella consapevolezza dei problemi, non appaiono in grado di adottare soluzioni idonee ad affrontare compiutamente i fenomeni considerati, e un assetto normativo interno che, sebbene composto da previsioni caratterizzate da una discreta capacità mimetica, nell'insieme risulta inadeguato (e comunque inevitabilmente "datato") rispetto all'obiettivo di temperamento delle distorsioni connesse all'impiego dell'intelligenza artificiale.

Forse, allora, guardare ancora una volta al possibile ruolo delle parti sociali, agli strumenti di partecipazione e alle potenzialità del contratto collettivo, che presenta maggiore capacità di adattamento al mutare dei contesti produttivi e tecnologici[50].

---

[48] Aggiornamento per il quale si potrebbe fare tesoro dell'esperienza maturata nel settore del lavoro pubblico, prima ancora che per i profili procedurali, per la proficua rimessione – pur tra non poche contraddizioni – alla fonte collettiva, proprio della determinazione sia delle infrazioni che delle sanzioni applicabili al lavoratore inadempiente.

[49] Corte cost. 30 novembre 1982, n. 204.

[50] Interessanti al riguardo gli spunti di riflessione contenuti nei contributi raccolti in U. GARGIULO, P. SARACINI (a

Seguendo la linea discendente già adoperata per le fonti legislative, si possono prendere le mosse dall'Accordo Quadro delle Parti Sociali Europee sulla Digitalizzazione, ove si osserva che «se, da un lato, i sistemi e le soluzioni di IA hanno preziose potenzialità per aumentare la produttività dell'impresa ed il benessere della forza lavoro e per conseguire una migliore ripartizione delle mansioni tra i lavoratori, tra le diverse parti dell'impresa e tra le macchine e gli esseri umani, dall'altro è anche importante assicurarsi che i sistemi e le soluzioni di IA non compromettano ma aumentino il coinvolgimento umano e le capacità sul lavoro».

Se appare pertanto opportuno che, tra le misure da prendere in considerazione, sia previsto che «in situazioni in cui i sistemi di IA sono utilizzati nelle procedure di risorse umane, come l'assunzione, la valutazione, la promozione ed il licenziamento, nonché l'analisi delle prestazioni, la trasparenza deve essere salvaguardata fornendo informazioni» e che il lavoratore possa «presentare una richiesta di intervento umano e/o contestare la decisione, chiedendo anche la verifica dei risultati dell'IA», tale previsione è anche, da un certo punto di vista, "ingenua" là dove affida al singolo la contestazione della decisione e la verifica dei risultati: profili che presuppongono, entrambi, non solo la conoscibilità (astrattamente collegabile all'invocato principio di trasparenza), bensì la conoscenza effettiva, anche sul piano tecnico, del processo che ha determinato la decisione contestata.

Probabilmente, nella consapevolezza di un perdurante silenzio legislativo e in attesa di una implementazione ad opera delle parti sociali nazionali affiliate a quelle europee firmatarie, si può allora segnalare, come spunto di valorizzazione di un sistema di relazioni industriali efficace e partecipativo, l'Accordo interconfederale sottoscritto da Confindustria, Cgil, Cisl e Uil il 9 marzo 2018, il c.d. *Patto per la fabbrica*, che si propone di guidare l'attuazione dei «processi di trasformazione e di digitalizzazione» nel settore manifatturiero e nei servizi innovativi, tecnologici e di supporto all'industria[51], favorendo, attraverso la contrattazione di secondo livello, «modalità di partecipazione più efficaci ed incisive» dei lavoratori nel processo organizzativo dell'impresa.

Tra i contratti collettivi di categoria rinnovati successivamente al Patto vi è il CCNL del settore metalmeccanico, ove si registra un'apertura (segnatamente nell'art. 9[52]) alla partecipazione dei lavoratori,

cura di), *Parti sociali e innovazione tecnologica*, in *Diritti lavori mercati*, Quaderno n. 15/2023, cui sia consentito rinviare.

[51] Si veda, tra gli altri, I. SENATORI, *Italian Industrial Relations and the Challenges of Digitalisation*, in *Hungarian Labour Law E-Journal*, n. 2/2021, p. 1 ss.

[52] Ad avviso di M. CARRIERI, *Il contratto collettivo nazionale come laboratorio delle relazioni industriali*, in G. ZILIO GRANDI (a cura di), *op. cit.*, p. XXI, in questo contratto-laboratorio la partecipazione viene arricchita di nuovi strumenti, che riguardano tanto la promozione della partecipazione organizzativa che la possibilità di sperimentare un arricchimento della *governance* tradizionale delle imprese. Osserva l'A. che «non si tratta però solo di *nuances* tecniche, ma più in generale dell'affermazione di una prospettiva». In tema v. anche i commenti di: M. BIASI, *La partecipazione dei lavoratori nel Ccnl Metalmeccanici 5 febbraio 2021: la retta via e il lungo cammino*, in G. ZILIO GRANDI (a cura di), *op. cit.*, p. 93 ss.; V. NUZZO, F. MARTELLONI, *Informazione e consultazione in sede aziendale*, in V. BAVARO, F. FOCARETA, A. LASSANDARI, F. SCARPELLI (a cura di), *op. cit.*, p. 91 ss.

anche secondo moduli sperimentali e innovativi. Viene da chiedersi se questa spinta a un incremento dei modelli partecipativi non sia ancora troppo timida e, soprattutto, non viaggi a una velocità eccessivamente ridotta rispetto a quella che caratterizza l'innovazione tecnologica e il ricorso a strumenti di supporto dei poteri datoriali basati su sistemi di intelligenza artificiale.

Proverei allora ad introdurre un elemento di provocazione diverso, a sostegno di un incremento della partecipazione, ma attraverso lo strumento "classico" della contrattazione collettiva, segnatamente di quella di livello aziendale, partendo da quanto si legge nel Libro Bianco sull'intelligenza artificiale della Commissione Europea: «I cittadini temono di essere privati dei mezzi per difendere i loro diritti e la loro sicurezza di fronte alle asimmetrie informative del processo decisionale algoritmico, mentre le imprese sono preoccupate per l'incertezza giuridica»[53]. Questa osservazione, per certi versi quasi scontata, costituisce a ben vedere la descrizione delle ragioni per le quali la fonte collettiva potrebbe rappresentare, come sovente accade nella nostra disciplina, lo strumento più idoneo per bilanciare e contemperare le (talora opposte) esigenze delle imprese – ma parlerei, più genericamente, di esigenze datoriali[54] – e le istanze di riconoscimento e tutela dei propri diritti, provenienti dai lavoratori.

Senza peccare d'ingenuità o auspicando modelli di relazioni industriali che non appartengono alla tradizione di tutti i sistemi nazionali e sicuramente non del nostro, che conserva un tasso elevato di conflittualità, le ragioni per le quali un imprenditore può decidere di negoziare sono sostanzialmente due: *per costrizione* (a valle di azioni di autotutela collettiva, e dunque, essenzialmente, seppure non esclusivamente, di sciopero) che compromettano l'ordinato svolgimento dell'attività produttiva; ovvero *per convenienza*, cioè per prevenire o limitare il conflitto oppure per ridurre i rischi del contenzioso.

Qui si apre, a mio avviso, un concreto e significativo spazio negoziale. La delimitazione convenzionale dell'ambito e delle modalità di esercizio dei poteri costituisce – è un rilievo quasi ovvio sul piano storico – il presupposto per il riconoscimento di quei medesimi poteri e della loro ampiezza. Si pensi a quanto accade con i richiamati accordi *ex* art. 4, l. 300/1970: nel momento in cui confinano entro l'alveo di legittimità concordata il ricorso agli strumenti dai quali possa indirettamente derivare il controllo dei lavoratori, le intese legittimano il controllo stesso in capo all'impresa e riducono, non di poco, i rischi (anche penali, ma non solo) connessi all'utilizzo di una determinata tecnologia.

Orbene, in questa prospettiva, il contratto collettivo può risultare lo strumento più idoneo a disciplinare il ricorso a sistemi di intelligenza artificiale «dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori», per usare le parole dell'art. 4 dello Statuto[55], prevedendo al contempo forme

[53] Commissione Europea, *Libro Bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, Bruxelles, 19 febbraio 2020, p. 10.

[54] Comprendendo quindi anche quelle del settore pubblico, in particolare se inteso in senso "allargato" e dunque comprensivo del multiforme panorama degli enti partecipati.

[55] Sul rapporto tra disciplina europea (*in fieri*) e art. 4, l. 300/1970 v. anche le considerazioni di A. DONINI, *Informazione*

di partecipazione dei lavoratori non limitate alle sole informazione e consultazione di essi. Questi accordi potrebbero cioè prevedere dispositivi di verifica, da parte dei singoli lavoratori e dei loro rappresentanti (più precisamente, dei lavoratori *attraverso* i propri rappresentanti) del corretto esercizio del potere mediante strumenti di intelligenza artificiale; una verifica, quindi, non limitata alle modalità del controllo, ma estesa al potere direttivo, qualora esercitato attraverso decisioni non filtrate dalla gerarchia aziendale, ma dettate direttamente dalla macchina.

Non si tratta, in effetti, di "contrattare l'algoritmo", come pure è stato ipotizzato[56], quanto di negoziare modalità di verifica circa l'esercizio dei poteri datoriali attraverso algoritmi. Non è un gioco di parole: nel primo caso, l'impresa dovrebbe concordare il contenuto informatico di uno strumento che va ad innervare un potere già riconosciuto (in quanto coessenziale alla subordinazione) e unilaterale; nel secondo, invece, si tratterebbe di permettere un intervento nella fase della verifica circa l'esercizio medesimo e dunque sui profili di legittimità di esso.

Da qui la "convenienza" cui si accennava nella premessa di queste ultime riflessioni: una per tutte, la possibilità di prevenire o comunque ridurre i rischi connessi al contenzioso. Da questo punto di vista il laboratorio costituito dall'esperienza, anche italiana, del lavoro tramite piattaforme digitali, fornisce indicazioni interessanti.

In tale ambito, non poche decisioni favorevoli ai lavoratori e ai loro sindacati rilevano l'*opacità* degli algoritmi, dietro i quali possono nascondersi prassi illegittime o addirittura, nei casi più estremi, discriminatorie[57]. Non è da escludere che talune di queste controversie, destinate a crescere di numero, in proporzione al ricorso spinto a sistemi di distribuzione del lavoro e di incentivazione/disincentivazione regolate da algoritmi, potrebbero avere esiti differenti qualora il sistema di intelligenza artificiale fosse maggiormente aperto al controllo del lavoratore o (meglio) dei suoi rappresentanti, se non addirittura – in ipotesi – concordato con questi ultimi.

Si tratta, com'è evidente, di un perimetro d'intervento che si presenta "a geometria variabile" e che può essere realizzato attraverso *step* diversi di negoziazione, che vanno da quello, minimo, della possibilità del singolo lavoratore (da solo o attraverso la rappresentanza sindacale) di contestare la decisione presa con il supporto dell'algoritmo o, addirittura, direttamente da quest'ultimo, a un intervento contrattuale di più

sui sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati: poteri datoriali e assetti organizzativi, in *Diritti lavori mercati*, 2023, p. 100 ss.

[56] C. MANCINI, *L'innovazione va al congresso*, in *Rassegna sindacale*, *Idea Diffusa*, in *www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2019/01/ideadiffusa07_9642*. Cfr. anche *Contrattare l'algoritmo: co-determinare il lavoro 4.0 nell'azienda e nel territorio*, in *IGF Italia 2018, Report Finale*, in *www.agid.gov.it/sites/default/files/repository_files/report_igf_italia_2018_in_italiano.pdf*, p. 32; S. CAMUSSO, *Contrattare l'algoritmo, la strada è segnata*, in *Collettiva*, in *www.collettiva.it/rassegna/2018/07/09/news/contrattare_l_algoritmo_la_strada_e_segnata-484410*. Opportunamente, M. ESPOSITO, *La conformazione dello spazio e del tempo nelle relazioni di lavoro: itinerari dell'autonomia collettiva*, in *Le dimensioni spazio-temporali dei lavoro*, relazione alle Giornate di Studio AIDLASS, Campobasso, 25-26 maggio 2023, p. 11 del dattiloscritto, osserva che «l'espressione, indubbiamente felice, "contrattare l'algoritmo" non va presa alla lettera, secondo me; essa prospetta un opportuno recupero del potere sindacale sul controllo delle dinamiche datoriali rafforzate dall'intelligenza artificiale ma non deve, altresì, distogliere dall'esigenza di vigilare anche sulla garanzia di condizioni minime di esistenza dignitosa».

[57] M. LAMANNIS, *Frank è un falso cieco: l'algoritmo discrimina i riders*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, n. 5/2021, p. 532 ss.

ampia portata, cioè di preventiva negoziazione delle caratteristiche degli *input* forniti al sistema (natura dei dati, quantità e controllabilità dei medesimi, ecc.), dei *cluster* di riferimento cui l'AI è chiamata a rapportarsi, del grado di linearità o meno (se cioè la macchina ha possibilità di scegliere tra più soluzioni) dell'*output* decisionale, con un crescendo di potenzialità, quanto all'oggetto dell'intervento negoziale, che potrebbe giungere anche alla (da alcuni invocata, soprattutto in ambito sindacale) contrattazione dell'algoritmo.

Si tratterebbe, però, in tal caso, soltanto di un possibile punto di arrivo, peraltro non agevole da raggiungere per tutte le difficoltà, normative e tecniche (anche di cultura digitale delle organizzazioni sindacali), già accennate. Invertire l'ordine di priorità rischia, altrimenti, d'ingenerare una pericolosa eterogenesi dei fini: per tentare, a tutti i costi, di negoziare la "stringa" dell'algoritmo si rinuncia a conseguire obiettivi di limitazione e verifica dell'esercizio dei poteri datoriali che appaiono maggiormente a portata di mano.

Quanto al livello della negoziazione, è del pari evidente che nella prospettiva esaminata è il contratto aziendale, in coerenza con la sua funzione di prossimità, a porsi come lo strumento più idoneo a realizzare questo genere d'intese.

È chiaro che in tale situazione restano inalterate le incognite connesse all'individuazione dell'agente negoziale, stante l'annosa e irrisolta questione della rappresentatività sindacale, che a livello decentrato si pone in termini maggiormente problematici, anche alla luce della previsione dell'art. 51, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, che ha sciolto alcuni nodi intricandone altri[58], soprattutto nell'ipotesi in cui a stipulare l'accordo aziendale non sia una rappresentanza unitaria bensì soltanto la RSA costituita ai sensi dell'art. 19, l. 300/1970.

Quelle proposte sono, al momento, solo suggestioni: resta, di fondo, la necessità di interventi che consentano di evitare gli effetti distopici dell'uso dell'intelligenza artificiale, bilanciando gli opposti interessi e salvaguardando i diritti fondamentali degli individui. È evidente che per far ciò occorra tuttavia un mutamento di prospettiva: alla necessità che cambi l'atteggiamento talvolta chiuso al confronto del mondo delle imprese non può contrapporsi un sindacato arroccato su posizioni e modelli di rappresentanza inadeguati al mutare dei contesti, anche tecnologici, di riferimento; un sindacato al quale è, invece, richiesto un rapido e tutt'altro che facile aggiornamento delle proprie competenze, anche in ambito tecnologico. Non può non condividersi, del resto, in conclusione, il rilievo che «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»[59].

[58] Si consenta sul punto di rinviare a U. GARGIULO, *Rappresentanza e contrattazione in azienda*, Milano, 2017.
[59] T. TREU, *op. cit.*, p. 203.

Intelligenza artificiale e sindacato. Chi controlla i controllori artificiali?*

di Lucio Imberti
Professore ordinario di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Bergamo

Abstract [It]: Il contributo prende in esame i riflessi che l'intelligenza artificiale e i relativi cambiamenti organizzativi possono avere sul livello di tutela dei lavoratori. A questo proposito l'indagine si concentra, anche attraverso la disamina di un caso aziendale, sul ruolo che la contrattazione collettiva aziendale e il sindacato possono svolgere per il perseguimento della qualità del lavoro e dell'occupazione unitamente a quello della tutela dei lavoratori.

Title: Artificial intelligence and syndicate. Who controls the artificial controllers?
Abstract [En]: The contribution examines the repercussions that artificial intelligence and the related organizational changes can have on the level of protection of workers. In this regard, the survey focuses, also through the examination of case study, on the role that collective bargaining at company level and the union can play in pursuing the quality of work and employment together with that of protection of workers.

Parole chiave: Intelligenza artificiale; Cambiamento organizzativo; Ruolo del sindacato; Contrattazione collettiva aziendale; Caso di studio
Keywords: Artificial intelligence; Organizational change; Role of the trade union; Collective bargaining at company level; Case study

Sommario: **1.** La tutela del lavoro nella dimensione collettiva alla prova dell'intelligenza artificiale. **2.** L'accordo quadro europeo tra le parti sociali sulla digitalizzazione del giugno 2020. **3.** La proposta di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale e i profili di tutela collettiva per i lavoratori tra testo della Commissione 2021 ed emendamenti del Parlamento 2023. **4.** Intelligenza artificiale e art. 4, l. n. 300/1970: il *routing* evoluto Afiniti. **5.** Sintetiche riflessioni conclusive sul possibile ruolo del sindacato ai fini della tutela del lavoro nell'ambito dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale.

1. La tutela del lavoro nella dimensione collettiva alla prova dell'intelligenza artificiale

I LABChain Workshops "Intelligenza artificiale e mercati digitali: sfide per il diritto del lavoro" (edizione 2022) e, in particolare, quello in tema di "Regolazione del lavoro e proposta di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale" (7 novembre 2022) – nell'ambito del quale è stato svolto un intervento che ha poi portato alla redazione del presente contributo – muovono dalla constatazione che le prospettive di impiego dell'intelligenza artificiale (IA) nel prossimo futuro saranno sempre più determinanti per lo sviluppo e la produttività delle imprese e del lavoro comportando inevitabili evoluzioni organizzative. Una tecnologia in grado di migliorare le previsioni, ottimizzare le operazioni e l'assegnazione delle risorse e che consenta la personalizzazione dei servizi offerti presenta potenzialità di efficienza in linea con i

* Articolo sottoposto a referaggio.

continui cambiamenti del mercato e con le necessarie esigenze della transizione digitale. L'IA nel suo impatto con le relazioni di lavoro necessita, però, di limiti e di regole affinché il suo utilizzo sia corretto ed equilibrato[1] e non vada a discapito della tutela dei lavoratori in ragione del progressivo disallineamento tra evoluzione tecnologica ed evoluzione della società e delle sue norme[2].

Al riguardo, è stato opportunamente osservato[3] come i sistemi di IA consentano certamente – dal punto di vista tecnologico – il c.d. *data driven management*, che si propone di organizzare, dirigere e ottimizzare anche la gestione delle risorse umane, utilizzando informazioni estratte grazie alle nuove tecnologie dall'attività dei lavoratori.

Questo contributo intende appunto affrontare sinteticamente le implicazioni e le sfide che l'IA pone alla tutela del lavoro[4] nella dimensione collettiva, con particolare riferimento al ruolo che può essere assunto (e, in parte, viene già svolto) dalla contrattazione collettiva a livello aziendale nel difficile bilanciamento tra un adeguato livello di protezione delle condizioni di lavoro dei lavoratori e del loro posto di lavoro e un ineludibile adeguamento alle novità organizzative indotte, in ciascuna realtà aziendale, dall'IA.

Su tali aspetti le parti sociali a livello europeo hanno sviluppato una prima riflessione che ha condotto ad un accordo quadro (di cui si tratterà nel paragrafo 2) già nel giugno 2020, prima del varo della proposta di regolamento sull'IA nell'aprile 2021.

A quest'ultimo riguardo, deve peraltro essere rilevato che – in linea con quanto già puntualmente osservato di recente sulle pagine di questa Rivista[5] – l'originaria proposta di regolamento presentata dalla Commissione nel 2021 è stata significativamente emendata nel 2023 dal Parlamento Europeo: dei principali profili inerenti alla tutela dei lavoratori anche nella dimensione collettiva ci si occuperà specificamente nel paragrafo 3.

A fronte di queste elaborazioni (delle parti sociali e legislative) in divenire, nella realtà produttiva già si registra l'impiego dell'IA, che necessita quindi di essere disciplinata con gli strumenti normativi vigenti e

---

[1] In questi termini la presentazione del *workshop* del 7 novembre 2022.

[2] S. MUCCIO, A. STANCHI, *Individui, tecnologia e lavoro: rischi emergenti, tutele attuali e prospettive evolutive nell'era dell'algoritmizzazione*, in A. MORTARA, R. SCRAMAGLIA, (a cura di), *Cambiamenti in un mondo instabile. Ambiente, tecnologia e consumi*, Lumi Edizioni, Milano, 2023, p. 288, che osservano come in un contesto caratterizzato dall'evoluzione sempre più accelerata della tecnologia si notano sia l'affanno dell'ordinamento giuridico e istituzionale nel regolare l'evoluzione socio-economica del lavoro, sia la fatica delle organizzazioni ad adeguare i propri processi lavorativi e la propria cultura alla rapidità e alla profondità del cambiamento in atto.

[3] A. INGRAO, *Riflessioni intorno alla partecipazione dei lavoratori nell'era dell'algoritmo, alla luce dell'accordo Just Eat-Takeaway.com*, in E. MINGIONE, L. GIASANTI, F. SCARPELLI, (a cura di), *Lo Statuto dei lavoratori alla prova dell'oggi*, Feltrinelli, Milano, 2022, p. 116.

[4] Per un'ampia ed esaustiva ricognizione, v. M. PERUZZI, *Intelligenza artificiale e lavoro. Uno studio su poteri datoriali e tecniche di tutela*, Giappichelli, Torino, 2023.

[5] A. ALAIMO, *Il Regolamento sull'Intelligenza Artificiale: dalla proposta della Commissione al testo approvato dal Parlamento. Ha ancora senso il pensiero pessimistico?*, in *Federalismi*, n. 25/2023, p. 133 ss.

a disposizione, e segnatamente – per quanto riguarda l'ordinamento italiano – con l'art. 4, della l. n. 300/1970 come riformulato nel 2015. Un caso di studio offrirà l'occasione, nel paragrafo 4, di valutare come l'applicazione dell'IA nel mondo del lavoro possa essere mediata dall'intervento sindacale.
Il paragrafo 5 sarà, infine, dedicato a delle brevi riflessioni conclusive inerenti al possibile ruolo del sindacato ai fini della tutela del lavoro nell'ambito dell'implementazione dell'IA.

2. L'accordo quadro europeo tra le parti sociali sulla digitalizzazione del giugno 2020

Nel giugno 2020, le parti sociali europee – Ces (Confederazione Europea dei Sindacati), Businesseurope (Confederazione delle Imprese Europee), SMEunited (Associazione europea dell'artigianato, delle piccole e medie imprese), CEEP (associazione delle imprese o delle organizzazioni con partecipazione pubblica) – hanno sottoscritto un accordo quadro in tema di digitalizzazione[6].
L'intesa europea individua una strategia che coinvolge l'impresa, i lavoratori e le rappresentanze sindacali rispetto a quattro tematiche: formazione professionale, modalità di disconnessione, controllo tecnologico sul lavoratore e intelligenza artificiale.
A quest'ultimo proposito, le parti sociali hanno condiviso l'opinione che un'IA affidabile ha tre componenti, che dovranno essere soddisfatte durante l'intero ciclo di vita del sistema e devono essere rispettate nel suo utilizzo nel mondo del lavoro: dovrà essere legale, equa, trasparente, sicura e protetta, rispettando tutte le leggi ed i regolamenti applicabili, nonché i diritti fondamentali e le norme di non discriminazione; dovrà seguire norme e standard etici concordati, assicurando l'adesione ai diritti fondamentali/umani dell'UE, all'uguaglianza e agli altri principi etici; dovrà essere solida e sostenibile, sia dal punto di vista tecnico che sociale, poiché, anche con tutte le più buone intenzioni, i sistemi di IA possono causare danni non intenzionali.
A fronte di tali presupposti, secondo le parti sociali le misure da prendere in considerazione comprendono l'impiego di sistemi di IA con le seguenti caratteristiche: - che seguano il principio del controllo umano; - che siano sicuri, vale a dire che prevengano i danni (dovrà essere effettuata una valutazione del rischio, che comprenda le opportunità di migliorare la sicurezza e prevenire danni quali quelli per l'integrità fisica umana, la sicurezza psicologica, il *bias* di conferma o la stanchezza cognitiva); - che seguano principi di equità, vale a dire garantire che i lavoratori ed i gruppi non siano vittime di pregiudizi ingiusti e discriminazioni; - che siano trasparenti e spiegabili con una supervisione efficace (il grado di spiegabilità dipende dal contesto, dalla gravità e dalle conseguenze. Dovranno essere effettuati controlli per evitare che si produca un'IA errata); - in situazioni in cui i sistemi di IA sono utilizzati nelle procedure di risorse

[6] Cfr. A. ROTA, *Sull'Accordo quadro europeo in tema di digitalizzazione del lavoro*, in *L&LI*, 2020, n. 2.

umane, come l'assunzione, la valutazione, la promozione ed il licenziamento, nonché l'analisi delle prestazioni, la trasparenza deve essere salvaguardata fornendo informazioni. Inoltre, un lavoratore interessato può presentare una richiesta di intervento umano e/o contestare la decisione, chiedendo anche la verifica dei risultati dell'IA; - i sistemi di IA devono essere progettati e gestiti in conformità con la legge vigente, ivi compreso il Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR), per garantire la *privacy* e la dignità del lavoratore.

Quanto al rispetto della dignità umana ed ai sistemi di sorveglianza, l'accordo quadro rileva come i sistemi di IA possano aumentare il rischio di compromettere la dignità dell'essere umano, in particolare nei casi di controllo e monitoraggio personale. Al riguardo è, pertanto, necessario: minimizzare la raccolta dei dati e favorire la trasparenza, unitamente a norme chiare sul trattamento dei dati personali, limitando così il rischio di un controllo e di un monitoraggio intrusivo e di un uso improprio dei dati personali; consentire ai rappresentanti dei lavoratori di affrontare le questioni relative ai dati, al consenso, alla tutela della *privacy* ed alla sorveglianza; collegare sempre la raccolta dei dati ad uno scopo concreto e trasparente, in modo tale che i dati non vengano raccolti o salvati e memorizzati semplicemente perché è possibile farlo o per un eventuale futuro scopo non definito.

3. La proposta di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale e i profili di tutela collettiva dei lavoratori tra testo della Commissione 2021 ed emendamenti del Parlamento 2023

La Proposta di regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'IA è stata avanzata nell'aprile 2021 dalla Commissione UE sulla base dell'impegno politico della Presidente von der Leyen che – nei suoi orientamenti per la Commissione 2019-2024 ("Un'Unione più ambiziosa") – aveva annunciato che la Commissione medesima avrebbe presentato una normativa per un approccio europeo coordinato alle implicazioni umane ed etiche dell'IA.

Nell'ambito dell'elaborazione della Proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale erano complessivamente pervenuti, anche attraverso la consultazione pubblica *on line*, 1215 contributi, di cui 352 da imprese od organizzazioni e associazioni di imprese, 406 da persone fisiche, 152 a nome di istituzioni accademiche/di ricerca e 73 da autorità pubbliche. I pareri della società civile erano stati rappresentati da 160 partecipanti (tra cui 22 sindacati).

Per la verità, nel testo presentato dalla Commissione nell'aprile 2021, le previsioni inerenti alla tutela dei lavoratori in caso di utilizzo dell'IA erano piuttosto limitate e generiche, mentre nessun riferimento veniva fatto al possibile ruolo delle organizzazioni sindacali in tale ambito[7].

[7] Cfr. le osservazioni critiche formulate dalla Cisl nel corso dell'Audizione presso la IX Commissione Trasporti e X Commissione Attività produttive della Camera dei deputati, relativa all'atto dell'Unione europea COM (2021) 206 final,

Il considerando 36 si limitava[8], infatti, ad affermare che i sistemi di IA utilizzati nel settore dell'occupazione, nella gestione dei lavoratori e nell'accesso al lavoro autonomo, in particolare per l'assunzione e la selezione delle persone, per l'adozione di decisioni in materia di promozione e cessazione del rapporto di lavoro, nonché per l'assegnazione dei compiti, per il monitoraggio o la valutazione delle persone nei rapporti contrattuali legati al lavoro, dovrebbero essere classificati come sistemi ad alto rischio, in quanto tali sistemi possono avere un impatto significativo sul futuro di tali persone in termini di future prospettive di carriera e sostentamento. I sistemi di IA utilizzati per monitorare le prestazioni e il comportamento di tali persone possono inoltre incidere sui loro diritti in materia di protezione dei dati e vita privata.

A fronte di questa laconica ed isolata formulazione della proposta di regolamento dell'aprile 2021, il Parlamento europeo ha deciso di emendare il testo, apportando significative modifiche che fanno ritenere si possa definitivamente varare (dopo i negoziati interistituzionali in corso di svolgimento mentre si scrive questo contributo) un testo adeguatamente attento alla tutela dei lavoratori.

Nello specifico, tra gli interventi del Parlamento europeo assumono particolare significato l'Emendamento 9 (volto ad inserire il nuovo Considerando 2-*quinquies*, in base al quale «il presente regolamento integra e non dovrebbe pregiudicare i diritti e gli interessi dei lavoratori dipendenti. Il presente regolamento non dovrebbe pertanto incidere sulla normativa dell'Unione in materia di politica sociale né sulla normativa e sulle pratiche nazionali in materia di lavoro, vale a dire qualsiasi disposizione giuridica e contrattuale relativa alle condizioni di impiego, alle condizioni di lavoro, comprese la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro, e al rapporto tra datori di lavoro e lavoratori, incluse l'informazione, la consultazione e la partecipazione. Il presente regolamento non dovrebbe pregiudicare l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri e a livello di Unione, compresi il diritto o la libertà di sciopero o il diritto o la libertà di intraprendere altre azioni contemplate dalla disciplina delle relazioni industriali negli Stati membri, in conformità della normativa e/o delle prassi nazionali. Esso non dovrebbe neppure pregiudicare le pratiche di concertazione o il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi, o di intraprendere azioni collettive in conformità della normativa e/o delle prassi nazionali. Il presente regolamento non dovrebbe in alcun caso impedire alla Commissione di proporre una legislazione specifica sui diritti e sulle libertà dei lavoratori interessati dai sistemi di IA») e l'Emendamento

recante "Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale" (Legge sull'intelligenza artificiale).

[8] Sul punto, A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Il nuovo Regolamento Ue sull'intelligenza artificiale e i lavoratori*, in https://www.rivistailmulino.it/a/regolamento-ue-sull-intelligenza-artificiale-una-minaccia-alla-protezione-dei-lavoratori, secondo cui, sebbene classificare i sistemi di IA utilizzati sul lavoro come «ad alto rischio» sia più che opportuno, la proposta di Regolamento è del tutto insufficiente ad assicurare una protezione effettiva ai lavoratori.

162, di analogo contenuto, che introduce nell'art. 2 il nuovo paragrafo 5-*quater* («Il presente regolamento non osta a che gli Stati membri o l'Unione mantengano o introducano disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli ai lavoratori in termini di tutela dei loro diritti in relazione all'uso dei sistemi di IA da parte dei datori di lavoro, o di incoraggiare o consentire l'applicazione di contratti collettivi più favorevoli ai lavoratori»).

Identica "apertura" ad una specifica disciplina di tutela dei diritti dei lavoratori con riguardo all'IA si trova poi nell'Emendamento 66, ove si prevede l'integrazione del già citato Considerando 36 e si ribadisce che «il presente regolamento si applica senza pregiudicare le competenze dell'Unione e degli Stati membri di prevedere norme più specifiche per l'utilizzo di sistemi di IA nell'ambito dei rapporti di lavoro».

L'Emendamento 408 dispone poi *ex novo* che «prima di mettere in servizio o utilizzare un sistema di IA ad alto rischio sul luogo di lavoro, gli operatori consultano i rappresentanti dei lavoratori allo scopo di trovare un accordo a norma della direttiva 2002/14/CE e informano i dipendenti interessati che saranno soggetti al sistema» (nuovo paragrafo 5-*bis* dell'art. 29, obblighi degli operatori dei sistemi ad alto rischio).

Inoltre, l'Emendamento 365 integra l'art. 69, paragrafo 3, prevedendo che i codici di condotta – intesi a promuovere l'applicazione su base volontaria ai sistemi di IA diversi dai sistemi di IA ad alto rischio dei requisiti di cui al titolo III, capo 2 (vale a dire appunto i requisiti per i sistemi ad alto rischio) – possono essere elaborati da singoli fornitori di sistemi di IA o da organizzazioni che li rappresentano o da entrambi, anche con la partecipazione degli utenti e di tutti gli altri portatori di interessi e delle loro organizzazioni rappresentative, in particolare i sindacati, cui viene riconosciuto quindi dal Parlamento europeo uno specifico ruolo non previsto dall'originaria proposta della Commissione.

In esito a questa rapida rassegna degli Emendamenti proposti dal Parlamento europeo, si può quindi ritenere che la proposta di regolamento europeo sull'IA abbia ora una "curvatura" più attenta alla tutela dei diritti dei lavoratori, anche attraverso le loro rappresentanze collettive, e soprattutto che nulla impedisca una regolazione *ad hoc* di questa materia con riferimento ai profili lavoristici.

In termini più generali, è poi pienamente condivisibile l'opinione secondo cui, anche in ragione delle altre iniziative europee in materia di economia digitale, «il quadro complessivo lascia meno spazio al pessimismo iniziale e suggerisce di non confinare la valutazione del progetto di *AI Act* nel libro nero delle iniziative unicamente finalizzate a regolare il mercato unico e socialmente frigide»[9].

Ciò non toglie che – in attesa dell'auspicabile intervento normativo e, quindi, di adeguamenti regolativi che provino a tenere il passo dell'evoluzione tecnologica – le organizzazioni sindacali sono chiamate, qui ed ora, a gestire l'utilizzo dell'IA nei rapporti di lavoro con gli strumenti di tutela attualmente a loro disposizione.

[9] A. ALAIMO, *Il Regolamento …*, *op.cit.*, p. 149.

4. Intelligenza artificiale e art. 4, l. n. 300/1970: il *routing* evoluto Afiniti

Per riprendere la definizione contenuta nella proposta di regolamento europeo sull'IA (come emendato dal Parlamento europeo), un sistema di IA è un sistema automatizzato progettato per operare con livelli di autonomia variabili e che, per obiettivi espliciti o impliciti, può generare *output* quali previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti fisici o virtuali.

Come già rilevato *supra* al paragrafo 1, un tale sistema può evidentemente – se non regolato per via legislativa o contrattuale – essere utilizzato per raccogliere dati inerenti ai lavoratori ai più svariati fini e, dal momento che si tratta di sistemi già concretamente disponibili ed in alcuni casi operativi, è necessario individuare gli strumenti attualmente a disposizione per la tutela dei lavoratori, anche attraverso l'intervento delle organizzazioni sindacali.

Queste ultime nel nostro Paese sino a questo momento hanno, forse inevitabilmente, fatto ricorso a strumenti consolidati e di carattere essenzialmente "difensivo".

Emblematici di tale approccio sono gli accordi ai sensi dell'art. 4, l. n. 300/1970 (ovviamente nella versione riformata dall'art. 23 del D.Lgs. n. 151/2015), ove si prevede l'assenso sindacale all'introduzione delle nuove tecnologie digitali a fronte dell'esclusione dell'utilizzo dei dati ai fini disciplinari da parte dell'azienda[10], realizzando in questo modo una sorta di "difesa a monte" dei diritti dei lavoratori senza sostanziale intervento o partecipazione del sindacato nell'ambito delle innovazioni e delle scelte organizzative aziendali, ovvero in questo caso dell'introduzione di sistemi di IA.

Un esempio specifico in tal senso viene dall'accordo[11] sottoscritto, già in data 29 aprile 2020, tra TIM S.p.A. e le Organizzazioni Sindacali SLC-CGIL, FISTel-CISL, UILCom-UIL, UGL Telecomunicazioni, unitamente al Coordinamento Nazionale RSU in relazione all'utilizzo del "*Routing* Evoluto" Afiniti.

AFINITI è una multinazionale americana di dati e *software*, fondata nel 2005 e focalizzata sullo sviluppo dell'IA da utilizzare nei *call center* dei clienti.

In breve, la questione nasce dall'intenzione di alcuni operatori italiani, tra cui appunto TIM S.p.A., di utilizzare nei servizi di *contact center* la nuova funzionalità di *routing* evoluto di Afiniti – che detiene proprietà ed uso del suddetto sistema – mediante un sistema di IA che, sulla base di una profilazione, è in grado di creare specifici abbinamenti tra le persone chiamanti e l'operatore.

---

[10] V., al riguardo, A. INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci, Bari, 2018, specialmente pp. 203-205.

[11] Il caso è stato presentato da Daniele Carchidi della SLC-Cgil al seminario *Digitalizzazione e impatti sulla leadership* organizzato da Eurocadres, il Consiglio Europeo del Personale Professionale e Manageriale associato alla Confederazione Europea dei Sindacati, e APIQA, associazione generale quadri professionisti e alte professionalità, affiliata alla CGIL.

In termini più chiari e concreti, Afiniti ha sviluppato un algoritmo che prevede in tempo reale, combinando intelligenza artificiale e *big data*, le caratteristiche del cliente chiamante e il presumibile motivo della chiamata e cerca, quindi, l'operatore più adatto per rispondere a quella telefonata. Non il primo operatore disponibile, come succede con i più tradizionali sistemi di gestione di code di chiamate in entrata, bensì l'operatore più idoneo ad interloquire con un cliente con quelle specifiche caratteristiche. Inoltre, il sistema di Afiniti ha la predisposizione ad autoevolversi, ricalcolando i dati incamerati e ricercandone altri, con l'obiettivo di affinare sempre più la profilazione dei clienti e interfacciarli, attraverso un *routing* evoluto, con la matricola dell'operatore che più corrisponde alle caratteristiche ottimali per rispondere alle esigenze del cliente.

In estrema sintesi, quindi, la tecnologia Afiniti è in grado di creare abbinamenti tra i clienti chiamanti e gli operatori telefonici, utilizzando sistemi di IA.

A fronte di queste palesate potenzialità del sistema di Afiniti, TIM S.p.A. e le Organizzazioni Sindacali hanno raggiunto un accordo ai sensi dell'art. 4, comma 1 della l. n. 300/1970. In tale accordo le Parti convengono che il sistema di IA Afiniti migliora il servizio offerto alla clientela e le *performance* commerciali complessive e TIM S.p.A. dichiara che la tecnologia è esclusivamente finalizzata a tali esigenze organizzative, escludendo qualsiasi scopo di controllo a distanza dell'attività lavorativa svolta dai lavoratori, ivi compresa quella disciplinare.

Alla luce di tali premesse, le Parti convengono che i dati saranno conservati in maniera criptata e che l'attività di elaborazione dei dati garantirà la protezione della dignità e della riservatezza dei lavoratori, in conformità al Regolamento UE 2016/679 (*General Data Protection Regulation*, "GDPR") ed al Codice *privacy* (D.Lgs. n. 196/2003) nel rispetto dei principi di liceità, correttezza, esattezza e minimizzazione dei dati.

Afiniti utilizzerà il codice identificativo dell'operatore (matricola) nell'algoritmo che crea l'abbinamento chiamante/operatore; TIM S.p.A. non fornirà ad Afiniti alcuna tabella di trascodifica del codice identificativo dell'operatore (matricola) e, pertanto, Afiniti non sarà in grado di risalire all'identità dell'operatore.

Afiniti eseguirà a sua volta una trascodifica (*hashing*) del codice identificativo dell'operatore in modo da renderlo inutilizzabile a qualsivoglia utilizzo differente rispetto all'accordo ed a sua volta non fornirà a TIM S.p.A. alcuna tabella di trascodifica del codice identificativo dell'operatore.

Gli algoritmi di IA determineranno, quindi, l'abbinamento ottimale tra clienti chiamanti e gli operatori, ma il sistema non produrrà reportistica, né *real time* né storicizzata, sui singoli operatori neanche in forma anonima; il sistema non effettuerà registrazioni delle chiamate. Finito il lavoro di analisi da parte dell'algoritmo del sistema con la profondità stabilita nell'accordo, i dati inerenti all'attività dei singoli operatori saranno cancellati.

Gli unici dati prodotti saranno quelli riguardanti i risultati commerciali complessivi (ad esempio vendite e/o modifiche contrattuali effettuate) riferiti al servizio e/o alle singole attività commerciali sulle quali è attivata la tecnologia e quindi non riconducibili né a singoli operatori né a micromoduli.

In chiusura dell'accordo si prevede la possibilità di incontri periodici tra le parti, nel primo anno di vigenza dell'accordo medesimo almeno ogni quattro mesi, su richiesta delle Organizzazioni sindacali stipulanti l'intesa, al fine di monitorare gli effetti dell'introduzione del nuovo sistema. Tali incontri saranno altresì utili per raccogliere proposte di miglioramento e confrontarsi su eventuali criticità insorte.

5. Sintetiche riflessioni conclusive sul possibile ruolo del sindacato ai fini della tutela del lavoro nell'ambito dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale

Il caso di studio presentato nel paragrafo precedente rappresenta senza dubbio un esempio di contrattazione collettiva efficace e dimostra come il sindacato possa continuare a svolgere – anche di fronte alle innovazioni tecnologiche, ivi compresa l'IA – un virtuoso e significativo ruolo collettivo di tutela dei lavoratori.

Vi è, tuttavia, da chiedersi se – a fronte del prorompente propagarsi ed evolversi dell'IA – non sia opportuno e necessario che il sindacato affianchi al tradizionale ruolo difensivo/passivo (e al consolidato scambio "assenso all'utilizzo della tecnologia per fini organizzativi e produttivi/divieto di utilizzo a fini di valutazione della prestazione e/o disciplinari") una più avanzata funzione attiva nel controllo *ex ante* ed *ex post* dell'IA introdotta nelle singole realtà aziendali, attraverso appunto sistemi di informazione preventiva e/o successiva ed eventualmente la consultazione sindacale[12].

In questo senso, chi scrive ritiene che tutti i sistemi di IA, date le caratteristiche e potenzialità già in precedenza rilevate, rientrino – sempre e necessariamente – nell'alveo del comma 1 del "nuovo" art. 4, l. n. 300/1970[13], non potendo mai costituire dei meri strumenti di lavoro ai sensi del comma 2[14]. Di ciò si trae in qualche misura conferma dallo stesso accordo analizzato al paragrafo 4.

---

[12] Così S. CIUCCIOVINO, *Tutti i rischi dell'intelligenza artificiale*, in collettiva.it, 23 febbraio 2023.

[13] Sul punto, R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, D.Lgs. n. 151/2015)*, in *RIDL*, 2016, I, pp. 101-102, secondo cui se i *software* e gli applicativi eccedono le immediate esigenze della prestazione di lavoro, si ricade nell'ambito di applicazione del 1° comma e per l'installazione di tali programmi torna ad essere indispensabile l'autorizzazione sindacale o amministrativa. A titolo di esempio, l'A. cita proprio gli «applicativi installati in strumenti in dotazione ai lavoratori, e finalizzati all'analisi delle chiamate registrate dei clienti così da ricavarne informazioni essenziali per una migliore commercializzazione dei prodotti: rientrano nel 1° comma».

[14] Cfr. anche I. ALVINO, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, in *L&LI*, 2016, n. 1, p. 24: «è agevole includere nella categoria degli strumenti di lavoro il computer, la posta elettronica, l'accesso ad internet. Discorso diverso deve essere fatto per eventuali applicativi che siano installati sullo stesso computer e che, per esempio, consentano di monitorare momento per momento l'attività svolta, ma che non richiedano l'intervento del lavoratore o che comunque non sono necessari perché la prestazione sia utile al datore di lavoro. In tal caso, se l'installazione del computer non richiede l'autorizzazione preventiva, questa

Senza in alcun modo demonizzare l'IA – che ben può avere riflessi positivi sulla qualità del lavoro e dell'occupazione ed in ogni caso non può certo essere bloccata con interventi normativi –, non si vede allora perché il sindacato non possa "alzare la posta" e condizionare il suo necessario assenso, ancora oggi esplicitamente previsto dall'art. 4 della l. n. 300/1970, all'installazione di apparecchiature tecnologiche (e in questo caso segnatamente di sistemi di IA[15]) ad un più ampio, incisivo e formalizzato potere di controllo, informazione e consultazione in merito (e non alla "semplice" concessione datoriale di non avvalersi dei dati a fini disciplinari), sino ad arrivare ad immaginare la creazione, almeno attraverso pionieristiche vie contrattuali nelle aziende di più grandi dimensioni (del resto le più interessate ad avvalersi di questi sistemi), di rappresentanti dei lavoratori specializzati in materia[16].

Al riguardo, si può osservare come il nuovo art. 1-*bis*, del D.Lgs. n. 152/1997 – che, peraltro, tiene esplicitamente ferma la previsione di cui all'art. 4, l. n. 300/1970 – stabilisca un obbligo informativo gravante sul datore di lavoro "algoritmico" anche nei confronti delle rsa o rsu, e in loro mancanza, delle strutture territoriali delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative dei lavoratori: ciò implica, di fatto, l'imposizione di una interlocuzione sindacale, sia pure solo informativa, persino ad aziende "non sindacalizzate"[17].

Volendo poi formulare qualche osservazione di carattere più generale, si ritiene che il sindacato, se vuole svolgere questo più penetrante ed efficace ruolo in termini di tutela del lavoro, deve adeguare prontamente la propria cassetta degli attrezzi, partendo da un rapido ed ampio processo di formazione diffusa sull'IA e, più in generale, sulle nuove tecnologie.

Il sindacato dovrà, quindi, dimostrare capacità di autorinnovamento ed essere «in grado di adattarsi al nuovo modo di produzione nell'industria 4.0 riscoprendo un proprio ruolo, di rappresentanza e di partecipazione, autonomo e originale»[18].

---

diviene necessaria per il *software* che è installato sul computer per soddisfare una delle esigenze enucleate dal primo comma dell'art. 4 S.L.».

[15] V, per una diversa opinione, sia pure espressa in forma dubitativa, M. CORTI, *Potere di controllo e nuove tecnologie. Il ruolo dei partner sociali*, in *L&LI*, 2023, n. 1, p. 72, secondo cui quando si applicano alla gestione del rapporto di lavoro sistemi di intelligenza artificiale «sarebbe opportuno che … il legislatore italiano tornasse a puntare con convinzione su una partecipazione forte del sindacato in azienda, ma per fare ciò è forse necessario anche un nuovo ritocco all'art. 4, SL».

[16] Vedi A. INGRAO, *Controllo a distanza e privacy del lavoratore alla luce dei principi di finalità e proporzionalità della sorveglianza*, in *L&LI*, 2023, n. 1, pp. 116-117.

[17] V. A. TURSI, *Il "decreto trasparenza": profili sistematici e problematici*, in *LDE*, n. 2/2023, p. 15. Cfr. M.T. CARINCI, S. GIUDICI, P. PERRI, *Obblighi di informazione e sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati (art. 1-bis "Decreto Trasparenza"): quali forme di controllo per i poteri datoriali algoritmici?*, in *Labor*, n.1/2023, p. 22.

[18] B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, in csdle.lex.unict.it, 20 maggio 2020, p. 54.

Lavoro e tecnologia: connubio tra opportunità e rischi*

di Elena Signorini
Professoressa associata di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Bergamo

Abstract [It]: L'accelerazione della digitalizzazione richiede una riflessione sulle insidie che l'accompagnano. Tra le difficoltà ravvisabili vi è il delicato rapporto tra le potenzialità che la transizione tecnologica offre e il diritto alla riservatezza del lavoratore nell'esercizio del diritto di controllo da parte del datore di lavoro anche domestico. Allo stato attuale questo sistema, ancora privo di una adeguata regolamentazione, impatta sulle condizioni di lavoro che sono messe in pericolo da un uso non controllato della tecnologia evidenziando la necessità di attuare un adeguato bilanciamento tra i contrapposti interessi dei lavoratori e delle imprese.

Title: Work and technology: a combination of opportunities and risks
Abstract [En]: The acceleration of digitalisation calls for reflection on the pitfalls that accompany it. Among the difficulties that can be identified is the delicate relationship between the potential that the technological transition offers and the employee's right to privacy in the exercise of his or her right to control by the employer, including domestic employees. At present, this system, which still lacks adequate regulation adequate regulation, impacts on working conditions that are endangered by an uncontrolled use of technology, highlighting the need to implement an appropriate balance between the opposing interests of workers and companies.

Parole chiave: Controllo a distanza; Intelligenza artificiale; Monitoraggio; Fondato sospetto; Privacy
Keywords: Remote control; Artificial intelligence; Monitoring; Grounded suspicion; Privacy

Sommario: **1.** Introduzione. **2.** La trasformazione digitale del lavoro: le insidie derivanti dall'ingresso della IA. **3.** Le nuove manifestazioni del potere di controllo del datore di lavoro. **4.** Il lavoro domestico e le modalità di controllo. **5.** La geolocalizzazione. **6.** Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Il rapporto tra nuove tecnologie e lavoro ha messo in evidenza come la relazione lavorativa (sia *pre* che *post covid*) è stata intensamente interessata dagli stravolgimenti che le nuove metodologie, a volte facilitative del lavoro, producono su di esso. Il tema in esame, ponendosi a cavallo tra le modalità di controllo datoriale (gemmato dal contenuto dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori e successive modifiche)[1] e le ricadute sul sistema della *privacy,* rappresenta l'occasione per soffermarsi su alcune delle soluzioni

* Articolo sottoposto a referaggio.

[1] In argomento si segnalano le modifiche apportate dal d.lgs. n. 151 del 2015 e dal d.lgs. n. 185 del 2016 precedute dall'art. 8 del d.l. n. 138 del 2011 in materia di contrattazione di prossimità con cui viene ampliata la platea dei soggetti titolari e legittimati alla stipula degli accordi sindacali quale strumento di autorizzazione privilegiato per la legittima installazione di impianti da cui derivi anche il controllo a distanza ai sensi dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori portando un elemento di disomogeneità tra le disposizioni di legge. In argomento successivamente si segnala Ispettorato del lavoro, Nota n. 4619 del 24 maggio 2017, ha fornito chiarimenti sulle parti legittimate a stipulare gli accordi sindacali ai sensi del combinato disposto degli artt. art. 8 d.l. 138 cit. art. 4 dello Statuto.

applicative adottate per affrontare le esigenze del quotidiano dai cui impatti non risultano immuni i lavoratori[2]. La questione va analizzata unitamente inoltre al monito della UE che vuole e pone "la persona al centro"[3] sottolineando come "*le tecnologie digitali dovrebbero tutelare i diritti delle persone, sostenere la democrazia e garantire che tutti gli operatori digitali agiscano in modo responsabile e sicuro. L'UE promuove questi valori in tutto il mondo*"[4], collocando gli obiettivi digitali al centro del percorso verso il 2030[5].

La riflessione odierna prende lo spunto dai numerosi studi più o meno recenti[6], che già hanno sviscerato il tema, dando voce all'operato propulsivo e pionieristico del legislatore sin dagli anni '70, oltre che della

[2] A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Torino, Giappichelli, 1995

[3] Relazione 2023 sullo stato del decennio digitale, 2023, in https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/library/2023-report-state-digital-decade; SPECIAL EUROBAROMETER 532, *The Digital Decade, Report Fieldwork*, 2023, testo consultabile sul sito https://europa.eu; *Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale*, testo consultabile sul sito della https://commission.europa.eu/; Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate (2020/2012(INL));

[4] Testo consultabile sul sito https://commission.europa.eu

[5] *Decennio digitale europeo: obiettivi digitali per il 2030*, testo consultabile sul sito https://commission.europa.eu

[6] In questo contributo non sarà possibile approfondire tutte le questioni legate all'impianto dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, già ampiamente oggetto dell'attenzione della dottrina, e per le quali si vedano: A. BELLAVISTA, *Sorveglianza elettronica, protezione dei dati personali e tutela dei lavoratori,* in LDE, 2023, 1, p. 1;A. BELLAVISTA, *Controlli tecnologici e privacy del lavoratore*, in A. BELLAVISTA, R. SANTUCCI (a cura di), *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, Giappichelli, 2022, p. 99, ss; T. COELHO MOREIRA, *The Electronic Control of the Employer in Portugal*, in *LLI*, 2016, 2, p. 1; C. COLOSIMO*, La moderna declinazione del potere di controllo*, in P. CURZIO, L. DI PAOLA, R. ROMEI (a cura di), *Diritti e doveri nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, vol. II, 2018, p.75 ss.; A. DONINI, M. NOVELLA, M.L. VALLAURI, *Prime riflessioni sul lavoro nel metaverso*, in *LLI*, 2022, 8, 2; A. INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata,* Cacucci, 2018; A. INGRAO, *Il braccialetto elettronico tra privacy e sicurezza del lavoratore*, in DRI, 2019, 3, 895; A.INGRAO, *Il controllo a distanza sulla prestazione dei ciclofattorini tra Scoober App e GPS*, in LLI, 2021, 7, 1, 165; A.INGRAO, *Il potere di controllo a distanza sull'attività lavorativa e la nuova disciplina della privacy nella sfida delle nuove tecnologie,* in *Nuove tecnologie e diritto del lavoro. Un'analisi comparata degli ordinamenti italiano, spagnolo e brasiliano*, a cura di G. LUDOVICO - F. FITA ORTEGA - T. CHRISTINA NAHAS, Milano University Press, 2021, 111; M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore),* WP CSDLE, It., n. 300/2016; M. MARAZZA, *Social Media e Relazioni industriali. Repertorio di questioni*, in *LLI,* vol. 5, n. 2/2019, I ss.; A. MARESCA, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.,* in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, a cura di P. TULLINI, Giappichelli, 2017, 1; M. MARAZZA, I *controlli a distanza del lavoratore di natura "difensiva*", in P. TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza* cit. ,a cura di P. TULLINI, Giappichelli, 2017, p. 27; M. NOVELLA, *Poteri del datore di lavoro nell'impresa digitale: fenomenologia e limiti,* in *LD,* 2021, 3-4, 451;; V. MAIO, *I controlli difensivi e la tutela del patrimonio aziendale*, in C. PISANI, G. PROIA, A. TOPO, *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2022, p. 416; I. PICCININI, M. ISCERI, *Questioni attuali sul potere di vigilanza e controllo del datore*, in LDE, 2021, n. 4; PISANI C., PROIA G., TOPO A. (a cura di*), Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Giappichelli, 2022; A. PIZZOFERRATO, *I limiti al potere di controllo datoriale nell'era digitale*, in *LDE*, 2023, 1, p. 2; D. PIZZONIA, D. POLETTI, *Gli intermediari dei dati*, in *EJPLT*, 2022, 1; U. ROMAGNOLI, *Sub art. 8*, in G. GHEZZI -. F. MANCINI -. L. MONTUSCHI -. U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna, Zanichelli, 1979; E. C. SCHIAVONI, *Gli obblighi informativi in caso di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati (art. 4, co. 1, lett. a, d.lgs. n. 104/2022) (art. 1, co. 1, lett. s, e art. 1-bis, d.lgs. n. 152/1997, inserito dall'art. 4, co. 1, lett. b, d.lgs. n. 104/2022),* in *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro. Commentario ai decreti legislativi n. 104 e n. 105 del 2022*, a cura di D. GAROFALO - M. TIRABOSCHI - V. FILÌ - A. TROJSI, Adapt University Press, 2022, 211; A. SITZIA, M. I. RAMOS QUINTANA, *Sorveglianza difensiva "occulta" sui luoghi di lavoro e dignità nella prospettiva della Grande Camera della Corte EDU: la Sentenza López,* in *LDE*, 2019, 3; A. SITZIA, *Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo articolo 4 st. lav. e il consenso (del lavoratore)*, in *LLI*, n. 1/2016, 83 ss.; L. TEBANO, *La digitalizzazione del lavoro tra intelligenza artificiale e gestione algoritmica*, in *Ianus*, 2021, 24, 43.

dottrina[7] e non ultima della giurisprudenza[8]. Prendendo pertanto le mosse da tali ricostruzioni[9], il presente lavoro intraprende un viaggio[10] in questo panorama affascinante[11] ed ancora in gran parte sconosciuto e povero di regolamentazione. Ciò che va sondato in particolare è la necessità di coniugare lo scollamento di percezione della realtà offerta dall'intelligenza artificiale (da qui IA)[12] (con tutte le implicazioni che ne derivano in termini di raccolta ed utilizzo di informazioni e dati personali) con il sistema di controllo dei lavoratori[13] vigente.

---

[7] S. LAFORGIA, *I poteri del datore di lavoro, oggi. Opacità e rifrazioni sotto la lente del giurista*, in *Le conquiste legislative degli anni '70 e il ruolo del movimento sindacale in Puglia*, a cura di V. LECCESE - V. PINTO, Edizione Radici Future, 2022, 237.

[8] S. CIRIELLO, F. ARIANTE, *Videosorveglianza "occulta" sul luogo di lavoro: il caso López Ribalda e altri c. Spagna e la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *LDE*, 2019, p. 3; C. CARTA, *Corte europea dei diritti dell'uomo: la Grande camera torna sul (e difende il) diritto alla privacy del lavoratore,* in *Labor*, 2017; C. COLAPIETRO, A. GIUBILEI, *Controlli difensivi e tutela dei dati del lavoratore: il nuovo punto della Cassazione,* in *LLI,* 2021, p. 187; G. CONSONNI, *Il caso Bărbulescu vs. Romania e il potere di controllo a distanza dopo il Jobs Act: normativa europea e italiana a confronto*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2016, p. 1771 ss; V. NUZZO, *Il ragionevole sospetto di illecito e la possibilità di controlli difensivi occulti all'esame della Grande Camera della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Labor*, 2020, 2, 208; A. INGRAO, *Il "cyberslacking" e i diritti del lavoratore "catturato nella rete informatica". Note critiche a margine della sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, sez. IV, 12 gennaio 2016, n. 61496, Bărbulescu vs. Romania, in attesa della pronuncia della Grande Camera,* in *Osservatorio AIC*, 2016, 3, 621; A. INGRAO, *Controllo a distanza e privacy alla luce dei principi di finalità e proporzionalità*, in LLI, Vol. 9, No. 1, 2023, p. 103 ss, ISSN2421-2695; L. TEBANO, *I confini dei controlli difensivi e gli equilibrismi della Corte Edu*, in *RIDL*, 2020, II, 211; I. ALVINO, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy, 2016,* LLI, 2(1), 1–45; P. LAMBERTUCCI, *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli a "distanza" tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014 (c.d. Jobs act),*in *CSDLE, It.*, n. 255/2015.

[9] I. ALVINO, *I nuovi limiti controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto i lavoratori e quelle del Codice della privacy*, in LLI, 2016, p. 2, 1; M. BARBIERI, *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, a cura di P. TULLINI, Giappichelli, 2017, p.183; ; M. T.CARINCI, *Il controllo a distanza sull'adempimento della prestazione di lavoro*, in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, a cura di P. TULLINI, Giappichelli, 2017, p. 45; L. CAIRO, *Controlli a distanza: passato e presente in un tema ancora controverso*, in *Lav. Giur.*, 2018, p. 2; C. GAMBA, *Il controllo a distanza delle attività dei lavoratori e l'utilizzabilità delle prove*, in *LLI*, 2016, 2, 1, 122; A. GARILLI, *Tutela della persona e tutela della sfera privata nel rapporto di lavoro,* in *RCDP*, 1992, II, 321 ss.; R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina del controllo a distanza sul lavoro (art. 23 D.Lgs. n. 151/2015*), *RIDL,* 2016, I, 77 ss; R. DI MEO, *Tecnologie e poteri datoriali: commento a margine del c.d. braccialetto Amazon*, in *LLI,* 2018, 4, p. 1; F. LISO, *Computer e controllo dei lavoratori*, in *DLRI*, 1986, 366 ss.; C. OGRISEG, *Il Regolamento UE n. 2016/679 e la protezione dei dati personali nelle dinamiche giuslavoristiche: la tutela riservata al dipendente*, in *LLI*, n. 2/2016, R.27-64.; F. PERRONE, *La tutela della privacy sul luogo di lavoro: il rinnovato dialogo tra Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e giurisdizione nazionale dopo la sentenza Bărbulescu* 2, in *Labor,* 2018, 3, 283; A. STOLFA, *La tutela della privacy sul luogo di lavoro: gli orientamenti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in LG, 2018, 5, 530; L. TEBANO*, Employees' Privacy and Employers' control between the Italian and European system*, in *LLI*, 2017, 3, 2, 3; TULLINI P., *Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione possibile*? in *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, a cura di P. TULLINI, Giappichelli, 2017, p. 97; P. TULLINI, *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, in Riv. It. Dir. Lav., 2009, I, p.323, G. ZICCARDI, *Il controllo delle attività informatiche e telematiche del lavoratore: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, in *LLI*, 2016, 2, 1, p. 48.

[10] A. ALOISI, N. COUNTOURIS, V. DE STEFANO, *Quando il metaverso è un luogo di lavoro*, 2019, in www.lavoce.it

[11] Per IA si intende la disciplina che abbraccia teorie e tecniche pratiche per lo sviluppo di algoritmi che consentano alle macchine (in particolare ai 'calcolatori') di mostrare attività intelligente, per lo meno in specifici domini e ambiti applicativi. Si tratta di quell'insieme di tecnologie e di macchinari dotati - attraverso specifici algoritmi - della possibilità di analizzare ed elaborare una serie massiccia di dati (machine learning) traducendoli in azioni semplici o via via sempre più complesse.

[12] S. RANSBOTHAM, P. GERGERT, M. REEVES, D. KIRON, M. SPIRA, *Artificial intelligence in business*, cit. p. 35 ss.

[13] S. RANSBOTHAM, P. GERGERT, M. REEVES, D. KIRON, M. SPIRA, *Artificial intelligence in business gets real, Pioneering Companies Aim for AI*, in https://sloanreview.mit.edu

Uno tra gli aspetti che il ricorso alle modalità di controllo tecnologico ha, infatti, reso evidente è il cambio di rotta nel rapporto fiduciario[14] che contraddistingue la relazione lavorativa. Questa è una conseguenza del ricorso in maniera preponderante a mezzi di sorveglianza la cui pervasività (derivante anche da una incessante innovazione tecnologica delle modalità con cui può essere perpetrato il controllo a distanza[15]) caratterizza oramai il lavoro[16] al punto che i lavoratori si sentono costantemente sorvegliati dalle tecniche distopiche di vigilanza[17]. Con la IA la quotidianità dei luoghi di lavoro si mostra, infatti, sempre più contraddistinta da modalità e misure di controllo rappresentate da *webcam, badge, GPS* oltre che da sistemi di monitoraggio dei movimenti e della posta elettronica[18] che richiedono un contemperamento delle «esigenze produttive ed organizzative dell'impresa con la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore» focalizzando l'attenzione sulla dimensione di trasparenza e proporzionalità dei controlli (art. 4, co. 3)[19]. Si tratta di applicazioni di IA talvolta sofisticate ravvisabili anche nel consueto svolgimento del lavoro domestico, contesto nel quale esse sollevano alcune questioni relativi ai risvolti probatori dell'utilizzo delle informazioni assunte tramite tali strumenti.

Punto fermo dal quale occorre partire per ogni riflessione è che, quantunque il controllo a distanza inglobi e rappresenti uno speciale trattamento dei dati personali del lavoratore, questo non lo sottrae alla disciplina generale in materia di *privacy*: senza una adeguata regolamentazione della videosorveglianza i diritti dei lavoratori rischiano, infatti, di soccombere ad una epidemia cibernetica[20].

Nella parte conclusiva il contributo svilupperà alcune considerazioni sull'impegno umano che richiede l'approccio tecnologico basato sulla IA. Si tratta, infatti, di maturare una consapevolezza sulle indubbie opportunità che essa apporta esplorandone anche pericoli e limiti. L'integrazione delle nuove tecnologie nei luoghi di lavoro, quali produzione additiva, realtà aumentata o *robot* presuppone un percorso di implementazione che consenta di accompagnare i lavoratori e allo stesso tempo i datori di lavoro a gestire

---

14 COMMISSIONE EUROPEA, *Libro bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia* (COM(2020) 65 final), in https://eur-lex.europa.eu

15 A. MARESCA, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.,* cit. p. 4.

16 H. PARKES, *Dystopian worker surveillance techniques likely to disproportionately affect young people says IPPR* (Institute for public policy research), 2023, in www.ippr.org

17 Un richiamo va ad esempio a quei dispositivi che nella pratica consentono anche una rilevazione e registrazione puntuale dell'attività lavorativa: attraverso il salvataggio automatico della cronologia il datore di lavoro può acquisire una enorme quantità di informazioni sui modi ed i tempi di lavoro ma anche di non lavoro. Controlli a distanza: Ministero del Lavoro, nessuna liberalizzazione; norma in linea con le indicazioni del Garante della Privacy, Nota n. 20, 18 giugno 2015, Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, in https://www.lavoro.gov.it

18 A. SITZIA, *Il controllo del datore di lavoro su Internet e posta elettronica: quale riservatezza sul luogo di lavoro*? in *NGCC,* 2016, 6, 1, 901.

19 A. MARESCA, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.,* cit. p. 4.

20 C. DELLA GIUSTINA - P. DE GIOIACARABELLESE, *Le scelte tragiche durante l'emergenza sanitaria: quando le risorse sono scarse, chi curare? Una riflessione comparatistica,* in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, n. 2/2023, 82, not. 59 «*il rischio è che si possa passare da uno stato di emergenza sanitaria a uno stato di emergenza cibernetica, o informatica, che potrebbe determinare, quale conseguenza ultima, la scomparsa del genere umano*».

nella maniera più idonea il cambiamento, fronteggiando in particolare anche i nuovi rischi, soprattutto psicosociali, che ne possono derivare.

2. La trasformazione digitale del lavoro: le insidie derivanti dall'ingresso della IA

Come noto la trasformazione digitale ha prodotto i suoi effetti su diversi aspetti della relazione lavorativa impattando sul lavoro (inteso nelle sue varie accezioni dalle tipologie, alle competenze, alla formazione, al divario digitale ecc.), sul contratto di lavoro (tempi, luoghi, durata, carichi di lavoro), sulle condizioni dello stesso e sui rapporti di lavoro (conciliazione, *work life balance*, telelavoro, *smart working*) e sulle modalità organizzative dell'impresa (in termini di gestione, monitoraggio dei carichi di lavoro, lavoro a distanza ecc.).

Oltre che nelle fasi di ingresso nel lavoro (colloqui attraverso *chatbots* o anche tramite il riconoscimento emotivo), essa ha assunto un ruolo determinante anche in quelle di valutazione e gestione del personale, ad esempio nel caso degli eventuali esuberi[21], oltre che nell'esplicazione del potere di controllo datoriale inducendo ad interrogarsi sulle insidie che essa nasconde giacché, nella convivenza tra "dipendenti umani" e "dipendenti artificiali", taluni dei poteri tipicamente datoriali sono stati delegati a nuove entità inanimate, ma non per questo neutre.

Si tratta di un aspetto che richiede una riflessione riguardo le modalità, limiti e contorni con cui le IA (sotto forma di applicazioni, di strumenti che utilizzano algoritmi) dovranno essere programmate[22], trovandosi ad affiancare ed a sostituire gli uomini in talune frazioni dei processi aziendali. Quella della IA è una ingerenza che concorre al cambiamento dei modelli organizzativi aziendali apportando assistenza, supporto, ausilio nella gestione e velocizzazione delle attività aziendali, ma che al contempo potrebbe inficiare l'impianto che supporta la gestione dell'azienda, dando vita a trattamenti discriminatori o in violazione dei diritti fondamentali quali la dignità o la *privacy* del lavoratore.

Rileva in questo contesto il profilo dei risvolti etici e sociali legati al lavoro ed all'occupazione[23]. Si tratta di risvolti legati ai timori che l'intensificazione del ricorso a queste metodologie possa portare entro il

[21] L. FAILLA, *Intelligenza artificiale e lavoro. Una sfida giuridica, ma anche etica*, 2023, in www.ipsoa.it con riguardo alle notizie relative ai licenziamenti annunciati - (oltre 150.000 dipendenti stando alle ultime stime) pare realizzati in pochissimo tempo, utilizzando sistemi di intelligenza artificiale - da parte di alcune delle Big Tech della Silicon Valley (Meta, Google, Amazon, Microsoft, Twitter e Netflix fra gli altri). Appare sempre più esteso il ricorso, nei piani di esuberi, a metodi e parametri di individuazione del personale interessato da tali procedure espulsive nelle quali protagonisti sono test di intelligenza artificiale. Tale metodo per quanto nel nostro paese si scontrerebbe con le previsioni della L. n. 223 del 1991 attuativo della Direttiva UE in tema dimostra la deriva e la direzione che sta caratterizzando il mondo del lavoro sollevando il datore di lavoro da tutta una serie di manifestazioni dei suoi poteri che in tal maniera vengono delegati alla IA esimendosi da ogni responsabilità che viene attribuita al funzionamento dell'algoritmo.

[22] A. TULLIO, *L'intelligenza artificiale cambia i modelli organizzativi aziendali. Attenzione ai limiti*, 2023, in www.ipsoa.it

[23] I. FERRARI, *Indagine comparata sulla giurisprudenza in materia di responsabilità civile per i danni arrecati dall'uso dei sistemi di intelligenza artificiale*, in *LDE*, n. 3, 2022.

2055 a dimezzare le attività lavorative sostituendole con una automazione parziale, circostanza questa che avrebbe effetti deflagranti sul mercato del lavoro[24]. Il tema è stato oggetto di molti studi che variamente hanno valutato l'impatto dell'ingresso della tecnologia nei luoghi di lavoro. Da una parte vi sono quelli che stimano come circa la metà dell'attuale forza lavoro verrà investita dall'automazione grazie alle tecnologie già note e in uso attualmente[25]; dall'altra vi sono quelli che ridimensionano la responsabilità distruttiva della IA, evidenziando le potenzialità che possono scaturire da una adeguata gestione del rapporto macchina uomo[26]. In questo scenario in continuo mutamento va altresì segnalato come troppe realtà non essendo ancora in grado si sviluppare ed applicare metodologie domestiche di IA si affidino esclusivamente a prodotti di terze parti[27]. La mancanza di tecnologie sviluppate internamente aggrava ulteriormente la situazione esponendo i fruitori di questi servizi a rischi spesso non controllati né prevedibili.

Tra le aree di attenzione che la tecnologia porta con sé vi è anche quella riferita al concetto di IA generativa riferita alla sua capacità di analizzare i dati e di creare dei contenuti fondati su tale analisi[28] - si pensi agli algoritmi come *ChatGPT, Dall-E2, Midjourney* tutti sistemi che utilizzano dati di addestramento per generare dati realistici o apparentemente realistici, testi, immagini, audio e li rende poi noti. Oltre a quest'area vanno segnalati altri rischi derivanti da un uso incontrollato della stessa quali il rischio reputazionale difficile da monitorare[29], il rischio di generare informazioni sbagliate, cd. di "allucinazione"[30] conseguenti alla errata elaborazione delle informazioni dando vita a nuove informazioni; oppure quello di divulgare dati sensibili inconsapevolmente[31]. Questi sono solo alcuni[32] dei motivi, tra cui

[24] Report *A Future That Works: Automation, Employment and Productivity,* McKinsey Global Institute – MGI, in https://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs_2020.pdf

[25] *Report di The Boston Consulting Group e MIT Sloan Management Review* dimostra che la riduzione della forza lavoro è temuta solo da meno della metà dei manager (47%), convinti invece delle potenzialità (l'85% degli interpellati pensa che permetterà alle aziende di guadagnare e mantenere un vantaggio competitivo); Ricerca di Accenture, *Reworking the revolution: are you ready to compete as intelligent technology meets human ingenuity to create the future workforce*, Forum dell'Economia di Davos nella quale si stima che i ricavi delle imprese potrebbero crescere del 38% entro il 2020, a patto che investano sull'Intelligenza Artificiale e su un'efficace cooperazione uomo-macchina.

[26] CAPGEMINI, *Turning AI into concrete value: the successful implementers' toolkit*", in https://www.capgemini.com, secondo cui l'83% delle imprese intervistate conferma la creazione di nuove posizioni all'interno dell'azienda, inoltre, i tre quarti delle società intervistate hanno registrato un aumento delle vendite del 10% proprio in seguito all'implementazione dell'Intelligenza Artificiale.

[27] E. M RENIERIS, D. KIRON, S. MILLS, *Building Robust RAI Programs as Third-Party AI Tools Proliferate*, 20 June 2023, in https://sloanreview.mit.edu

[28] Si pensi a ChatGPT- che il Garante della Privacy ha deciso di bloccare in Italia a causa di alcune criticità sulla gestione dei dati degli utenti, oltre a sistemi analoghi capaci della creazione di contenuti video, Garante per la protezione dei dati personali, Provvedimento 11 aprile 2023.

[29] BCG, *Generative AI*, 2023, in www.bcg.com; España se encuentra entre los países que lideran la adopción de la Inteligencia Artificial en el entorno laboral, in https://www.bcg.com/

[30] A. CATALETA, *AI generativa, ecco i rischi dell'uso scorretto dei dati,* 20 settembre 2023, in https://www.agendadigitale.eu

[31] P. LICATA, *AI generativa una grana per le aziende: balza al secondo posto nella classifica dei rischi*, 2023, in https://www.corrierecomunicazioni.it

[32] OECD, P. LORENZ, K. PERSET, J. BERRYHILL, *Initial Policy considerations for generative artificial intelligence,* 2023.

anche il rischio di perpetrare pregiudizi attraverso la disinformazione, che inducono ad un approccio moderato e responsabile all'espansione dei programmi di IA, che deve essere accompagnata da una maggior consapevolezza[33].

Il processo di transizione digitale che interessa il mondo del lavoro evidenzia l'importanza del mantenimento della cooperazione tra persone e IA. La dimensione operativa ricercata dovrà evitare la sovrapposizione e la sostituzione tra i protagonisti delle nuove relazioni che si stanno intessendo in questo nuovo contesto relazionale, mirando alla creazione di un sistema etico di relazioni reciproche pensato per concretizzare il punto di equilibrio tra uomo e tecnologia. L'IA rappresenta sempre più il cuore pulsante delle aziende ed è determinante valutare se i risultati del ricorso a tali sistemi (operanti tramite gli algoritmi) saranno accettati acriticamente e passivamente o se saranno oggetto di una attività umana di valutazione (etica e giuridica),[34] onde valutare la decisione finale e gli impatti che la stessa potrebbe avere sugli individui coinvolti[35].

Come accennato in apertura di questa riflessione uno dei rischi è quello cd. di allucinazione derivante dal fatto che la IA non ha un cervello biologico ma opera attraverso algoritmi e modelli di apprendimento e le allucinazioni possono essere una conseguenza di come le macchine elaborano ed interpretano i dati. In questo suo operare può accadere che la realtà venga distorta dall'algoritmo che, se non trova le risposte adeguate al quesito posto, potrebbe appunto falsare, inventare e creare realtà di diverso tipo[36]. Questo effetto si verifica soprattutto nel momento della elaborazione dei dati e delle informazioni. In questa fase, infatti, le IA elaborano i dati in base ai modelli di apprendimento automatico (rete neurali artificiali) ed alle tendenze che le stesse hanno appreso e che derivano da *input*. Anche la fase dell'addestramento, pertanto, è importante perché se i dati utilizzati per addestrarla sono troppo "rumorosi", o contengono informazioni etichettate in maniera errata, può accadere che nel loro processo di elaborazione l'algoritmo non riesca ad interpretarle correttamente, generando rappresentazioni alterate della realtà. La conseguenza che ne deriva è che nel caso in cui le informazioni da elaborare risultino ambigue, incomplete o non rappresentative, oppure si presentino in grande quantità, l'IA potrebbe trovarsi in difficoltà a comprendere il contesto nel quale calare tali dati, e si potrebbe generare un effetto che l'uomo identifica

[33] Il tema va affrontato anche sotto il profilo dei sistemi intelligenti che acquisiscono dati per alimentare gli algoritmi e che ci sollecitano risposte all'interrogativo etico e giuridico sul futuro che ci attende, poiché molte delle attività un tempo gestite esclusivamente dall'uomo sia in termini intellettuali sia in termini emozionali (o creativi), vengono oggi affidati a delle macchine che danno vita a prodotti (frutto di analisi con sistemi probabilistici della questione presentata) che sono il frutto dell'analisi effettuata che però è ben diversa da una risposta umana.

[34] Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate (2020/2012(INL)), in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_IT.html

[35] L. FAILLA, *Intelligenza Artificiale e gestione degli esuberi in Italia: la rilevanza del fattore umano, 2023,* in https://www.quotidianopiu.it/ ; nonché dello stesso A. *Intelligenza artificiale e lavoro. Una sfida giuridica, ma anche etica,* cit.

[36] A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Il tuo capo è un algoritmo*, Laterza, 2020.

come allucinazioni che corrispondono a risultati, gemmati proprio dalla IA, che possono essere, come detto, erronei, frutto di connessioni bizzarre o slegate dai dati degli *input* o prodotto della inventiva estrema generata dall'algoritmo.

I fenomeni che abbiamo delineato sino ad ora prendono il nome di a) *overfitting*, quando l'IA tende ad adattarsi eccessivamente ai dati degli addestramenti specifici, con la conseguenza che il modello partendo dai dati-campione osservati, si dimostra meno capace di generalizzare quando deve affrontare nuove situazioni che si discostano da quelle degli addestramenti (questo deriva dal fatto che, dinnanzi ad un numero eccessivo di parametri rispetto al numero delle osservazioni, l'IA tenderebbe a perdere il controllo con la realtà dei dati); l'altro fenomeno è b) l'*overgeneration* che si manifesta nel momento in cui l'IA generalizza invece eccessivamente, dando vita a connessioni singolari o erronee tra i dati degli *input*[37].

Si tratta di rischi reali che possono essere mitigati adottando un approccio di addestramento e verifica rigorosi, ricorrendo a dati di alta qualità associati allo sviluppo di meccanismi di controllo capaci di rilevare e correggere eventuali rappresentazioni inverosimili o distorte.

Appare fondamentale dotarsi di una lettura critica giacché per le caratteristiche che la contraddistinguono (opacità, complessità, dipendenza dai dati e comportamento autonomo) il pericolo è la compromissione dei diritti fondamentali degli individui[38].

Ne consegue che è opportuno approntare un sistema di gestione del rischio, di monitoraggio e di supervisione umana per ridurre al minimo il pericolo di decisioni errate o distorte assistite dalla IA in settori critici quali il lavoro[39] (si pensi ai rischi che potrebbero derivare nel caso di sistemi di guida autonoma se l'IA presentasse delle allucinazioni mettendo in serio pericolo la sicurezza degli individui coinvolti). Per fare questo sarà necessario individuare delle linee guida da comunicare ai produttori degli algoritmi favorendo una programmazione adeguata.

Un ruolo determinante in questo scenario in continuo divenire spetta al diritto ed ai giuristi a cui compete la regolamentazione e la gestione dei nuovi sistemi coniugandoli con i tradizionali coadiuvati, in questo, anche dallo sforzo dell'UE.

A tal riguardo va richiamato *l'Artificial Intellicence Act Proposal* del 2021 approvato dal Parlamento Europeo il 14 giugno 2023 volto a dar vita ad un quadro normativo comune capace di regolamentare i *software* di IA la cui approvazione definitiva dall'UE "dovrebbe" giungere a fine anno consentendo così la sua entrata in vigore nel 2024. Si tratta del primo tentativo di regolamentazione generale dell'IA nato da numerosi

[37] C. GALLESE NOBILE, *Legal Aspects of the Use Artificial Intelligence in Telemedicine*, in *Journal of Digital Technologies and Law*, 2023;1(2):314–336.
[38] E. FALLETTI, *Discriminazione algoritmica*, Giappichelli, 2022, p. 260 ss.
[39] E. FALLETTI, *Discriminazione algoritmica*, cit., p. 200.

atti di impulso e *soft laws*[40] con l'intento di bilanciare e rappresentare una "quadratura del cerchio" sullo sviluppo della IA a livello globale[41], concretizzando l'obiettivo di un mercato unico digitale efficiente ed equo, oltre che capace di incrementare fino al 2030 tra 1 e 1,4 milioni di posti di lavoro[42]. Tra le ragioni e gli obiettivi della proposta viene sottolineato come l'uso della tecnologia informatica possa favorire risultati vantaggiosi dal punto di vista sociale e ambientale, fornendo vantaggi competitivi fondamentali alle aziende e all'economia europea[43].

Concorrono in questo arduo compito oltre all'*Artificial Intelligence Act Proposal* anche altre iniziative dirette a realizzare il progetto di un mercato unico europeo dei dati quali il *Digital Service Act* (DSA)[44], tra i cui obiettivi vi è la tutela della situazione dei lavoratori delle piattaforme *online* i cui diritti rischiano di essere compromessi e riguardo ai quali sarebbe opportuno che le piattaforme, (richiamando ed ispirandoci alla materia del *crowdfunding)*, ricoprissero un ruolo da *gatekeeper* concorrendo nella certificazione delle realtà lavorative digitali filtrando e scartando quelle non virtuose[45]. Affiancano il DSA, nella regolamentazione delle piattaforme digitali per il perseguimento della maggior trasparenza e concorrenza nel mercato europeo digitale dei dati che sia competitivo ed affidabile, anche il *Digital Market Act* [46], nonché il *Data Act* e il *Data Governance Act*[47] sui quali il Parlamento UE e Consiglio europeo stanno ancora lavorando[48]. A tal riguardo va segnalato come il 9 dicembre 2023 l'Europarlamento, la Commissione e il Consiglio hanno stato raggiunto un accordo sull'AI Act, ovverosia, la legge europea sull'intelligenza artificiale. Si tratta del primo quadro normativo sui sistemi di intelligenza artificiale nel mondo destinata a dare "un contributo sostanziale allo sviluppo di regole e principi globali per un'IA incentrata sull'uomo"[49].

---

[40] C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Primeosservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificial*, 2021, consultabile in *https://teseo.unitn.it/biolaw;* E. FALLETTI, *Discriminazione algoritmica,* cit., p. 301.

[41] G. RESTA, *Cosa c'è di 'europeo' nella proposta di regolamento UE sull'intelligenza artificiale?* in *il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2/2022, p. 323

[42] Proposta di REGOLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), Bruxelles, 15.12.2020, COM(2020) 842 final, 2020/0374 (COD), {SEC(2020) 437 final} - {SWD(2020) 363 final} - {SWD(2020) 364 final}, p. 63, in https://ec.https://ec.europa.eu/

[43] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206

[44] Il DSA è stato pubblicato nella Gazzetta ufficiale il 27 ottobre 2022 ed è entrato in vigore il 16 novembre 2022 https://digital-strategy.ec.europa.eu/

[45] E. SIGNORINI, *New paths of protection in the digital labyrinth,* in Actes de la 30e Journée de droit international privé Le droit international privé dans le labyrinthe des plateformes digitales du 28 juin 2018, Istituto Svizzero di Diritto Comparato, in Publication de l'Institut de droit comparè, Losanna, 2018, pp. 325-334, ISBN/ISSN 978-3-7255-8525-0.

[46] Proposta di REGOLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), cit.

[47] A.TROJSI, *Sull'impatto giuslavoristico del Data Governance Act. Riflessioni sistemiche a prima lettura del Regolamento (UE) 2022/868*, in *Federalismi.it*, 2022, 4, p. 276.

[48] Regulation (EU) 2022/868 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2022 on European data governance and amending Regulation (EU) 2018/1724 (Data Governance Act), in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32022R0868

[49] https://www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/20231206IPR15699/artificial-intelligence-act-deal-on-comprehensive-rules-for-trustworthy-ai

L'*excursus* delineato offre l'occasione di osservare come la tecnologia si sia insinuata anche in un aspetto già affrontato dal diritto quale è quello del controllo a distanza. Si tratta di un contesto nel quale ci si deve interrogare sulla capacità dell'impianto normativo esistente di rispondere alle sollecitazioni di un mondo tecnologico in crescita senza che questo porti il datore di lavoro ad abdicare ai poteri oltre che ai valori che ne sono la concreta espressione sociale ed etica. Nel percorso verso un sistema di relazioni che non veda la predominanza di una delle due componenti (tecnologia e potere di controllo), ma una convivenza con scambi reciproci, emerge con prepotenza l'esigenza di disegnare nuovi confini entro i quali il potere di controllo datoriale possa esser esercitato senza tradursi in una violazione dei diritti dei lavoratori.

3. Le nuove manifestazioni del potere di controllo del datore di lavoro

Come già detto nell'introduzione, la nostra dottrina vanta una vasta produzione di contributi sul tema del potere di controllo datoriale analizzato sotto il profilo dei limiti che lo contraddistinguono[50], alla quale si rimanda per una panoramica.

Le riflessioni odierne non intendono riproporre una ricostruzione del sistema che già è stato ben tratteggiato da cotanta dottrina coadiuvato dalla ricca produzione giurisprudenziale cui si farà riferimento nel prosieguo. L'intento di queste riflessioni è quello di partire da tali ricostruzioni per osservare che ruolo in tale struttura ricoprano le tecniche distopiche di sorveglianza dei lavoratori adottate in misura sempre maggiore dalla azienda, misure divenute sempre più popolari dopo la pandemia, normalizzandosi e diffondendosi in un numero crescente di settori. Se da un lato, infatti, si assiste ad un'intensificazione ed una diversificazione delle modalità di controllo, dall'altro emerge come la regolamentazione a tutela dei dipendenti non sia stata in grado di seguire la stessa velocità nel predisporre nuove forme di tutela dei lavoratori, infrangendosi contro le barriere delle norme a tutela della *privacy*, della riservatezza ed in generale dei valori costituzionali dei lavoratori.

Alcuni studi hanno inoltre evidenziato come la transizione digitale osservata dal punto di vista della prospettiva disciplinare possa andare a discapito di particolari categorie di lavoratori quali i giovani, le donne e lavoratori appartenenti a minoranze straniere[51] (rischio *bias* algoritmici) che rischiano di essere colpiti in modo sproporzionato e negativo dalla sorveglianza dei lavoratori così come attuale, circostanza questa che è acuita dal fatto che ad oggi, la legge non è al passo con la realtà e che questo potrebbe produrre conseguenze disastrose per il benessere mentale e fisico della forza lavoro oltre a far da motrice di pregiudizi in base al genere o all'etnia e non solo.

[50] A. PIZZOFERRATO, *I limiti al potere* cit. p. 2.
[51] H. PARKES, *Dystopian worker surveillance techniques likely to disproportionately affect young people says IPPR*, 2023, cit.

La sensazione che, inoltre, contraddistingue oramai la stragrande maggioranza dei lavoratori è di essere costantemente sorvegliati attraverso il tracciamento dei movimenti fisici, attraverso la tecnologia *webcam* che può monitorare il tempo trascorso davanti allo schermo, la concentrazione e le espressioni facciali[52] dei lavoratori sia in ufficio che a casa, attraverso il ricorso al monitoraggio dei veicoli tramite l'uso di telecamere sui cruscotti (nel caso di auto aziendali), sino ad arrivare a pratiche quali quelle che analizzano la pressione dei tasti dei *computer*, o *software* che a intervalli temporali scattano un'immagine dello schermo. Quelle richiamate sono, invero, solo alcune delle tecniche cui le aziende ricorrono per video sorvegliare i propri dipendenti.

Appare di tutta evidenza come questa sia una deriva del sistema che, se non regolamentata, può portare a conseguenze gravi per la salute del lavoratore, non escluso la possibilità di ravvisare comportamenti che si avvicinano alle molestie nei confronti dei lavoratori e negative per l'azienda aumentando inevitabilmente il *turnover* del personale la cui produttività, la cui professionalità viene determinata e calcolata dalla misura arbitraria, ad esempio, di quanto digita e muove il *mouse*[53].

Non v'è dubbio che lo scenario del sistema pensato negli anni '70 sia evoluto discostandosi però dall'idea originaria del controllo a distanza, poiché essa mostra un nuovo risvolto del potere datoriale esercitato e talvolta percepito come punitivo.

Come evidenziato in dottrina, è difficile immaginare che strumenti normativi risalenti agli anni '70 possano ancora oggi mantenere la loro forza protettiva intatta. E' indispensabile che il modello regolatorio venga aggiornato, anche alla luce delle recenti riforme e che si riveda urgentemente ciò che è accettabilmente idoneo a coniugare le soluzioni di monitoraggio adottate dal datore di lavoro con le esigenze informative dei lavoratori, soprattutto riguardo ai rischi ed ai livelli di rischio, al grado di pervasività del controllo realizzato, alla indicazione puntuale degli strumenti adottati dall'impresa (specificandone le modalità di funzionamento, le logiche che li supportano), offrendo ogni riferimento utile a comprendere quali dati sono oggetto di raccolta, come siano elaborati e quali azioni vengano assunte dagli algoritmi insiti nell'IA che li governano[54].

Con lo Statuto dei lavoratori nel 1970 il legislatore era intervenuto pionieristicamente con l'art. 4, rubricato *"Impianti audiovisivi e altri strumenti di controllo*", prevedendo una specifica tipologia di controllo datoriale, ossia il c.d. controllo a distanza. Con tale espressione si intende il controllo effettuato tramite strumenti tecnologici che permettono la vigilanza a distanza sia spaziale che temporale sul lavoratore.

---

[52] A. D. SIGNORELLI, *Il riconoscimento facciale sta creando un mondo distopico*, 2019, testo consultabile in www. wired.it

[53] C. SKOPELITI, *I feel constantly watched': the employees working under surveillance*, in www.theguardian.com

[54] G. PROIA, *Controlli a distanza e trattamento dei dati personali: due discipline da integrare (ma senza fare confusione)*, in C. PISANI, G. PROIA, A. TOPO, (a cura di), *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro,* Giuffrè, 2022.

È di tutta evidenza come questo scenario sia oggi amplificato dall'impatto della transizione tecnologica, al punto che la potenzialità del controllo effettuato tramite le originarie videocamere, posizionate nelle aree lavorative, è giunto ad interessare la quasi la totalità degli strumenti utilizzati dal lavoratore per compiere la propria prestazione lavorativa, (*computer*, telefoni aziendali). Questa condizione ha inevitabilmente accentuato l'eventualità di violazione della dignità e della *privacy*[55] che accompagnano le modalità di controllo e che nel caso del lavoro presentano tutta una serie di risvolti che meritano una apposita attenzione. Come noto l'originaria stesura dell'art. 4 è stata oggetto di una serie di rivisitazioni resesi necessarie per ovviare alla insoddisfazione che accompagnava il disposto statutario sempre più lontano dal contesto produttivo nel quale avrebbe dovuto esprimere le sue potenzialità. All'intervento realizzato nel 2011 con il d.l. n. 138 (art.8) con cui il legislatore abilita il contratto collettivo aziendale di prossimità[56] alla adozione di soluzione derogatorie alla previsione statutaria proprio in relazione all'impatto nelle nuove tecnologie è seguito nel 2015 la riforma contenuta nel Jobs Act con cui si è inciso sul tenore letterale della norma, attualizzandolo nel contesto di una realtà organizzativa pervasa dalle implementazioni e dalla incidenza della tecnologia.

L'impianto realizzato in risposta alle istanze della evoluzione tecnologica si discosta inevitabilmente dalla struttura originaria evidenziandone i limiti manifestati nella sua quarantennale applicazione. Oltre, infatti, ad assistere ad una proliferazione di deroghe, pur nel permanere del divieto generalizzato del controllo a distanza della prestazione lavorativa, la giurisprudenza[57] mette in evidenza tutta una serie di incongruenze in merito alla utilizzabilità delle prove raccolte quantunque in presenza di comportamenti integranti illeciti civili e penali[58].

Pur permanendo, come detto, il divieto di controllo a distanza della prestazione lavorativa generalizzato e preventivo (controllo diretto) l'impianto che ne deriva richiama la struttura originaria che distingueva da un lato i controlli realizzabili legittimamente solo a seguito di un'autorizzazione sindacale o, in mancanza, amministrativa, giustificati da esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale. Si tratta dei cd. controlli preterintenzionali (art. 4, c. 1), già teorizzati da dottrina e giurisprudenza prima dell'avvento della riscrittura del 2015, per i quali la finalità per la quale sarà impiegato lo strumento di controllo costituisce essa stessa il presupposto per renderne legittima l'installazione. A seguito della riforma del 2015 tale assetto venne arricchito da quella categoria di controlli che possono essere attuati o attraverso strumenti con cui si rende la prestazione lavorativa oppure attraverso i controlli degli accessi e delle presenze, per i quali non si applica il regime autorizzatorio

[55] G. FINOCCHIARO, I *limiti posti dal Codice in materia di protezione dei dati personali al controllo del datore di lavoro* in *Diritti e Libertà in Internet*, 2017.
[56] P. LAMBERTUCCI, *Potere di controllo* cit., p.13.
[57] Cass.5 ottobre 2016, n. 19922e Cass. 1° ottobre 2012, n. 16622 in https://www.certifico.com
[58] Sul nuovo assetto A. PIZZOFERRATO, *I limiti al potere* cit. p. 3 ss.

da parte sindacale o amministrativa (controllo diretto ex art. 4, c. 2)[59]. Per entrambe le categorie la legittimità del controllo deriva dal rispetto dell'onere di fornire una adeguata informazione ai lavoratori, ed in alcuni casi alle rappresentanze sindacali in azienda, circa le modalità di effettuazione dei controlli. È, infatti, fondamentale che il lavoratore acquisisca consapevolezza delle possibilità di controllo in ossequio al principio di trasparenza e proporzionalità[60].

Alle ipotesi richiamate di controllo a distanza, effettuato in forma generalizzata e in via preventiva, si è andato ad aggiungere, dall'altro lato, quello del controllo a distanza personalizzato e specifico, operato *ex post* e fuori dall'ambito di azione dell'art. 4, anche in via occulta per scopi difensivi da parte datoriale. La legittimità di questi controlli anche dopo la riforma del 2015 è stata riconosciuta dalla Cassazione anche in sede penale[61]. Va attribuito a questo strumento d'origine giurisprudenziale "*aver fatto giustizia*"[62] riguardo le preclusioni probatorie derivanti dalla norma statutaria.

Con riguardo ai controlli difensivi la giurisprudenza distingue, "*tra i controlli a difesa del patrimonio aziendale che riguardano tutti i dipendenti (o gruppi di dipendenti) nello svolgimento della loro prestazione di lavoro che li pone a contatto con tale patrimonio, controlli che dovranno necessariamente essere realizzati nel rispetto delle previsioni dell'art. 4 novellato in tutti i suoi aspetti e "controlli difensivi" in senso stretto, diretti ad accertare specificamente condotte illecite ascrivibili - in base a concreti indizi - a singoli dipendenti, anche se questo si verifica durante la prestazione di lavoro*", puntualizzando come tali "*controlli, anche se effettuati con strumenti tecnologici, non avendo ad oggetto la normale attività del lavoratore*", debbano esser posizionati, "*all'esterno del perimetro applicativo dell'art. 4*" [63].

---

[59] A. MARESCA, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.,* cit. p. 14.

[60] I. ALVINO, *I nuovi limiti*, cit. p. 43

[61] Nel vigore del testo dell'art. 4 precedente alla riforma la Cassazione penale aveva sancito (Cass. Pen. Sez. III, 15 dicembre 2006, n. 8042) in www https://olympus.uniurb.it in tema di utilizzabilità "*come prove nel processo penale dei risultati delle videoriprese effettuate sul luogo di lavoro a tutela del patrimonio aziendale, in assenza di previo accordo con le rappresentanze sindacali competenti e di previa autorizzazione dell'Ispettorato del lavoro, che "sono utilizzabili nel processo penale, ancorché imputato sia il lavoratore subordinato, i risultati delle videoriprese effettuate con telecamere installate all'interno dei luoghi di lavoro ad opera del datore di lavoro per esercitare un controllo per tutelare il patrimonio aziendale messo a rischio da possibili comportamenti infedeli dei lavoratori, in quanto le norme dello Statuto dei lavoratori poste a presidio della loro riservatezza non proibiscono i cosiddetti controlli difensivi del patrimonio aziendale e non giustificano pertanto l'esistenza di un divieto probatorio*"; Cass. pen., sez. V, 12 luglio 2011, n. 34842 per la quale «*sono utilizzabili nel processo penale le prove di reato acquisite nei confronti di un dipendente mediante videoriprese effettuate con telecamere installate all'interno del luogo di lavoro, ad opera del datore di lavoro, per esercitare un controllo a beneficio del patrimonio aziendale messo a rischio da possibili comportamenti infedeli dei lavoratori, perché le norme dello statuto dei lavoratori poste a presidio della loro riservatezza, non fanno divieto dei c.d. controlli difensivi del patrimonio aziendale e non giustificano, pertanto, l'esistenza di un divieto probatorio*»; ancora v. Cass. Pen. Sez. III, 12 novembre 2013, n. 4331, in www https://olympus.uniurb.it. Successivamente alla riforma del 2015 v. Cass. Pen. Sez. III, 6 dicembre 2016, n. 51897, in Foro It., 2017, 2, II, 89; Cass. Pen. Sez. III, 08 settembre 2016, n.51897, in https://www.eius.it/giurisprudenza/; Cass. Pen. Sez. II, 12 maggio 2016, n.33567,www https://olympus.uniurb.it; Cass. Pen. Sez. III, 7 aprile 2016, n. 45198, in https://www.puntodidiritto.it/; Cass: Pen. Sez. II, 30 novembre 2017, n.4367, in https://www.adlabor.it/interpretazioni/; Cass. Pen. Sez. III, 31 gennaio 2017, n.22148, in https://www.altalex.com/; Cass. Pen. Sez. III, 10 aprile 2018, n.38882 in www https://olympus.uniurb.it; Cass. Pen. Sez. III, 27 gennaio 2021, n. 3255, in www https://olympus.uniurb.it; Cass. Pen. Sez. III, 15 luglio 2019, n.50919 in www https://olympus.uniurb.it; Cass. Pen. Sez., III, 17 gennaio 2020, n. 1733, in www https://olympus.uniurb.it; Cass. Pen. Sez. III, 16 novembre 2023, n. 46188, in https://www.dirittoegiustizia.it/

[62] A. MARESCA, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.,* cit. p. 2, 7 ss.

[63] Cass. 22 settembre 2021, n. 25732, punto 31 e 32, consultabile in www https://olympus.uniurb.it

Oltre a tale presupposto tali controlli richiedono anche un posizionamento temporale giacché, a differenza dei controlli preventivi quelli di tipo difensivo in senso stretto devono essere mirati ed attuati *ex post*, ossia "*a seguito del comportamento illecito di uno o più lavoratori del cui avvenuto compimento il datore abbia avuto il fondato sospetto*", perché solo a partire da quel preciso momento il datore può provvedere alla raccolta di informazioni utilizzabili[64].

La presenza di un ragionevole sospetto[65] circa l'esistenza di condotte illecite commesse dal lavoratore concorre a legittimare il controllo a distanza personalizzato e specifico, attuato a posteriori, sebbene in via occulta con scopo difensivo del datore di lavoro. Su questo ultimo aspetto è intervenuta la giurisprudenza che ha puntualizzato come anche "*in presenza di un sospetto di attività illecita",* occorrerà, nell'osservanza della disciplina a tutela della riservatezza del lavoratore, e segnatamente dell'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU, "*assicurare un corretto bilanciamento tra le esigenze di protezione di interessi e beni aziendali, correlate alla libertà di iniziativa economica, rispetto alle imprescindibili tutele della dignità e della riservatezza del lavoratore, con un contemperamento che non può prescindere dalle circostanze del caso concreto*"[66].

L'aspetto della legittima utilizzazione delle informazioni e dei dati raccolti a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro soggiace pertanto ai presupposti compendiati nel principio di diritto elaborato recentemente dalla Suprema Corte[67] (pur rifacendosi alla pronuncia n. 25732 del 2021) contraddistinti da una estensione temporale del controllo. Secondo infatti la giurisprudenza "s*ono consentiti i controlli anche tecnologici posti in essere dal datore di lavoro finalizzati alla tutela di beni estranei al rapporto di lavoro o ad evitare comportamenti illeciti*, 1) *in presenza di un fondato sospetto circa la commissione di un illecito, purché* 2) *sia assicurato un corretto bilanciamento tra le esigenze di protezione di interessi e beni aziendali, correlate alla libertà di iniziativa economica, rispetto alle imprescindibili tutele della dignità e della riservatezza del lavoratore*, 3) *sempre che il controllo riguardi dati acquisiti successivamente all'insorgere del sospetto*"[68].

La competenza che sta maturando la dottrina verso la IA dovrebbe soffermarsi anche a "considerare la qualità dei dati", nel senso che l'esperienza fornita sta ponendo in evidenza che il metodo usato sino ad oggi di raccolta dei dati (di cui si sia già in possesso) e loro preparazione (perché già a disposizione) per il trattamento forse dovrebbe essere oggetto di un mutamento di approccio. Questo dovrebbe consentire di vedere i dati come qualcosa da cui partire, come informazioni non più modificabili che debbono essere abilitate per l'analisi preventiva all'avvio di un modello, o di un progetto o di una azienda. Questo metodo

[64] Cass. 22 settembre 2021, n. 25732, punto 40, 44, consultabile in www https://olympus.uniurb.it
[65] R. ROMEI, *Il "ragionevole sospetto" in Cassazione*, in LDE, 2023, 1.
[66] Cass. 22 settembre 2021, n. 25732, punto 36e 38, consultabile in www https://olympus.uniurb.it., ove si richiama Cass. 10 novembre 2017, n. 26682, consultabile in https://www.defensis.it
[67] Cass. 26 giugno 2023, n. 18168 consultabile in www https://olympus.uniurb.it
[68] Cass. 22 settembre 2021, n. 25732, punto 51, consultabile in www https://olympus.uniurb.it

consentirebbe di fornire agli algoritmi delle informazioni dettagliate per ideare e fornire misure di contrasto (come nel caso in esame verso potenziali comportamenti riconducibili a illeciti), o prodotti ed azioni mirate ed ottimizzate perché più rispondenti alle esigenze ed alle finalità dei fruitori.

Da quanto delineato emerge come la giurisprudenza circoscrive il controllo ai dati di cui si sia acquisita conoscenza a seguito all'insorgenza del sospetto, espressione questa su cui la dottrina si è a lungo interrogata[69] giungendo alla conclusione che non si può legittimare a posteriori, neppure ricorrendo a questa tipologia di controllo, una eventuale pratica di acquisizione generalizzata *ex ante* di dati attuata violando la previsione dell'art. 4 dello Statuto. Merita rammentare, infatti, che deve esser garantito il rispetto dell'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, citato, laddove impone di assicurare un corretto bilanciamento tra le esigenze di salvaguardia della dignità e riservatezza del dipendente e quelle di protezione da parte datoriale degli interessi e dei beni aziendali, nel rispetto dei canoni generali di correttezza e buona fede contrattuale.

La stessa dottrina ha peraltro evidenziato la miopia dimostrata talvolta dalla Corte; la finalità del controllo non deve essere solo funzionalizzata alla prevenzione della commissione di ulteriori illeciti, ma è opportuno che esso possa estendersi anche alle condotte pregresse già realizzate dal lavoratore, in un'ottica riabilitativa, ma soprattutto finalizzata all'accertamento fattuale ai fini probatori in sede processuale [70].

Sul punto la Corte puntualizza che allegazione e prove debbono riguardare "*circostanze temporalmente collocate, atteso che le stesse segnano il momento a partire dal quale i dati acquisiti possono essere utilizzati nel procedimento disciplinare e, successivamente, in giudizio, non essendo possibile l'esame e l'analisi di informazioni precedentemente assunte in violazione delle prescrizioni di cui all'art. 4 St. lav., estendendo "a dismisura" l'area del controllo difensivo lecito, considerato che non può essere reso retroattivamente lecito un comportamento che tale non era al momento in cui fu tenuto*"[71].

Altro aspetto su cui la giurisprudenza è intervenuta è quello dedicato all'onere della prova precisando come incomba sul datore di lavoro l'onere di allegare prima e provare poi le specifiche circostanze che lo hanno indotto ad attivare un controllo tecnologico *ex post*, onere che deriva dal combinato disposto tra la necessaria sussistenza di un fondato sospetto che consente al datore di porre la sua azione fuori

[69] V. NUZZO, *Il ragionevole sospetto di illecito e la possibilità di controlli difensivi occulti all'esame della Grande Camera della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, cit.

[70] A. BELLAVISTA, *Sorveglianza elettronica*, cit. 183.

[71] Cass. 22 settembre 2021, n. 25732, punto 41, consultabile in www https://olympus.uniurb.it in argomento anche Cass. Pen. 27 gennaio 2021, n. 3255 che è intervenuta in argomento sancendo che "*Non è configurabile la violazione della disciplina di cui alla L. n. 300 del 1970, artt. 4 e 38 - tuttora penalmente sanzionata in forza del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 171 come modificato dalla L. n. 101 del 2018 - quando l'impianto audiovisivo o di controllo a distanza, sebbene installato sul luogo di lavoro in difetto di accordo con le rappresentanze sindacali legittimate o di autorizzazione dell'Ispettorato del lavoro, sia strettamente funzionale alla tutela del patrimonio aziendale, sempre che il suo utilizzo non implichi un significativo controllo sull'ordinario svolgimento dell'attività lavorativa dei dipendenti o resti necessariamente "riservato" per consentire l'accertamento di gravi condotte illecite degli stessi*". Analogamente Cass. pen. Sez. III, 14 dicembre 2020, n. 3255, consultabile in https://www.altalex.com

dall'ambito di applicazione diretta dell'art. 4 Stat. e il criterio generale dell'art. 5, della legge n. 604 del 1966 sui licenziamenti individuali che fa ricadere sulla parte datoriale l'onere di provare il complesso di elementi che giustificano il licenziamento[72]. Nel caso in cui il datore di lavoro non riesca a fornire la prova che i dati di matrice tecnologica posti a fondamento della procedura disciplinare siano stati legittimamente acquisiti, la sanzione prevista dall'ordinamento discende dalla previsione generale in materia di protezione della *privacy* secondo cui "*i dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali non possono essere utilizzati*" (D. Lgs. n. 196 del 2003, art. 11, comma 2).

L'onere informativo, ravvisabile in capo al datore di lavoro, va ad intersecarsi con le recenti previsioni del Decreto Trasparenza[73], infatti, gli obblighi informativi nel lavoro e l'utilizzo di sistemi di monitoraggio automatizzati debbono essere oggetto di coordinamento con il GDPR. Il decreto lavoro interviene in materia di trasparenza nei contratti di lavoro ridimensionando l'obbligo informativo a carico del datore di lavoro nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio, riferendolo ai soli casi in cui questi siano "integralmente automatizzati"[74]. Tuttavia, occorre considerare le norme in materia previste dal GDPR, secondo il quale gli obblighi informativi non sono solo limitati agli strumenti integralmente automatizzati[75].

4. Il lavoro domestico e le modalità di controllo

Uno dei contesti nel quale il tema del controllo manifesta le sue tante debolezze è quello legato al lavoro domestico di cui alla l. 339 del 1958 che, come noto, è sottratto all'applicazione dei limiti e dei divieti previsti dall'art. 4 dello Statuto dei lavoratori. In argomento va però segnalato l'intervento della Nota 1004 dell'8 febbraio 2017 dell'INL che ha fornito un parere positivo in merito alla possibilità di autorizzare l'installazione di un impianto di videosorveglianza collocato in una abitazione privata all'interno della quale è presente un lavoratore domestico[76], questo purché il datore di lavoro informi il lavoratore della volontà di procedere alla videosorveglianza acquisendone il relativo e preventivo consenso.

Nel 1987 la Corte Costituzionale con sentenza n. 585 si era già pronunziata sulle peculiarità che contraddistinguono il lavoro domestico specificando che "*Non v'è dubbio che il rapporto di lavoro domestico per la sua particolare natura si differenzia, sia in relazione all'oggetto, sia in relazione ai soggetti coinvolti, da ogni altro rapporto*

[72] Cass. 26 giugno 2023, n. 18168, consultabile in www https://olympus.uniurb.it
[73] B. ROSSILLI, *Gli obblighi informativi relativi all'utilizzo di sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati indicati nel decreto "Trasparenza"*, in *Federalismi.it, focus LPT*, 5 ottobre 2022;
[74] Art. 5, 12, 13 e 15 del Regolamento Ue sulla privacy n. 2016/679 (GDPR).
[75] Art. 1-bis. Ulteriori obblighi informativi nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati, D.Lgs. n. 152/1997.
[76] INL, Nota 1004, dell'8 febbraio 2017, in www.ispettorato.gov.it

di lavoro: esso, infatti, non è prestato a favore di un'impresa avente, nella prevalenza dei casi, un sistema di lavoro organizzato in forma plurima e differenziata, con possibilità di ricambio o di sostituzione di soggetti, sebbene di un nucleo familiare ristretto ed omogeneo; destinato, quindi, a svolgersi nell'ambito della vita privata quotidiana di una limitata convivenza. In ragione di tali caratteristiche, proprie al rapporto, la Corte ha già evidenziato, in via di principio, la legittimità di una disciplina speciale anche derogatoria ad alcuni aspetti di quella generale" (sentenza n. 27 del 1974)."

Quantunque l'esclusione dalla applicazione dell'art. 4 Statuto dei lavoratori derivi pertanto dal fatto che il datore di lavoro domestico è un soggetto privato, che non organizza il lavoro in forma d'impresa come avviene invece per i soggetti presi in esame dallo Statuto dei lavoratori, ciò non lo sottrae al rispetto della ordinaria disciplina sul trattamento dei dati personali, dovendosi confermare la tutela della riservatezza al d.lgs. n. 196 del 2003 e ss. modifiche in ordine al consenso preventivo ed agli obblighi informativi[77].

Dal quadro delineato esula la questione riferibile al fatto che le apparecchiature sono installate con lo scopo di evitare possibili attività criminali, come il furto di oggetti preziosi o comportamenti violenti nei confronti della persona assistita; in questo particolare caso, infatti, non è necessario il consenso del collaboratore e nonostante la mancanza di questo, le prove ricavate dalla registrazione degli impianti possano essere validamente utilizzate in sede processuale.

Il tema è complesso. Soprattutto è da comprendere se i controlli a distanza, attuati anche attraverso strumenti tecnologici, siano da considerarsi legittimi in questo particolare tipo di rapporto; per rispondere a questo quesito occorre considerare pertanto che, anche nel lavoro domestico, il controllo a distanza soggiace ai limiti dettati dal nostro ordinamento, sia in ordine alla tutela della dignità del lavoratore, sia in ordine al rispetto dell'aspettativa di *privacy* del lavoratore. L'installazione di apparecchi di videosorveglianza potrà essere quindi liberamente effettuata ma solo nel rispetto della dignità e della *privacy* del prestatore a cui sarà, quindi, dovuta adeguata informazione, come previsto dal GDPR, e dovrà essere fornita specifica informativa in merito a modalità e tempistiche dei controlli che devono essere palesi e non possono essere continuativi o vessatori.

Altro aspetto su cui porre l'attenzione è l'oggetto del controllo che nel caso in esame potrebbe esser destinato non tanto a valutare la correttezza della prestazione ed i possibili inadempimenti aventi una rilevanza disciplinare, bensì ad accertare che durante lo svolgimento di questa il prestatore non commetta illeciti penali (che potrebbero sostanziarsi nella commissione di un reato con funzione di deterrente) contro il patrimonio del datore oppure nei confronti dei soggetti, nella maggior parte dei casi deboli o incapaci, di cui è chiamato a prendersi cura. In tali circostanze, infatti, occorre operare come anticipato un diverso bilanciamento di interessi, poiché alla necessità di tutelare la dignità e la *privacy* del lavoratore,

[77] Resta comunque applicabile l'art. 8 dello Statuto che disciplina il divieto di effettuare indagini sul profilo del lavoratore che non riguardino in modo diretto l'attività lavorativa svolta.

va a contrapporsi il diritto, primario, alla tutela di soggetti particolarmente bisognosi quali anziani o bambini, di cui potrebbe essere necessario garantire la sicurezza. Si ritorna in questo caso all'ipotesi affrontata dalla giurisprudenza in materia di controlli occulti[78] contraddistinti dal carattere occasionale, non sistematico, oltre che costituenti l'*estrema ratio,* essendo tecnicamente indispensabili e non sostituibili ed implicando, per la loro stessa legittimità, che vi sia un fondato sospetto.

Sul tema la Suprema Corte si è recentemente pronunziata[79] confermando un orientamento già delineato nel 2021 secondo cui *"in nessun caso può essere giustificato un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore"* (punto 37), e che anche nel caso di controllo difensivo *"in senso stretto"* lecito, occorre comunque sia "*assicurato un corretto bilanciamento tra le esigenze di protezione di interessi e beni aziendali, correlate alla libertà di iniziativa economica, rispetto alle imprescindibili tutele della dignità e della riservatezza del lavoratore*". La pronunzia ha operato un contemperamento che intesse la trama della disciplina dei controlli anche nel concorrere multilivello di fonti interne e sovranazionali derivanti dal combinato tra la previsione statutaria novellata dell'art. 4, il Codice della privacy (art. 13), il Regolamento UE 2016/679 e ss. modifiche.

Con riguardo specifico ai reati verificabili in ambito domestico che potrebbero essere contrastati tramite il ricorso alla videosorveglianza si segnalano il furto in casa (art. 624 cc), appropriazione indebita (art. 646 cp); ricettazione (art. 642 cp); la circonvenzione di incapace (art. 643 cp), lo *stalking*, delitto di atti persecutori (art. 612 bis cp); ricatti ed estorsione, (art. 629 cp); abbandono e maltrattamenti (art. 591 cp); sequestro (art. 605 cp) e schiavitù (art. 600 cp); omicidio (art. 575 cp)[80]. Si tratta di un panorama assai vasto ed in questo contesto occorre affrontare l'aspetto della utilizzabilità delle risultanze probatorie ottenute a seguito del controllo occulto, posto in essere per valutare la possibile illiceità delle condotte.

---

[78] Tra gli altri casi affrontati dalla giurisprudenza in tema di controlli occulti quantunque non in ambito domestico si citano Cass. 8 giugno 2011, n. 12489: controlli occulti tramite agenzie investigative - basta il sospetto o la mera ipotesi degli illeciti in corso di esecuzione; Cass. 22 dicembre 2009, n. 26991 del 2009: controlli svolti da guardie giurate per accertare che un lavoratore ometta la consegna dello scontrino fiscale ai clienti; Cass. 18 settembre 1995, n. 9836: utilizzo di un istituto di vigilanza sull'incasso del prezzo e rilascio dello scontrino fiscale da parte di un dipendente in https://sentenze.laleggepertutti.it La Corte di Cassazione n. 12489 del 2011 cit. nel decidere in merito alla legittimità del licenziamento effettuato a seguito della investigazione commissionata dal datore di lavoro puntualizzava che il limite posto dall'art. 2 dello Statuto dei lavoratori in merito all'intervento di soggetti preposti dal datore a tutela del patrimonio aziendale, non esclude che il datore possa incaricare agenzie per svolgere indagini su illeciti, penali o fiscali, integranti violazioni di obblighi extracontrattuali, già commessi o in via di esecuzione, da parte del lavoratore dipendente. Nel caso in esame il controllo esercitato dal datore risultava lecito non essendo diretto a valutare l'eventuale inadempimento dell'obbligazione lavorativa, bensì a valutare le condotte attuate dal lavoratore, di carattere fiscale o penale che in ogni modo esulano dal contenuto della prestazione lavorativa. Nel giudicare la Corte altresì dichiara ammissibile escutere i dipendenti dell'agenzia di investigazione in qualità di testi e conferma l'ammissibilità della prova operata dal giudice di appello, in quanto i dipendenti della suddetta agenzia non avevano alcun interesse diretto nella lite.

[79] Cass. 26 giugno 2023, n. 18168, Cass. 22 settembre 2021, n. 25732; Cass. 12 novembre 2021, n. 34092 consultabile in www.olympus.it

[80] DOMINA, *Il valore del lavoro domestico, il ruolo economico e sociale delle famiglie datori di lavoro, reati penali verificabili nel lavoro domestico*, Dossier 7, 2017.

Questo interrogativo è fondamentale poiché solo e limitatamente a questo fine potrebbe essere utilizzato quanto ottenuto tramite controllo occulto, mentre tali risultanze non potranno essere invece utilizzate per fondare un procedimento disciplinare basato su possibili inadempimenti contrattuali venuti alla luce attraverso il medesimo controllo.

Volendo esplicitare quanto detto va segnalato che nel caso venga realizzato un controllo occulto per verificare un sospetto abuso nei confronti del soggetto devoluto alle cure di un/una badante, le risultanze probatorie potranno essere utilizzate esclusivamente a fondamento della prova del procedimento penale finalizzato alla condanna della/o stessa/o per il maltrattamento del soggetto per il cui benessere era stato stipulato il contratto. Laddove dal medesimo controllo, invece, fosse stato possibile venire a conoscenza di un inadempimento contrattuale, questa prova non sarà utilizzabile a fini disciplinari e resterà esclusa da un possibile giudizio del lavoro. La forte limitazione che deriva da quanto delineato viene mitigata dal regime del licenziamento vigente in ambito domestico: in questo contesto, infatti, in ogni caso il datore di lavoro può recedere liberamente, purché venga dato il preavviso, senza dare una giusta causa o giustificato motivo al lavoratore. Nei fatti, quindi, il datore di lavoro potrà licenziare per giusta causa il lavoratore che realizzi un illecito penale mentre potrà, in ogni caso, licenziare il lavoratore inadempiente, ex art. 2118 c.c., senza che sia data evidenza del controllo occulto effettuato e da cui si è potuto evincere l'inadempimento attuato.

Anche le fasi di estinzione del rapporto di lavoro domestico traggono la loro origine in un corollario normativo che "*quasi fisiologicamente si allontana dalle regole generali che assistono ordinariamente il momento di interruzione del legame negoziale tra le parti interessate*"[81]. La giustificazione di una tale distinzione deriva dal diverso perimetro normativo nel quale questo rapporto si incardina e scaturisce dalla particolare natura del soggetto datoriale, nonché dalle speciali caratteristiche che contraddistinguono la prestazione lavorativa resa dal lavoratore, e inoltre dall'ambiente di lavoro in cui esso si sviluppa.

5. La geolocalizzazione

Da quanto tratteggiato il tema presenta svariate sfaccettature e tra gli ulteriori aspetti che meritano di essere affrontati vi è quello del rapporto tra l'esplicazione del controllo e la tutela della *privacy* del lavoratore nel caso della geolocalizzazione. Sul tema è intervenuta la Corte Europea dei diritti dell'uomo in ordine alla legittimità del tracciamento GPS dei veicoli aziendali[82] soffermandosi sui confini tra liceità

[81] NOTA INL n. 1004 del 2017 cit.
[82] Sentenza CEDU Sez. IV del 15 dicembre 2022 n. 26968/16, testo consultabile in https://www.certifico.com

ed illiceità sull'utilizzo degli strumenti in esame che, seppur consentiti dalle norme, possono trasformarsi, a causa di particolari condotte, in abusi[83] e vessazioni.

L'autorità garante per la protezione dei dati personali si è dimostrata particolarmente intransigente riguardo alla geolocalizzazione dei mezzi aziendali, ponendosi in linea con le previsioni dello Statuto dei lavoratori che vieta il controllo dei lavoratori a distanza, pur coniugandolo con una serie di indicazioni che contengono precauzioni e cautele da adottare laddove i datori di lavoro utilizzino mezzi aziendali con installati a bordo sistemi di geolocalizzazione finalizzati alla tutela del patrimonio. In particolare tre sono le precauzioni indicate per la legittimazione del metodo di controllo: in primo luogo si ammette che la geolocalizzazione dei mezzi guidati dal personale aziendale sia adottata solo al fine di garantire la sicurezza dei veicoli e l'ottimizzazione dei carichi di lavoro; in secondo luogo si prescrive la presenza sui dispositivi, che geolocalizzano, di una icona che indichi quando la localizzazione è attiva, in ultimo si prevede la possibilità di disattivazione della stessa durante le pause (pranzo e altre pause lavorative contrattuali) previa informazione dei dipendenti dei casi in cui è consentito disattivare il GPS[84].

Il tema si è arricchito, a seguito dell'entrata in vigore del GDPR nel 2018, dell'ulteriore criterio della *minimizzazione,* in ossequio al *principio di privacy by design e by default*. Il GDPR ha, infatti, imposto al titolare del trattamento l'adozione di misure tecniche ed organizzative adeguate al fine di tutelare i dati da trattamenti illeciti. Il principio di *privacy by design*, contenuto nell'art. 25 offre un diverso approccio concettuale finalizzato alla predisposizione di un sistema di protezione sostanziale e non meramente formale poggiato su un progetto corredato sin dalla sua ideazione dalla valutazione dei rischi, degli strumenti e delle corrette modalità previste al fine di tutelare nella concretezza gli utenti. I principi cui esso si ispira sono "*prevenire non correggere"* (inteso nel senso che i problemi vanno valutati nella fase di progettazione e l'applicativo deve prevenire il verificarsi dei rischi*); privacy come impostazione di default* (inteso nel senso della non obbligatorietà della compilazione di un campo o di un *format* il cui conferimento di dati è facoltativo); *privacy incorporata nel progetto* (inteso nel senso dell'utilizzo di tecniche di pseudonimizzazione o minimizzazione dei dati*); massima funzionalità, in maniera da rispettare tutte le esigenze* (inteso nel senso di rifiutare le false antitesi come quelle che ad una maggior *privacy* corrisponderebbe una minore sicurezza*); sicurezza durante tutto il ciclo del prodotto o servizio; visibilità e trasparenza del trattamento,* (riferita cioè a tutte le fasi operative che debbono essere trasparenti in modo che sia verificabile la tutela dei dati*); centralità dell'utente* (inteso nel senso del rispetto dei diritti e della necessità di offrire tempestive e chiare risposte alle richieste di accesso*)*[85]. La valutazione dovrà esser fatta preventivamente all'avvio del

[83] L. DI GIACOMO, *Geolocalizzazione dei lavoratori: pronuncia CGUE*, 2023, testo consultabile in www.diritto.it sul Caso Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo/Portogallo (pronunzia n. 26968/2016 depositata il 13 dicembre 2022).
[84] https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9936174
[85] B. SAETTA, *Principi fondamentali*, 2018, in https://protezionedatipersonali.it

trattamento e l'approccio del GDPR è proprio quello di evitare la progettazione di un sistema rispondente alla norma ma svuotato di efficacia nella quotidianità[86].

Quanto al principio di *privacy by default* (protezione per impostazione predefinita), esso sollecita le imprese a trattare i dati personali nella misura necessaria e sufficiente per le finalità previste e per il periodo strettamente necessario a tali fini. Si tratta di una misura precauzionale, di un approccio prudente riferito non solo alla quantità e qualità dei dati, ma anche alla durata del loro trattamento ed alle persone che possono accedere agli stessi[87].

Sull'impianto così delineato si è andata a porre la pronunzia della Corte Europea dei diritti dell'uomo[88] sancendo la legittimità del licenziamento intimato ad un dipendente, basato sulle risultanze del sistema di geolocalizzazione GPS dell'auto aziendale in uso al medesimo, sancendo che la raccolta e il trattamento dei relativi dati così effettuata non comportano una violazione dei diritti del lavoratore come sanciti dalla Convenzione dei diritti dell'uomo. Centro dell'analisi è stato il tipo e il livello di sorveglianza progettato e attuato dal datore di lavoro, livello che la Corte ha ritenuto accettabile fissando dei criteri per il giusto bilanciamento tra diritti del lavoratore al rispetto della sua vita privata e le prerogative datoriali in termini di controllo sul corretto impiego dei beni aziendali, bilanciamento che va fatto caso per caso. Il tema della difesa della *privacy* individuale da interferenze arbitrarie e illegittime in un contesto professionale (ex art. 8 della Convenzione Cedu) si coniuga con il diritto del datore di lavoro di gestire razionalmente i mezzi messi a disposizione dei dipendenti, accertandosi che essi siano destinati all'effettivo svolgimento delle mansioni professionali e non ad altri scopi, onde evitare che un uso inappropriato si traduca in un pregiudizio significativo per il datore. Oltre a disporre la legittimità del controllo tramite dispositivo GPS la pronunzia ha evidenziato come nel bilanciamento degli interessi in gioco sono prevalsi gli interessi del datore di lavoro a non subire danni economici o sprechi derivanti da un uso scorretto dei veicoli in un periodo di difficoltà economica.

Sempre in argomento va segnalato il recente provvedimento emanato dal Garante della *privacy*[89] nel 2023 con il quale è stata comminata una sanzione di 20.000 euro ad una società incaricata della lettura dei contatori gas, acqua e luce per condotta illecita non avendo (la società datrice di lavoro) fornito idoneo riscontro alle istanze di accesso presentate dai dipendenti riguardo ai dati raccolti attraverso lo *smartphone*

---

[86] https://protezionedatipersonali.it

[87] European Data Protection Board, *Guidelines 4/2019 on Article 25 Data Protection by Design and by Default*, 2019, in https://edpb.europa.eu/our-work-tools/documents/public-consultations/2019/guidelines-42019-article-25-data-protection_en

[88] A. ABBASCIANO, *Il controllo a distanza del datore di lavoro e il rispetto del diritto alla vita privata del lavoratore (ancora) sotto i riflettori della Corte Edu: il caso Gramaxo c. Portugal,* in *LLI,* 2023, 9(1), C.1-C.25; C. DELLA GIUSTINA*, La videosorveglianza 'reale' del lavoratore approda alla Corte EDU. Il caso Affaire Florindo de Almeyda Vasconcelos Gramaxo c. Portugal*, in https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it

[89] https://www.cybersecurity360.it

aziendale, su cui era stato installato un sistema di geolocalizzazione idoneo a individuare il tragitto da effettuare per raggiungere i contatori, al fine di chiarire le modalità di quantificazione dei corrispondenti rimborsi chilometrici. Due sono i profili dai quali il Garante fa derivare il suo giudizio di illiceità del comportamento datoriale. Con riguardo al primo profilo va evidenziato come dal testo del provvedimento emerga come la società datrice di lavoro ricavasse dal GPS, di cui erano dotati i mezzi aziendali, tutta una serie di dati personali riferiti ai lavoratori. I sistemi di GPS consentono, infatti, di registrare dati relativi alla posizione, ovvero latitudine, longitudine, altitudine, direzione di marcia e ora di registrazione della posizione riferita al luogo presso i quali gli operatori effettuano i loro servizi. Nel caso specifico la geolocalizzazione risultava necessaria al fine di permettere all'operatore l'individuazione del tragitto da effettuare per giungere ai contatori, posizione che il terminale indica come luogo ove effettuare le rilevazioni. Il sistema di geolocalizzazione noto anche come RTLS (*Real Time Location Systems – Sistemi di Localizzazione in Tempo Reale)* consente in generale l'identificazione della posizione geografica ben definita di un oggetto o di un individuo, in un determinato momento, indipendentemente dal fatto che sia fermo o in movimento.

In secondo luogo, il provvedimento fa riferimento al sistema progettato per trattare i dati personali dei dipendenti che svolgono mansioni di tecnico dei contatori. Come noto il sistema di geolocalizzazione può essere utilizzato per attestare svariate attività collegate ai lavoratori quali ad esempio la presenza giornaliera, la quantificazione delle ore e dei servizi effettuati accertando lo svolgimento dei compiti assegnati (come nel caso in esame), ma svolge anche un ruolo di supporto per la tutela del patrimonio aziendale e per l'accertamento di illeciti.

Nel caso portato all'attenzione del Garante viene sottolineato dai ricorrenti "*l'impossibilità di esercitare in modo pieno e completo il diritto di accesso ex art. 15 del* Regolamento *relativamente al "trattamento dei dati personali e [al]le informazioni utilizzate al fine di elaborare i rimborsi chilometrici e la retribuzione mensile oraria nonché la logica di elaborazione".* Altresì essi contestavano come la società non avesse dato riscontro alla loro richiesta dei "*documenti di autorizzazione in […] possesso [della Società] con i quali viene formulata una informativa sul trattamento dei dati e del terminalino";* nonché del *"contenuto del fascicolo personale, comprensivo del monitoraggio chilometrico della prestazione lavorativa, durata giornaliera della geolocalizzazione, nonché gli atti tutti che hanno riguardato la prestazione lavorativa in qualunque modo trattati e conservati*". Al termine di una complessa istruttoria l'Autorità Garante contesta alla società datrice di lavoro di non aver fornito idoneo riscontro alle istanze di accesso realizzando una condotta illecita ex artt. 12 e 15 del Regolamento, sottolineando come "*la Società avrebbe dovuto fornire un completo riscontro alle istanze di esercizio del diritto di accesso anche comunicando i dati relativi alla geolocalizzazione dei reclamanti nonché le informazioni espressamente richieste*" e che "*neppure durante l'istruttoria condotta dall'Autorità la Società ha invece fornito un riscontro completo".* Ne deriva la condanna della datrice di

lavoro al soddisfacimento delle richieste dei ricorrenti e la condanna della stessa ad una sanzione amministrativa ex art. 58, par. 2, lett. c) ed i) del Regolamento, quantificata in euro 20.000.

Il provvedimento citato evidenzia come la tecnologia digitale abbia inciso ridisegnando i modelli operativi delle imprese. Questa tendenza va però letta con "lenti bifocali" giacché permette di soddisfare vari interessi. Da un lato il ricorso agli strumenti digitali consente certamente di avere una maggior visibilità e, di conseguenza un controllo, sulle modalità operative dei propri lavoratori (purché nel rispetto del giusto bilanciamento dei diritti delle parti già richiamato), determinante in un frangente come l'attuale dove la tendenza è al posizionamento dei lavoratori fuori dagli spazi aziendali. Dall'altro non va sottaciuto che le informazioni aggiuntive reperibili con questi strumenti possono, allo stesso tempo, portare ad un miglioramento del servizio fornito dalle stesse imprese che, seppur a distanza possono esser in grado di intervenire se necessario, reimpostando il lavoro dei propri dipendenti, regolando ed affrontando i diversi problemi che si possono verificare, ovvero individuando o anticipando potenziali *fault*.

Il caso pone in evidenza come i sistemi di localizzazione dei veicoli nell'ambito del rapporto di lavoro coniugano esigenze organizzative, produttive, di sicurezza sul lavoro ed al contempo di protezione dei dati personali, all'interno di un perimetro contraddistinto da principi quali la necessità, la pertinenza e la non eccedenza[90].

Al tempo stesso l'atteggiamento della società datrice di lavoro richiama alla mente quello emerso nelle vicende affrontate nel caso Deliveroo dal Tribunale di Bologna, con la sentenza 31 dicembre 2020[91]. In quella occasione il giudicante sviluppò il suo ragionamento, rifacendosi a quanto contenuto del GDPR relativamente alla necessità, in sede di programmazione di un algoritmo, di valutare non solo l'efficacia del modello di calcolo, ma anche una serie di ulteriori elementi contingenti che possano condurre ad un pregiudizio nel corso dell'utilizzo di tale sistema automatizzato. Il richiamo è al *principio di privacy by design* citato all'art. 25 par. I ed in particolare ai diritti all'autodeterminazione informativa del singolo, quali, il diritto di accesso ai propri dati, il diritto di opposizione al loro trattamento, nonché il diritto alla cancellazione degli stessi.

Alla base del ragionamento vi è l'esigenza di garantire la conoscenza dello schema operativo dell'algoritmo (che vede e segue i lavoratori nell'esecuzione delle loro prestazioni), oltre che degli elementi di cui esso si compone, giacché solo questa conoscenza (fornita dal datore di lavoro) consente di concretizzare quel diritto di informativa dei lavoratori garantendo l'esigenza di trasparenza[92] ed il bilanciamento degli

[90] https://www.fiscoetasse.com/files/17119/garanteprivacy-9936174.pdf

[91] G. Fava, L'ordinanza del Tribunale di Bologna in merito alla possibile discriminatorietà dell'algoritmo utilizzato da Deliveroo, in Lavoro Diritti Europa, 2021, 1, in https://www.lavorodirittieuropa.it/

[92] Cass. 25 maggio 2021, n. 14381, in I. FERRARI, *Indagine comparata sulla giurisprudenza in materia di responsabilità civile per i danni arrecati dall'uso dei sistemi di intelligenza artificiale*, in *LDE*, 2022, 3, 10; F. CASTAGNA, *Trasparenza Algoritmica e Validità del Consenso al Trattamento dei Dati Personali*, in *Responsabilità civile e Previdenza*, 2022, fasc. 1-2, p. 501; E.

interessi delle parti interessate. L'aspetto è cruciale poiché nel caso portato alla attenzione del giudice bolognese rilevò che il rifiuto di produrre il concreto meccanismo di funzionamento dell'algoritmo precludeva una più asserita disamina della questione non ottemperando al dovere di trasparenza previsto dall'art. 22 del GDPR[93].

6. Considerazioni conclusive

Volendo tracciare brevi considerazioni conclusive va evidenziato come questa riflessione intendesse soffermarsi a riflettere solo e limitatamente su alcuni aspetti delle sfide ed opportunità associate all'uso della IA[94] focalizzandosi sul delicato bilanciamento degli interessi contrapposti. Non v'è dubbio che questa influenzi i lavoratori che temono[95] lo spettro di macchine intelligenti[96]. Prima di demonizzare questi sistemi sarebbe opportuno maturare una comprensione ed una conoscenza della IA[97] e delle modalità di incorporazione nei processi aziendali[98], poiché vi è la consapevolezza (nonostante i timori) che tale strumentazione migliori la produttività[99].

È pertanto fondamentale implementare un processo di formazione che avvicini ed accompagni gli operatori nell'uso aziendale quotidiano di queste applicazioni (tramite esperienze dirette con strumenti e tecniche di IA su problemi aziendali reali; istruendo e offrendo formazione ai talenti già esistenti; organizzando immersioni intensive per periodi ristretti; stimolando la comprensione delle basi di apprendimento automatico per esser in grado di identificare problemi, opportunità). Solo maturando un nuovo approccio verso le potenzialità organizzative sarà possibile attingere a piene mani dai benefici che essa (sostituendo a volte parti delle mansioni che i lavoratori vivono come banali e ripetitive) offre, consentendo il miglioramento delle prestazioni (proponendo mansioni più creative) grazie anche al cambiamento dei modelli esistenti[100].

Le esperienze sull'uso di tali strumenti hanno dimostrato come l'ingresso di meccanismi di automazione parziale per migliorare la produttività consenta di innescare processi di mutamento delle mansioni dei

MATTIOLI, *Dati personali: consenso validamente prestato solo se riferito a un trattamento specifico*, in *Diritto & Giustizia*, 2022, fasc. 105, p. 1.

[93] E. FALLETTI, *Discriminazione algoritmica*, cit., p. 274.

[94] S. RANSBOTHAM, P. GERBERT, M. REEVES, D. KIRON, M. SPIRA, *Artificial intelligence in business gets real, Pioneering Companies Aim for AI at Scale*, 2018, testo consultabile in https://sloanreview.mit.edu/

[95] OECD, *What happened to jobs at high risk of automation?* 2021, in http://www.oecd.org/future-of-work/

[96] A. SMITH, J. ANDERSON, *AI, Robotics, and the Future of Jobs*, Pew Research Center, 6 Agosto, 2014, testo consultabile in www.pewinternet.org.

[97] OECD, *Artificial Intelligence in Science: Challenges, Opportunities and the Future of Research, OECD Publishing,* 2023, Paris.

[98] S. RANSBOTHAM, D. KIRON, P. GERBERT, M. REEVES, *Reshaping business with artificial intelligence, Closing the Gap Between Ambition and Action*, 2017, testo consultabile in https://sloanreview.mit.edu/

[99] S. RANSBOTHAM, P. GERBERT, M. REEVES, D. KIRON, M. SPIRA, *Artificial intelligence in business*, cit. p. 31, con riguardo al caso Daimler.

[100] G. JOLLY, *Role of artificial intelligence the development of innovation*, testo consultabile in https://www.theajhssr.com

lavoratori attribuendo loro compiti diversi e di maggior valore supportati, appunto dalla tecnologia, oppure mansioni nuove abilitate proprio dall'innovazione[101]. Le incognite che accompagnano i lavoratori sono comprensibili ed occorre un periodo di maturazione degli aspetti ancora sconosciuti del fenomeno perché questo possa divenire il trampolino per proiettarsi verso il futuro. Si tratta di "automatizzare il facile" (affidando i compiti corrispondenti alla strumentazione digitale), "aumentando il difficile" (coniugando IA e lavoratori e portando ad una riqualificazione per migliorare le competenze dei lavoratori soddisfacendo la domanda di ruoli più qualificati). L'introduzione di un approccio attento a quanto delineato fino ad ora potrebbe avere positivi riguardo alla qualità del lavoro, gestendo i fattori di *stress* che l'ingresso dei nuovi strumenti comporta e soddisfacendo così nel contempo interessi economici, sociali ed anche ambientali[102].

[101] Vedi il caso dei bancari e l'avvio degli sportelli automatici in J. CONDEMI, *Che fine fa il diritto del lavoro se il tuo capo è un algoritmo,* in https://valori.it/
[102] CENTRE CANADIENNE DE L'HYGIENE ET DE SECURITE AU TRAVAIL, *Intégration de nouvelles technologies en milieu de travail,* 2023, in www.cchst.ca

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

Fascicolo numero 29

2023

13 dicembre 2023