



**LUISS
Law
Review**

LUISS Law Review

LLR - LUISS Law Review

Rivista scientifica online del centro di ricerca LUISS DREAM, Dipartimento di Giurisprudenza LUISS Guido Carli

Registrata presso il Tribunale di Roma con il n. 65/2016

ISSN 2531-6915

Direttore responsabile: Gian Domenico Mosco

Responsabile di redazione: Raffaella Scarabino

LUISS Guido Carli - Viale Pola, 12, 00198 Roma, Italia P.I. 01067231009

INDICE

PARTE PRIMA

PNRR, IMPRESE E DIRITTO

Presentazione

SEZIONE PRIMA: IMPRESA E SOCIETÀ

<i>Il principio DNSH: tra PNRR e Corporate Sustainability Due Diligence Directive</i> , di Michele Chierici	9
<i>Non solo Social: il PNRR nel prisma della Corporate Digital Responsibility</i> , di Riccardo Michele Colangelo	25
<i>Modelli 231 e prevenzione antimafia</i> , di Vittoria Drosi	39
<i>Corporate social e digital responsibility e obiettivi del PNRR: confini e intrecci</i> , di Daniel Foa	64
<i>“Pari opportunità lavorative” tra uomini e donne: tra gender gap e stereotipi di genere</i> , di Emiliano Marchisio	92
<i>La configurazione della sostenibilità ambientale e sociale come vantaggio competitivo per le imprese nel piano nazionale di ripresa e resilienza</i> , di Giuseppe Percoco	140
<i>Il PNRR, un’occasione propizia per costruire una nuova economia: l’impresa al centro di un’“oasi di fraternità”?</i> , di Salvatore Maria Pisacane	164
<i>Selective corporate bankruptcy, mass torts, and Italy’s PNRR</i> , di Salvatore Saltarelli	183
<i>Autonomia privata e regolazione dell’economia: riflessioni preliminari per un discorso</i> , di Emanuele Tedesco	202
<i>L’attività di investimento dei fondi di private equity in partnership pubblico-privato nella regolamentazione di mercato</i> , di Vincenzo Vietri	230

SEZIONE SECONDA: RAPPORTI PUBBLICO - PRIVATO

<i>Il ruolo della contrattazione pubblica nella transizione verso l’economia circolare. Le strategie nazionali di Italia e Spagna nell’ambito dei rispettivi piani di ripresa e resilienza</i> , di Ilaria Baisi.....	250
<i>PNRR e pubbliche amministrazioni: riforme, capacità amministrativa e risultati attesi su organizzazione e risorse umane</i> , di Daniela Bolognino e Giacomo D'Arrigo	266
<i>Per un rafforzamento dell’alleanza tra soggetti pubblici e privati. La società civile alla prova del PNRR italiano, fra democrazia partecipativa e sostegno all’economia lecita</i> , di Nicoletta Parisi e Dino Rinoldi	298

La rinegoziazione nel nuovo codice dei contratti pubblici, di Stefania Pia Perrino 321

Rivoluzione verde e transizione ecologica. Obsolescenza programmata e sua “insostenibilità”, di Annagrazia Tomasi 365

SEZIONE TERZA: FISCO E GIUSTIZIA TRIBUTARIA

La travagliata riforma della giustizia tributaria: un’auspicata evoluzione su spinta UE, di Antonio Borghetti 379

PNRR, economia circolare e sviluppo sostenibile: il ruolo del fisco nella transazione ecologica delle imprese “green oriented”, di Francesco Spinello 388

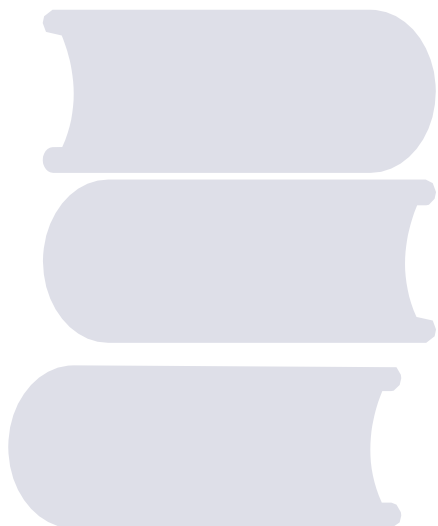
PARTE SECONDA

Artificial intelligence and criminal procedure: fundamental rights, procedural principles and regulatory challenges, di Giulia Cascone 402

La remunerazione sostenibile: una valutazione dell’impatto dei parametri ESG sul compenso degli amministratori delle società quotate nell’indice FTSE MIB, di Francesca Mecca Galgano 418

Compliance Programmes to Prevent ‘Fiscal Corruption’. A Public-Private Cooperation Model from The Italian Perspective, di Rossella Sabia 453

AUTORI 474



Parte prima

PNRR, Imprese e Diritto

Presentazione

Questa parte monografica del fascicolo nasce dalla volontà, condivisa dal centro di ricerca *Luiss Dream* e dal dottorato in *Diritto e Impresa* della Università Luiss Guido Carli, di analizzare l'impatto del *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* sulle imprese nella prospettiva del diritto, più esattamente dei vari diritti coinvolti, commerciale, amministrativo, tributario, ecc.

Il PNRR, infatti, ha inteso promuovere la ripresa economica attraverso investimenti nei principali settori economico-sociali. Le sei missioni individuate e finanziate si collocano all'interno dei diciassette Obiettivi e dei 169 Traguardi dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite e soggetti pubblici e i privati sono chiamati a collaborare ai fini della distribuzione delle risorse e del loro utilizzo, con un ruolo di primo piano svolto dalle imprese, ponendo temi e problemi non solo economici e operativi, ma anche – sotto più profili – giuridici.

Con l'obiettivo di indagarli è stata indetta una *call for papers* che ha portato alla raccolta di circa 40 contributi, tra i quali sono stati selezionati 17 elaborati relativi sia all'area privatistica, sia a quella pubblicistica.

I lavori sono presentati divisi in tre sezioni tematiche: Impresa e società, Rapporti pubblico-privato, Fisco e giustizia tributaria. Danno modo, nel complesso, di trovare un primo e sia pur parziale ausilio per comprendere il ruolo fondamentale delle imprese e del loro diritto nell'ambito del PNRR.

Sezione Prima: Impresa e Società



Il principio DNSH: tra PNRR e Corporate Sustainability Due Diligence Directive
di MICHELE CHIERICI

SOMMARIO: 1. IL PRINCIPIO DNSH NEL PNRR. – 2. LA PROPOSTA DI DIRETTIVA CSDD: STESSA MATRICE EUROPEA STESSI OBBLIGHI. – 3. LE SOLUZIONI ADOTTATE NELL'ALVEO DEL PNRR. – 4. IL PROBLEMA METODOLOGICO E L'APPORTO DELLE SOLUZIONI IT DEL PNRR APPLICATE ALLA PROPOSTA DI CSDD. – 5. IL FUNZIONAMENTO DELLE VERIFICHE E IL METODO DELLE *CHECKLIST*– 6. CONCLUSIONI.

Abstract

This paper explores the intersection of obligations outlined in the Italian National Recovery and Resilience Plan (PNRR) and the sustainability due diligence requirements mandated by the European Union for corporations. Specifically, it investigates how the approval of PNRR financing aligns with the EU's "Do Not Significant Harm" obligation, and how the Italian public administration addresses this alignment. The study aims to (I) identify the instruments utilized by the public administration to ensure compliance with sustainability objectives, and (II) assess whether these instruments can also fulfill the EU due diligence obligations for corporations. Both IT and non-IT solutions will be considered in this analysis, offering a comprehensive examination of the strategies employed to navigate these intersecting regulatory frameworks.

1. Il principio DNSH nel PNRR. Con il presente elaborato si vuole tracciare una linea comune tra i vincoli ambientali previsti dal PNRR rispetto agli obblighi di *due diligence* previsti da differenti normative europee. In particolar modo, l'attribuzione dei finanziamenti del PNRR è subordinata al rispetto di determinati requisiti imposti dalle fonti europee, sicché per il loro conseguimento sono state adottate talune soluzioni che si pensa possano rivelarsi funzionali anche nell'assolvimento degli obblighi di *reporting* ESG in capo alle imprese.

Al fine di accedere ai finanziamenti europei è necessario che le amministrazioni, in primo luogo, ma anche i beneficiari (esecutori) come si vedrà in seguito, rispettino determinati requisiti, uno tra tutti il vincolo sulla tutela ambientale. All'art. 5, par. 2, del Regolamento (UE) 2021/241 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza (c.d. Regolamento sul Recovery Fund) viene stabilito che "*il dispositivo finanzia unicamente le misure che rispettano il principio «non arrecare un danno significativo»*", di conseguenza, ogni progetto e ogni riforma proposta nel PNRR è stata preventivamente valutata considerando

l'assolvimento del principio DNSH¹. L'acronimo poc'anzi menzionato può essere disteso, in lingua inglese, in *Do Not Significant Harm*, che viene definito dal sito di Italiadomani, piattaforma governativa ufficiale per la raccolta dei dati afferenti il PNRR, come il principio che impone che gli interventi definiti dai PNRR nazionali non arrechino verun danno significativo all'ambiente e, esattamente, ai sei obiettivi² ambientali individuati nell'accordo di Parigi (c.d. Green Deal europeo³). Il principio DNSH nasce sulla base della formulazione operata dalla "Tassonomia per la finanza sostenibile"⁴, nata per promuovere gli investimenti del settore privato in progetti verdi, sostenibili nonché con il fine di contribuire alla realizzazione degli obiettivi del Green Deal. Detto principio è stato infatti preso a mutuo dall'art. 17 del Regolamento (UE) 2020/852, ove si prevedono una serie di criteri volti alla perimetrazione della definizione di "danno significativo" prodotto da una attività economica⁵. Ciò si traduce, coerentemente con le linee guida

¹ In dottrina M. COZZIO, *PNRR, Appalti pubblici e applicazione del principio di non arrecare danno significativo all'ambiente (cosiddetto DNSH)*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2023, 365 ss.

² V. nt. 4.

³ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni (COM/2019/640 final), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1576150542719&uri=COM%3A2019%3A640%3AFIN> (accesso al link effettuato in data 1 ottobre 2023).

⁴ L. DI DOMENICO, *Finanza sostenibile, tassonomia europea e principio DNSH: le novità strategiche dell'Unione e i riflessi in ambito nazionale*, in *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online*, 2023, 821 ss.

⁵ Cfr. T. DI MARCELLO, *Strategia europea sulla finanza sostenibile, informazione societaria e possibili riflessi sulla gestione della società*, in *Giur. Comm.*, 2023, 616. Talché, tenendo in considerazione il ciclo di vita dei prodotti e dei servizi forniti, il danno dovrà essere valutato sulla base della tipologia del danno ascritto, ossia se questo attiene:

1. alla mitigazione dei cambiamenti climatici, quando conduce a significative emissioni di gas a effetto serra;
2. all'adattamento ai cambiamenti climatici, quando conduce a un peggioramento degli effetti negativi del clima attuale e del clima futuro previsto sull'attività stessa o sulle persone, sulla natura o sugli attivi;
3. all'uso sostenibile e alla protezione delle acque e delle risorse marine, quando l'attività nuoce:
 - al buono stato o al buon potenziale ecologico di corpi idrici, comprese le acque di superficie e sotterranee;
 - al buono stato ecologico delle acque marine;
4. all'economia circolare, compresi la prevenzione e il riciclaggio dei rifiuti, quando:
 - conduce a inefficienze significative nell'uso dei materiali o nell'uso diretto o indiretto di risorse naturali quali le fonti energetiche non rinnovabili, le materie prime, le risorse idriche e il suolo, in una o più fasi del ciclo di vita dei prodotti, anche in termini di durabilità, riparabilità, possibilità di miglioramento, riutilizzabilità o riciclabilità dei prodotti;

europee, nella valutazione tecnica, mediante ben specifiche schede DNSH divise per missione e per componente, volta a stimare per ciascun intervento finanziato gli effetti diretti e indiretti generati sui sei obiettivi ambientali, seguendo una prospettiva di lungo termine. La risultante è poi ricondotta ad una di quattro categorie, in ordine crescente di rilevanza: l'impatto prodotto dalla misura è nullo o trascurabile sull'obiettivo; la misura sostiene l'obiettivo con un coefficiente (calcolato sulla base dell'Allegato VI al Regolamento (UE) 2021/241) del 100%; la misura contribuisce in modo sostanziale all'obiettivo ambientale e la misura richiede una valutazione DNSH complessiva⁶. Se per i primi tre *outcome* sarà

- l'attività comporta un aumento significativo della produzione, dell'incenerimento o dello smaltimento dei rifiuti, ad eccezione dell'incenerimento di rifiuti pericolosi non riciclabili;
- lo smaltimento a lungo termine dei rifiuti potrebbe causare un danno significativo e a lungo termine all'ambiente;

5. alla prevenzione e alla riduzione dell'inquinamento quando comporta un aumento significativo delle emissioni di sostanze inquinanti nell'aria, nell'acqua o nel suolo rispetto alla situazione esistente prima del suo avvio;

6. alla protezione e al ripristino della biodiversità e degli ecosistemi quando nuoce in misura significativa alla buona condizione e alla resilienza degli ecosistemi o nuoce allo stato di conservazione degli habitat e delle specie, compresi quelli di interesse per l'Unione.

⁶ Il regolamento Recovery Fund stabilisce inoltre che la Commissione fornisca orientamenti tecnici sulle modalità di applicazione del principio DNSH nel contesto dell'applicazione del medesimo RRF (v. Considerando 25 e nell'art. 19, par. 3, lett. d) del Regolamento (UE) 2021/241). Ciò è avvenuto per tramite della Comunicazione della Commissione (2021/C 58/01) riguardante gli orientamenti tecnici sull'applicazione del principio «non arrecare un danno significativo» a norma del regolamento sul dispositivo per la ripresa e la resilienza, la quale fornisce linee guida metodologiche sulla messa in pratica del principio, evitando di pregiudicare l'applicazione e l'attuazione del regolamento Tassonomia e di altri atti legislativi adottati in relazione ad altri fondi dell'UE. Sicché, questo documento assurge al grado di fonte di primaria importanza per tutte le questioni interpretative legate al principio DNSH.

All'uopo è stato emanato il Regolamento Delegato (UE) 2021/2139 della Commissione del 4 giugno 2021 che integra il regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio fissando i criteri di vaglio tecnico che consentono di determinare a quali condizioni si possa considerare che un'attività economica contribuisca in modo sostanziale alla mitigazione o all'adattamento dei cambiamenti climatici e, al contempo, che non arrechi un danno significativo a nessun altro obiettivo ambientale di cui all'articolo 9 del regolamento (UE) 2020/852. Detto Regolamento Delegato, all'art. 1, fissa i criteri di vaglio tecnico che consentono di determinare a quali condizioni si possa considerare che un'attività economica sia esente dalla produzione dei poc'anzi menzionati effetti. All'allegato I, vengono riportate determinate attività (e.g. fabbricazione di tecnologie, produzione di metalli, fabbricazione di prodotti chimici, ecc..) identificandole secondo una descrizione fenomenica, i codici NACE potenzialmente coinvolti (conformemente alla classificazione statistica delle attività economiche definita dal regolamento (CE) 1893/2006), le modalità di valutazione del rischio e le soluzioni di adattamento attuate. È bene precisare che questo elenco è limitato poiché non tutte le attività o investimenti⁶ hanno necessariamente il potenziale di arrecare un danno significativo; a titolo d'esempio si cita, l'assunzione di personale per il supporto agli uffici giudiziari. Di conseguenza, non tutte le attività avranno delle schede associate, non dovendosi verificare specifici vincoli per rispettare il

sufficiente per le amministrazioni fornire una breve motivazione che espliciti le ragioni per cui l'intervento è associato ad un rischio limitato di danno ambientale, a prescindere dal suo contributo potenziale alla transizione verde; solamente l'iscrizione all'ultima categoria prevede una analisi approfondita e la presenza di condizioni da rispettare.

Le amministrazioni devono pertanto assicurare effettivamente che ogni azione non causi un impatto significativo sugli obiettivi ambientali, inserendo requisiti specifici nei documenti sia programmatici che attuativi. In particolare, gli impegni assunti devono essere dettagliatamente descritti e i loro adempimenti vigilati lungo tutte le fasi di pianificazione dell'intervento, fino al completamento e alla verifica di conformità (o collaudo) delle operazioni svolte. Il principio DNSH ha quindi una duplice valenza, sia nei confronti dell'amministrazione che dei beneficiari⁷; ciò si concretizza in una dettagliata descrizione sulle modalità di assolvimento del principio nei documenti di gara, in capo all'amministrazione⁸, e nel rispetto delle prescrizioni per gli esecutori. A scapito degli inadempienti vi può essere la sospensione dell'erogazione delle somme o, nei casi più gravi, l'avocazione del procedimento⁹. Nella pratica avviene che all'interno dei decreti vi siano delle disposizioni, in sede di presentazione dell'istanza di accesso (quindi in una fase intermedia, posteriore alla predisposizione del PNRR ma prodromica alla fase attuativa) che impongano alle imprese proponenti e aderenti di

principio DNSH queste saranno esentate dal presentare la relativa autodichiarazione ovvero a confermare di rientrare in una delle categorie esentate.

⁷ Con tale affermazione si vuole in particolar modo includere le PMI. All'interno del PNRR sono programmati interventi a sostegno delle piccole e medie imprese, rappresentanti l'elemento fondante del tessuto produttivo italiano. Nello specifico, si fa riferimento alla Componente 2 della Missione 1 che ha l'obiettivo di accrescere la competitività del sistema produttivo rafforzandone il tasso di digitalizzazione, innovazione tecnologica e internazionalizzazione attraverso una serie di interventi tra loro complementari.

⁸ La conformità con il principio del DNSH è stata illustrata per ogni singola misura già in sede di predisposizione del PNRR, tramite delle schede di auto-valutazione standardizzate. Le valutazioni sono state elaborate sulla base di linee guida tecniche emanate dalla Commissione, cfr. C(2021) 1054 final, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/c_2021_1054_it.pdf (link attivo in data 1 ottobre 2023).

⁹ Circolare della Ragioneria generale dello Stato n. 21 del 14 ottobre 2021, 32 ove si forniscono delle istruzioni da applicarsi nella fase di redazione degli atti da parte delle Amministrazioni Responsabili, tali atti *“dovranno prevedere un articolo dedicato al DNSH e specifiche clausole che comportino la sospensione dei pagamenti o la revoca nel caso di mancato rispetto di tale principio”*.

assumere l'impegno a garantire il rispetto degli orientamenti tecnici citati sull'applicazione del principio di "non arrecare un danno significativo" agli obiettivi ambientali¹⁰. Quanto ai controlli nella fase attuativa, accade che l'Amministrazione competente, nell'ambito delle verifiche istruttorie, accerti il rispetto del richiamato principio di "non arrecare un danno significativo" e, a tal fine, tenga in conto dei summentovati orientamenti tecnici della Commissione, nello specifico l'Allegato II, (2021/C 58/01). Il predetto Allegato non è vincolante ma può essere utilizzato in sede di monitoraggio e rendicontazione dei risultati degli interventi, così come in sede di verifica e controllo della spesa e delle relative procedure a monte.

Le Amministrazioni godono di una certa libertà circa il metodo da adottare per raggiungere gli obiettivi ambientali previsti. Nell'esperienza nazionale, i decreti di finanziamento o i relativi documenti di gara generalmente contengono sia un ausilio sulle procedure da adempiere (documento d'indirizzo alla progettazione contenente le indicazioni tecniche per il rispetto del DNSH) che una indicazione delle procedure di verifica e i relativi meccanismi sanzionatori automatici. Inoltre, un ruolo preponderante è giocato dalla Ragioneria Generale dello Stato che è intervenuta a più riprese con lo strumento delle Circolari per fornire indicazioni aggiuntive in merito al rispetto del principio DNSH¹¹. Si cercherà quindi di entrare nel dettaglio di queste specifiche provando ad identificarne gli elementi risolutivi applicabili anche alle imprese obbligate ai sensi dell'art. 2 della prossima *Corporate Sustainability Due Diligence Directive*.

2. La Proposta di Direttiva CSDD: stessa matrice europea stessi obblighi. Il principio del DNSH si innesta nella tematica ambientale prevista dal *Green Deal* europeo che attrae tanto l'attenzione dei legislatori quanto degli

¹⁰ Rinvenibili nella Comunicazione della Commissione dal titolo "*Orientamenti tecnici sulla verifica della sostenibilità per il Fondo InvestEU*", (2021/C 280/01).

¹¹ *Guida operativa per il rispetto del principio di non arrecare danno significativo all'ambiente*, Edizione aggiornata allegata alla circolare RGS n. 33 del 13 ottobre 2022, 6, suggerisce che i documenti di progettazione, capitolato e disciplinare debbano riportare indicazioni specifiche finalizzate al rispetto del principio DNSH affinché sia possibile riportare anche negli stati di avanzamento dei lavori una descrizione dettagliata sull'adempimento delle condizioni imposte dal rispetto del principio.

operatori economici. La transizione ecologica non è solamente una rivoluzione culturale e sociale, bensì anche fonte di cambiamenti all'interno del diritto societario a cui le imprese devono (o dovranno) adeguarsi. Gli operatori sono dunque chiamati al rispetto di nuove normative¹² che presentano problemi ultronei rispetto alla normale gestione dell'impresa per come era stata concepita sino ad ora, tra questi la rilevazione e comunicazione dei dati ESG.

Recentemente, il tema della rendicontazione ESG è stato impattato a livello comunitario¹³ (i) dalla direttiva (UE) 2022/2464 sul nuovo obbligo di rendicontazione in materia di sostenibilità, che sostituisce la direttiva sulle informazioni non finanziarie ampliandone sia l'ambito di applicazione, sia il contenuto delle informazioni da fornire; e (ii) dall'atto del 23 febbraio 2022, con il quale la Commissione, muovendo sul solco delle ragioni tracciate dalla risoluzione del Parlamento Europeo del 10 marzo 2021 in materia di diligenza delle imprese, ha presentato una proposta di direttiva (di seguito anche 'Proposta' o con l'acronimo 'CSDD' da *Corporate Sustainability Due Diligence Directive*) volta a favorire il raggiungimento di un'economia sostenibile su larga scala e che, al contempo, scongiuri l'aggravarsi di una frammentazione¹⁴ della normativa speciale già prodottasi in alcuni paesi membri, tra cui Germania, Francia e Paesi Bassi.

La Proposta mira ad introdurre una serie di obblighi in capo a determinate categorie di imprese interessate; tuttavia, sebbene l'ambito d'applicazione soggettivo (art. 2) sia perimetrato alle grandi imprese, ciò non deve portare a ritenere che il mondo delle PMI ne sia totalmente estraneo, perlomeno non dagli

¹² Prediligendo un approccio *hard*, trasfuso in veri e propri doveri nelle agende del *management* delle società L. CALVOSA, *La governance delle società quotate italiane nella transizione verso la sostenibilità e la digitalizzazione*, in *Rivista delle società*, 2022, 312. V. anche Atlantis S.p.A., Verbale dell'assemblea del 29 aprile 2022 in tema di "say on climate".

¹³ V. E. BARCELLONA, *La sustainable corporate governance nelle proposte di riforma del diritto europeo: a proposito dei limiti strutturali del c.d. stakeholderism*, in *Rivista delle società*, 2022, 1 ss. (ma spec. 7 ss. per una rassegna dei principali provvedimenti comunitari in materia di *sustainability* con riferimento alle imprese).

¹⁴ V. in particolare il paragrafo 1 della Proposta – Motivi e obiettivi l'emendato art. 3-bis (v. testo dell'emendamento 132) della Proposta. In dottrina MONTALENTI, *Il diritto societario europeo*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2022, 990; F. BORDIGA, A. DE MARIA, *Tutela dei diritti umani nelle catene di approvvigionamento nell'ordinamento tedesco: la Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*, in *Rivista delle società*, 2022, 973.

effetti indiretti¹⁵. Il travagliato *iter* di approvazione, ha fino ad ora postulato una serie obblighi (art. 1, lett. a) che colpiscono ad ampio raggio sia la società diretta interessata che le sue filiazioni ed il gruppo dei soggetti con qui la prima intrattiene relazioni commerciali (di “affari”) lungo la catena di valore¹⁶. La volontà alla base della proposta è di instaurare un circolo virtuoso che vede le società di grandi dimensioni poste tra il legislatore ed i partner commerciali con cui intrattiene relazioni. Le prime sono tenute a verificare il rispetto del codice di condotta¹⁷ ex art. 5 Proposta¹⁸, a individuare gli impatti negativi e a contrastarli, dunque a mantenere una posizione di supervisione, almeno formale, sulla catena di valore.

In modo analogo, spostando le argomentazioni sul piano del PNRR, è responsabilità di ciascun soggetto attuatore far sì che, in sede di attuazione delle misure, vengano rispettati gli obblighi sul controllo del rispetto del principio DNSH. Ciò si traduce in un costante monitoraggio dei soggetti esecutori. Secondo la Circolare della Ragioneria generale dello Stato n. 21 del 14 ottobre 2021, ai soggetti attuatori vengono demandate le attuazioni dei progetti finanziati con i fondi del PNRR, comprendendo le fasi intermedie che vanno dall’avvio alla conclusione dell’intervento, ivi incluso il monitoraggio degli indicatori rilevanti¹⁹.

Così avviene che, in corso d’opera, la continuità dei pagamenti sia soggetta ad una procedura di verifica da parte dell’Amministrazione che prevede

¹⁵ V. il Considerando 47 della Proposta, nel menzionare le PMI quali soggetti che, sebbene in principio non debbano ricadere all’interno della applicazione della Proposta, di fatto vengono poi toccati nella misura in cui partecipano, in veste di società appaltatrici o subappaltatrici, ad attività commerciali con la società obbligata.

¹⁶ R. IBBA, *L’introduzione di obblighi concernenti i fattori ESG a livello UE: dalla direttiva 2014/95 alla proposta di direttiva sulla Corporate Sustainability Due Diligence*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2023, 452 (ma spec. 455 e 458 s.); M. STELLA RICHTER JR., *Corporate Sustainability Due Diligence: noterelle semiserie su problemi serissimi*, in *Rivista delle società*, 2022, 723 s.

¹⁷ All’uopo, l’art. 7, par. 2, lett. b), invita la società obbligata a “*stabilire con un partner commerciale con il quale intrattiene un rapporto d'affari disposizioni contrattuali che impongano a quest'ultimo il rispetto del codice di condotta*”.

¹⁸ Interessante è la comparazione con il diritto tedesco, F. BORDIGA, A. DE MARIA, *op. cit.*, 978, laddove “*le imprese sono obbligate ad effettuare un’adeguata analisi dei rischi lungo l’intera catena di approvvigionamento (§ 5, Abs. 2-4)*” e, sulla base delle rilevazioni, sono tenute a rilasciare una Dichiarazione di principio

¹⁹ La Circolare precisa che tra le principali informazioni che devono essere oggetto di rilevazione vi rientrano gli “*elementi utili alla verifica del soddisfacimento del requisito del Do Not Significant harm*”.

che le spese siano rendicontate ai fini della trasmissione delle richieste di pagamento al Servizio Centrale PNRR che permetterà di procedere con l'avanzamento della spesa. All'uopo, le Amministrazioni titolari dell'intervento presentano all'Amministrazione centrale lo stato di avanzamento ed una dichiarazione attestante il rispetto del principio DNSH; l'Amministrazione centrale, dal canto suo, verifica la regolarità delle spese, sanziona gli indebiti utilizzi delle risorse e, in caso di esito positivo, rilascia una dichiarazione sul rispetto dei principi trasversali (DNSH, *tagging* clima e digitale, parità di genere, superamento dei divari territoriali). Il nodo centrale di questo meccanismo è rappresentato dai soggetti attuatori, i quali, ai sensi dell'allegato alla Circolare della Ragioneria generale dello Stato n. 9 del 10 febbraio 2022, devono "*svolgere una costante e completa attività di rilevazione dei dati afferenti ai progetti finanziati, registrando le informazioni*" tra cui gli elementi utili alla verifica del soddisfacimento del requisito del *Do Not Significant Harm*.

Ciò si traduce in una duplice responsabilità²⁰, del primo tipo se riferita ai soggetti esecutori che dovranno prestare particolari cautele nel rispetto del principio DNSH; del secondo tipo verso i soggetti attuatori che dovranno avere premura di effettuare i controlli sull'adempimento da parte dei soggetti esecutori. Volendo tracciare un filo conduttore comune tra le due discipline, notiamo come sia con riferimento agli obblighi derivanti dalla CSDD che nell'ambito dell'esecuzione delle Misure del PNRR (i) vi è una sub-responsabilità in capo ad alcuni soggetti, rispettivamente le imprese con cui si intrattengono affari da un lato e i soggetti esecutori dall'altro, (ii) vi è un principio a tutela dell'ambiente e (iii) vi sono dei soggetti, generalmente non di piccole dimensioni, tenuti al controllo del rispetto di tale principio. Il tutto si sviluppa poi su un intricato piano di relazioni commerciali che coinvolge un considerevole numero di operatori

²⁰ Responsabilità che potrebbe essere anche triplice, v. G. RACUGNO, D. SCANO, *Il dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità: verso un Green Deal europeo*, In *Rivista delle società*, 2022, 736 s. ove si precisa che la responsabilità civile della società non esclude la responsabilità dei partner commerciali che partecipano alla catena di valore della società obbligata.

economici e, di conseguenza, sfida i controllori a trovare una soluzione efficiente per monitorare i controllati.

3. Le soluzioni adottate nell'alveo del PNRR. Prendendo a mutuo le *best practice* indicate dalla Ragioneria Generale dello Stato²¹ in merito alle verifiche del rispetto del principio DNSH, è possibile trarre alcune conclusioni anche con riferimento agli obblighi di verifica derivanti dalla Proposta. In buona sostanza, è possibile equiparare le attività di verifica poste in capo alla società obbligata ex art. 2 della Proposta con le attività di verifica sulla fase attuativa operate dalla stazione appaltante (leggasi amministrazione) titolare dei bandi di cui al PNRR. La Ragioneria Generale dello Stato, suggerisce a tal fine che le amministrazioni operino su due fronti: la fase di esecuzione e la sua fase prodromica. In ordine temporale, l'amministrazione deve gestire a monte il processo inserendo negli atti programmatici delle istruzioni chiare e determinanti nella funzione di criteri di esclusione; successivamente l'amministrazione dovrà raccogliere le informazioni necessarie per la rendicontazione di ogni singola *milestone* e, parallelamente, il rispetto delle condizioni collegate al principio del DSNH, definendo la documentazione necessaria per eventuali controlli. Tale *modus operandi* può essere applicato di riflesso anche alle operazioni di verifica derivanti dagli obblighi della Proposta.

Nella fase di redazione dell'avviso e, per certi versi anche dell'atto di finanziamento (che può essere equiparata alla fase di stipula del contratto²² tra la società obbligata dalla CSDD con le imprese della catena del valore), l'allegato alla Circolare della Ragioneria generale dello Stato n. 21 del 14 ottobre 2021, suggerisce di menzionare gli obblighi relativi al rispetto del DNSH in più sezioni: tra le finalità e l'ambito di applicazione, tra le definizioni, tra gli obblighi del soggetto attuatore (*scilicet*: del partner commerciale) e ovviamente all'interno

²¹ Circolare della Ragioneria generale dello Stato n. 21 del 14 ottobre 2021.

²² L'accordo contrattuale ai fini della *due diligence* è presente anche in G. RACUGNO, D. SCANO, *op. cit.*, 735.

della clausola riguardante i meccanismi sanzionatori²³. Tutte le menzionate sezioni di un avviso possono essere trasposte, con i dovuti adeguamenti, anche all'interno della modulistica contrattuale che l'impresa obbligata dalla CSDD presenta ai potenziali soggetti della catena di valore.

Alcune specifiche sono invece inapplicabili ad un contratto commerciale tra imprese, quali ad esempio le clausole relative ai riferimenti normativi, agli interventi finanziabili, i criteri di ammissibilità delle proposte progettuali, ed alle modalità di valutazione e approvazione della domanda. In queste casistiche il contenuto dell'avviso si scosta, per sua natura, dalle pratiche commerciali a meno che il contratto tra imprese non segua il modello dell'appalto (scenario previsto dall'art. 3, lett. e), Proposta)²⁴, in tal caso, sempre con i dovuti adeguamenti, alcune delle menzionate sezioni dell'avviso saranno trasponibili in un contratto commerciale, su tutte si pensi alle modalità di valutazione.

La Circolare della Ragioneria generale dello Stato n. 21/2021 suggerisce poi di menzionare il principio DNSH nella sezione dedicata modalità di erogazione della sovvenzione, che può contenere anche le fasi, ossia gli adempimenti intermedi al verificarsi dei quali l'amministrazione provvede al pagamento. Il controllo del principio DNSH dovrà essere effettuato ad ogni SAL, a maggior ragione se il Servizio centrale PNRR deve svincolare ulteriori somme. Nel caso delle imprese della CSDD, sebbene tale previsione possa sembrare irrilevante, è in realtà postulabile una clausola che prevede l'erogazione di una parte del pagamento al verificarsi di una determinata condizione (e.g. all'esibizione di una garanzia contrattuale ex art. 7, par. 2, lett. b), Proposta). Si potrebbe obiettare che, in vista di un rapporto d'affari consolidato, così come definito dalla CSDD, la relazione tra le imprese sia, per intensità o periodo, non trascurabile e quindi non per forza debba concludersi in un solo adempimento; ciò però non toglie valore alla affermazione che potrebbe trattarsi di singoli affari

²³ F. BORDIGA, A. DE MARIA, *op. cit.*, 979 circa il monitoraggio della catena dei fornitori e le relative sanzioni.

²⁴ L'esecuzione di detti contratti è comunque regolata dal dovere di diligenza come menzionato dal Considerando 28 della Proposta. Anche il considerando 47 prende in considerazione gli appalti, nella misura in cui include l'incidenza della proposta sulle PMI, potenziali appaltatrici della società obbligata. A questa casistica vengono inclusi anche i subappalti.

non soggetti al meccanismo dell'avanzamento (SAL). In sintesi, detta fase intermedia andrebbe valutata caso per caso a seconda della relazione commerciale in essere e, in funzione del contratto che si intende stipulare, inserire le adeguate clausole di controllo intermedio.

Ci si può interrogare infine sulla possibilità per l'impresa di grandi dimensioni di verificare *ex ante* l'adeguatezza dei processi e delle strumentazioni in capo alla società di piccole dimensioni. Con qualche adeguamento, pare condivisibile, su questo punto, il *modus operandi* riportato nelle “*Linee Guida per lo svolgimento delle attività di controllo e rendicontazione degli interventi PNRR di competenza delle Amministrazioni centrali e dei Soggetti attuatori*”²⁵, che prevede un controllo preventivo dei progetti di gara. In tal senso, infatti si presuppone che vi sia una gara pubblica con più soggetti interessati ad aggiudicarsi i finanziamenti, viceversa il rapporto tra imprese è verosimilmente uno a uno e la predisposizione di un progetto dotato di specifiche non rappresenta uno *step* generalmente previsto per la conclusione del contratto. Vero è che le società obbligate dalla CSDD hanno facoltà di richiedere preventivamente determinate informazioni, e sulla base di queste, secondo parametri interni, determinare se il potenziale *partner* sia ammesso o meno alla contrattazione. Una verifica che vada oltre al controllo formale effettuato “sulla carta” pare però concretamente troppo dispendiosa e difficilmente raggiungibile²⁶.

4. Il problema metodologico e l'apporto delle soluzioni IT del PNRR applicate alla Proposta di CSDD. Come detto, ai fini dell'avanzamento della spesa occorre comunicare una serie di informazioni, tra cui il rispetto del DNSH, al Servizio Centrale PNRR. Prendendo come spunto la soluzione adottata in

²⁵ https://www.rgs.mef.gov.it/VERSIONE-I/circolari/2022/circolare_n_30_2022/ (link attivo in data 1 ottobre 2023).

²⁶ *En passant* si può citare l'esperienza tedesca, ove al *Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle* (c.d. BAFA) (Ufficio federale dell'economia e del controllo sulle esportazioni) compete l'attività di ispezione ai sensi della *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz* (§ 19). Perocché come è facile intuire, in questo caso l'ispezione viene effettuata da un soggetto pubblico.

ambito PNRR, si può riflettere sulla applicabilità di un sistema analogo anche alle imprese obbligate dalla CSDD. Le comunicazioni delle Amministrazioni centrali titolari di interventi e dei soggetti attuatori avvengono mediante la piattaforma ReGis o analoghi sistemi informatici, dotati delle stesse funzionalità²⁷, se già in possesso delle amministrazioni, così perseguendo il principio di riduzione degli oneri e della spesa. La piattaforma ReGis è stata introdotta dall'art. 1, comma 1043, l. n. 178 del 30 dicembre 2020 (c.d. Legge di Bilancio 2021), con la quale il MEF, ed in particolare il Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, si è impegnato a fornire uno strumento applicativo unico a supporto dei processi di monitoraggio e rendicontazione del PNRR. Il sistema ReGis permette, a tutti i profili abilitati, di immettere informazioni all'interno di sezioni modulari che saranno visibili sia dal "controllore" che dal "controllato", inserendo dei *flag* informatici in corrispondenza delle aree di controllo. Affianco ad alcune *flag* è possibile caricare idonea evidenza documentale, allegando ad esempio *checklist*²⁸, verbali, attestazioni o altri tipi di atti²⁹.

Tale soluzione, sviluppata con software differenti sebbene improntati sulle specifiche del ReGis, potrebbe essere utilizzata anche dalle imprese obbligate nei confronti dei soggetti facenti parte della catena di valore. In primis, la contrattazione potrebbe prevedere una clausola che imponga alle piccole imprese di comunicare determinati dati, ad esempio, di rilevanza ambientale tramite la piattaforma. L'attività di comunicazione non graverebbe economicamente sulle imprese della catena di valore, proprio come richiesto

²⁷ Il set minimo di monitoraggio, ovverosia le informazioni che ogni piattaforma (ReGis o altre) deve essere in grado di gestire, è indicato dall'art. 6, comma 2, del DPCM del 15 settembre 2021 ed individuato nel dettaglio dal PUC v. 2.2 del mese di novembre 2020. Per ciò che concerne il ReGis, è stato poi redatto un manuale utente con le istruzioni per l'immissione dei dati.

²⁸ La Ragioneria Generale dello Stato ha messo a disposizione alcune *checklist* differenziate sulla base degli interventi da attuarsi, v. https://www.rgs.mef.gov.it/_Documenti/VERSIONE-I/CIRCOLARI/2021/32/Allegato-alla-Circolare-del-30-dicembre-2021-n-32_checklist.pdf (link attivo in data 1 ottobre 2023).

²⁹ "Linee Guida per lo svolgimento delle attività di controllo e rendicontazione degli interventi PNRR di competenza delle Amministrazioni centrali e dei Soggetti attuatori", 62, laddove il rispetto del principio DNSH costituisca anche un requisito esplicito dell'intervento espressamente indicato nelle condizionalità di cui all'Annex della CID e agli Operational Arrangements, sarà necessario allegare l'attestazione di verifica di tutti gli elementi di controllo delle *checklist* utilizzate con l'indicazione della documentazione probatoria.

dalla CSDD, se non nella minima misura in cui è richiesto alle stesse di formare il personale che si occuperà della suddetta mansione. Si ritiene tuttavia che detti oneri non possano essere in alcun modo eliminati, sicché anche adottando diverse soluzioni, la rendicontazione ed il costo del personale che esegue la comunicazione *stricto sensu*, rappresentano una costante nel funzionamento di una complessa catena di montaggio che ha come prodotto la trasmissione di informazioni. Da un lato pratico, un esempio di formula contrattuale che impone ad una parte l'utilizzo di una piattaforma informatica per la comunicazione delle informazioni è rinvenibile all'art. 7 dell'allegato I, della Circolare della Ragioneria generale dello Stato n. 9 del 10 febbraio 2022 dal titolo "*Istruzioni tecniche per la redazione dei sistemi di gestione e controllo delle amministrazioni centrali titolari di interventi del PNRR*". Una clausola, modellata sulla suddetta formulazione, può anche essere integrata con un sistema di pagamento rateizzato sulla base del raggiungimento di determinati obiettivi, tra cui il rispetto del codice di condotta ex art. 5, lett. b), Proposta o delle prescrizioni ambientali.

Terminato il controllo tramite la piattaforma ReGis viene rilasciata una attestazione delle verifiche effettuate; ancora una volta la ricezione della attestazione non comporta alcun costo in capo all'impresa di piccole dimensioni ed è pertanto conforme ed in linea con la *ratio* della CSDD.

Al sensi delle "*Linee Guida per lo svolgimento delle attività di controllo e rendicontazione degli interventi PNRR di competenza delle Amministrazioni centrali e dei Soggetti attuatori*", l'Amministrazione centrale, dopo aver accertato il rilascio della documentazione da parte del soggetto attuatore, verifica la correttezza, completezza e coerenza della documentazione attestante l'attuazione del progetto.

5. Il funzionamento delle verifiche ed il metodo delle *checklist*. Le verifiche, nella pratica, vengono effettuate dall'Amministrazione centrale sulla base delle autocertificazioni fornite. Di riflesso, gli esecutori, sono tenuti a fornire apposite dichiarazioni agli attuatori ove (a) si attesta la conformità delle attività prestate con il principio DNSH, (b) si afferma di permettere la verifica di

sostenibilità prevista dagli orientamenti tecnici e (c) ci si impegna a rendere disponibile la documentazione necessaria alle verifiche³⁰. Questo accade ad esempio per l'erogazione di finanziamenti provenienti dal Green Transition Fund o dal Digital Transition Fund, entrambi gestiti da CDP Venture Capital SGR S.p.A.³¹, in favore delle start-up³². Le *“Linee Guida per lo svolgimento delle attività di controllo e rendicontazione degli interventi PNRR di competenza delle Amministrazioni centrali e dei Soggetti attuatori”* richiedono inoltre che ove il rispetto del DNSH rappresenti un requisito esplicito dell'intervento, il controllo debba basarsi anche sugli elementi di controllo delle *checklist*, che dunque dovranno essere nella disponibilità dei soggetti attuatori ed eventualmente caricati sulla piattaforma informatica. Al pari, la società di grandi dimensioni obbligata ai sensi della CSDD potrà richiedere al partner commerciale di inoltrare, mediante mezzi informatici, le *checklist* consegnate al momento della conclusione del contratto.

Le *checklist* riportano elementi specifici che permettono di comunicare informazioni mirate ai fini della valutazione ambientale, quali: la presenza di

³⁰ Un esempio di questa tipologia di autodichiarazione è rinvenibile nella destinazione dei fondi del Green Transition Fund (GTF) promosso dal Ministero delle Imprese e del Made in Italy in supporto a start-up e venture capital attivi nella transizione ecologica. Inquadro sotto la Missione: 2 – Rivoluzione verde e transizione ecologica, Componente: 2 – Energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile, Investimento: 5.4.

³¹ v. anche E. GUARNA ASSANTI, G. DI MARTINO, *La Cassa depositi e prestiti quale “asset” strategico per lo sviluppo economico nazionale*, in *Diritto Costituzionale*, fasc. 2, 2022, 128 ss.

³² Ai fini redazionali sono stati consultati i 22 bandi e avvisi delle Amministrazioni Titolari e i 34 tra bandi e avvisi dei Soggetti Attuatori, attivi al momento della stesura dell'elaborato. Le amministrazioni titolari detengono, rispettivamente, il Ministero delle Imprese e del Made in Italy 7 bandi, il Ministero del Turismo 4 bandi, il Ministero della Salute 4 bandi, il Ministero dell'Università e della Ricerca 3 bandi, il Ministero della cultura 1 bando e la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Trasformazione Digitale 3 bandi. Mentre le Amministrazioni Titolari tendono ad agire su tutto il territorio nazionale, i Soggetti Attuatori sono più variegati e dislocati a livello territoriale, tra questi ultimi infatti si annovera un gran numero di regioni (Lombardia 1 bando, Campania 2 bandi, Friuli-Venezia Giulia 2 bandi, Abruzzo 3 bandi, Marche 2 bandi, Sicilia 2 bandi, Emilia-Romagna 1 bando, Veneto 1 bando, Toscana 1 bando, Liguria 1 bando, Calabria 2 bandi e Umbria con 5 bandi), affiancate da una provincia autonoma (Bolzano 1 bando), una agenzia regionale (ALFA Liguria 1 bando), una Agenzia Europea (ESA 1 bando), una agenzia nazionale (Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale 1 bando) e due società di capitali (CDP Venture Capital SGR S.p.A. con 4 bandi e Cinecittà S.p.A. con 3 bandi). Di questi, una larga parte è destinata alle politiche sul lavoro, in particolare all'assunzione o alla formazione del personale, rientranti nella missione 5 “inclusione e coesione”, mentre, al secondo posto, per numero di bandi, vi sono i finanziamenti dedicati alle imprese.

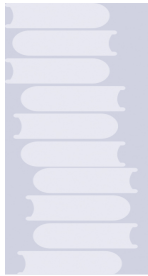
certificazioni alle Direttive unitarie, se i prodotti siano dotati di etichette ambientali o abbiano determinati marchi ISO, se sui prodotti vi siano certificazioni sull'efficienza energetica, se siano disponibili certificazioni sulla qualità del processo di ricondizionamento o rifabbricazione, se il soggetto da cui si acquistano i prodotti sia iscritto a determinate piattaforme). Le *checklist* vengono utilizzate ad esempio per verificare se i prodotti elettronici, di cui ci si vuole dotare mediante l'utilizzo dei fondi, siano conformi allo scopo di garantire lo sforzo di ridurre al minimo gli impatti ambientali durante tutto il loro ciclo di vita³³. Nella pratica quindi, sono diversi i settori commerciali che vengono sottoposti a detta dichiarazione, si pensi su tutti al riammodernamento dell'apparato tecnologico a favore di una qualsiasi categoria imprenditoriale³⁴ o, nel caso della CSDD, all'intraprendere relazioni commerciali con una impresa che utilizzi solamente determinati prodotti elettronici forniti di certificazioni. Anche in questo caso le soluzioni adottate nell'alveo del PNRR sembrano potersi adattare alle dinamiche della Proposta.

In ultimo, atteso che la responsabilità sulla tardiva comunicazione dei dati relativi al DNSH sia attribuibile alle Amministrazioni centrali titolari di interventi e ai soggetti attuatori, non già può dirsi il medesimo circa la veridicità del contenuto di tali dichiarazioni. Allo stesso modo è possibile asserire che anche nell'ambito della CSDD la responsabilità sulla veridicità dei dati forniti non possa essere ascritta alla società di grandi dimensioni. Viceversa, la responsabilità sarà attribuibile a quest'ultima laddove non abbia attivato i rimedi ex art. 7 della Proposta a seguito dell'individuazione degli impatti negativi.

³³ Guida operativa per il rispetto del principio di non arrecare danno significativo all'ambiente (c.d. DNSH), *passim*, la valutazione dell'attività economica è effettuata tenendo conto non solo l'impatto ambientale dell'attività stessa ma anche l'impatto ambientale dei prodotti e dei servizi da essa forniti durante il loro intero ciclo di vita; ove per ciclo di vita si intende il processo produttivo, il periodo di uso ed il fine vita, ossia lo smaltimento, di tali prodotti e servizi.

³⁴ Ad esempio i fondi destinati a supportare le farmacie rurali nei centri con meno di 3000 abitanti, inquadrato sotto la Missione: 5 inclusione e Coesione – Componente 3: Interventi speciali per la coesione territoriale – Investimento 1: Strategia nazionale per le aree interne – sub investimento 1.2 Strutture sanitarie di prossimità territoriale finanziato dall'Unione Europea-Next GenerationEU.

6. Conclusioni. All'esito della discettazione, si ritiene che i meccanismi di controllo e verifica previsti dal PNRR possano essere presi a mutuo anche dalle società obbligate individuate dall'art. 2 della Proposta. Tal fatte soluzioni contemplano le principali fasi della procedura di finanziamento e, per quanto rilevato, rispondono alle medesime questioni a cui si interfacciano le società della CSDD. Sembra potersi affermare che, le metodologie applicate al PNRR rappresentino un valido punto di partenza, e certe volte anche di arrivo, per l'adempimento degli obblighi comunitari. Sull'efficacia poscia si potrà dire, tuttavia si riconosce che una base funzionante già vi è, laonde uno studio sperimentale sulle bontà e criticità dei metodi può già aversi nell'attesa dell'entrata in vigore della CSDD.



Non solo Social: il PNRR nel prisma della Corporate Digital Responsibility
di **RICCARDO M. COLANGELO**

SOMMARIO: **1.** DIRITTO, INFORMATICA E SOCIETÀ: ALCUNE CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE - **2.** LA CORPORATE DIGITAL RESPONSIBILITY OLTRE LA RESPONSABILITÀ SOCIALE - **3.** IL PNRR COME POTENZIALE VOLANO INFORMATICO-GIURIDICO - **4.** CONCLUSIONI

Abstract

The attention given to the multiple profiles related to NRRP and its six Missions, also relevant within Corporate Social Responsibility, cannot divert attention from issues related, directly or not, to the Cyber Corporate Law.

It is crucial to consider both the environmental effects of using Information Technologies in Enterprise activities, as well as the recent emergence of the subcategory of Corporate Social Responsibility called Corporate Digital Responsibility.

This paper aims to emphasize and highlight the singular relevance of the latter, while providing useful insights to outline its complexity, at the expense of the rather ancillary configuration that, *ictu oculi*, would seem to derive from the first taxonomic frameworks provided by part of the specific legal literature.

The NRRP, therefore, can constitute a right time to address, with a broad IT-legal point of view, the increasingly imperative need to consider digital technologies, as well as business models based in whole or in part on the same, in accordance to the multiple sector-specific legislations, not to be reduced to mere sources of formal compliance, but to be considered as parts of a process aimed at increasing trust, that is also the basis of the development of the digital economy.

1. Diritto, informatica e società: considerazioni introduttive. Nel prendere in considerazione i molteplici e multiformi rapporti tra diritto, informatica e società, viene preliminarmente ad evidenziarsi quella sorta di anfibia che l'espressione stessa racchiude in sé. Ai fini del presente contributo – pur guardando allo specifico ambito del diritto societario e, quindi, all'alternativa ermeneutica meno intuitiva – la polisemia del termine 'società' può comunque rivestire una non secondaria importanza, aiutando a meglio comprendere talune dinamiche, in parte ancora inesplorate, caratterizzate da profili potenzialmente rilevanti anche – ma non solamente – in materia di responsabilità sociale d'impresa.

In prima approssimazione, risulta importante notare come gran parte delle tematiche tradizionalmente ascritte a quest'ultimo ambito (cfr., *ex multis*,

BALLUCHI -FURLOTTI 2022) non sia aliena agli obiettivi correlati alle sei missioni in cui si articola il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e, in modo ancor più esplicito, ai *Sustainable Development Goals*, illustrati e declinati all'interno dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite¹.

Da tali sintetiche considerazioni di contesto, deriva anzitutto la necessità di non sottovalutare le concrete problematiche emergenti dall'impianto di istanze di sostenibilità nello specifico ambito societario. Esse, più specificamente, sono state parzialmente già enucleate da talune voci critiche emergenti nella più autorevole dottrina, che non ha mancato di interrogarsi circa la sussistenza di profili *lato sensu* problematici, o addirittura piuttosto utopistici, all'interno di quella che è stata efficacemente tratteggiata come «la “visione” europea di impresa “sostenibile”» (RIOLFO 2021; similmente, si veda anche il quesito sviluppato in MUCCIARELLI 2022).

¹ I diciassette obiettivi di sviluppo sostenibile sono articolati come segue: «1. Porre fine ad ogni forma di povertà nel mondo; 2. Porre fine alla fame, raggiungere la sicurezza alimentare, migliorare la nutrizione e promuovere un'agricoltura sostenibile; 3. Assicurare la salute e il benessere per tutti e per tutte le età; 4. Fornire un'educazione di qualità, equa ed inclusiva, e opportunità di apprendimento per tutti; 5. Raggiungere l'uguaglianza di genere ed emancipare tutte le donne e le ragazze; 6. Garantire a tutti la disponibilità e la gestione sostenibile dell'acqua e delle strutture igienico-sanitarie; 7. Assicurare a tutti l'accesso a sistemi di energia economici, affidabili, sostenibili e moderni; 8. Incentivare una crescita economica duratura, inclusiva e sostenibile, un'occupazione piena e produttiva ed un lavoro dignitoso per tutti; 9. Costruire infrastrutture resilienti e promuovere l'innovazione ed una industrializzazione equa, responsabile e sostenibile; 10. Ridurre l'ineguaglianza all'interno di e fra le nazioni; 11. Rendere le città e gli insediamenti umani inclusivi, sicuri, duraturi e sostenibili; 12. Garantire modelli sostenibili di produzione e di consumo; 13. Promuovere azioni, a tutti i livelli, per combattere il cambiamento climatico; 14. Conservare e utilizzare in modo sostenibile gli oceani, i mari e le risorse marine per uno sviluppo sostenibile; 15. Proteggere, ripristinare e favorire un uso sostenibile dell'ecosistema terrestre, gestire sostenibilmente le foreste, contrastare la desertificazione, arrestare e far retrocedere il degrado del terreno e fermare la perdita di diversità biologica; 16. Promuovere società pacifiche e inclusive per uno sviluppo sostenibile, garantire a tutti l'accesso alla giustizia, e creare istituzioni efficaci, responsabili ed inclusive a tutti i livelli; 17. Rafforzare gli strumenti di attuazione e rinnovare il partenariato mondiale per lo sviluppo sostenibile».

Il testo completo della Risoluzione adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU il 25 settembre 2015 è consultabile al seguente URL: <https://unric.org/it/wp-content/uploads/sites/3/2019/11/Agenda-2030-Onu-italia.pdf>

Si rimanda, per più ampi riferimenti, alla pagina dedicata del sito dell'Agenzia Italiana per la Cooperazione allo Sviluppo (<https://www.aics.gov.it/home-ita/settori/obiettivi-di-sviluppo-sostenibile-sdgs>), nonché a quanto pubblicato, in lingua inglese, all'URL: <https://sdgs.un.org/goals>.

In argomento, l'attuale produzione dottrinale risulta riservare una significativa attenzione a taluni profili di sostenibilità – più ampi rispetto a quanto sinteticamente racchiuso nell'acronimo ESG² – anche con riguardo all'ambito del finanziamento dell'attività di impresa, così come dei profili gestori, senza mai tralasciare le non secondarie problematiche tassonomiche correlate ad enunciazioni talora generiche e stereotipate, in particolar modo a livello sovranazionale, che sovente rendono difficoltosi i tentativi di svincolare i riferimenti alla "sostenibilità" dalla fumosità ermeneutica che li avvolge e che ne pregiudica, in tutto o in parte, una concreta applicazione.

Taluni spunti dottrinali, sottolineano la necessità di ricercare un'alternativa giuridicamente rilevante in specifiche regole di condotta, anche attingendo direttamente al (rinnovato) dettato costituzionale per quanto concerne la libertà d'iniziativa economica privata³, al fine di garantire la coerenza tra talune istanze potenzialmente ricollegabili ad un ambito di sostenibilità e i *minima essentialia* della nozione stessa di società, al cui novero certamente è riconducibile la finalità egoistico-lucrativa (CERRATO 2022).

Nel complesso, emergono altresì i limiti derivanti dalla diffusa sottovalutazione dei profili di sostenibilità finanziaria – fondamentali anche per la prevenzione dello stato di crisi d'impresa, così come nel contesto di operazioni di c.d. *turnaround* – rispetto a quelli, ben più fortunati, afferenti all'ambito della sostenibilità sociale ed ambientale (STELLA RICHTER JR. 2021).

Simili modo, meriterebbe di essere adeguatamente approfondito l'ambito della conciliabilità tra «sostenibilità finanziaria e sostenibilità ambientale [...] nel ciclo produttivo imprenditoriale e nel governo societario» (COSSU 2022, p. 485),

² Acronimo di *Environmental, Social e Governance*.

³ Si veda, nello specifico, l'art. 41, commi 2 e 3, Cost., ove si dispone che l'iniziativa economica privata «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» e che «la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali».

Per quanto direttamente interessa in questa sede, si noti come i riferimenti all'ambiente, assenti nell'originario dettato costituzionale, siano stati inseriti piuttosto di recente ad opera dell'art. 2, comma 1, lett. a) e b), legge cost. 11 febbraio 2022, n. 1.

al fine di porre nuova luce sulle zone d'ombra attualmente esistenti e sulle relative ricadute di natura pratico-operativa.

La sempre più evidente emersione, nel contesto dottrinale italiano, della primaria rilevanza delle questioni tassonomiche contribuisce, a propria volta, a rendere manifesta l'attualità e la rilevanza di una più attenta investigazione di quella che potrebbe a buon diritto tratteggiarsi come "meta-sostenibilità", per tale intendendosi la sostenibilità, nel peculiare ambito che in questa sede rileva, della nozione stessa di sostenibilità⁴.

In tale stimolante contesto, il concreto ricorso a strumenti digitali, talora particolarmente innovativi e sottoposti a plurime normative di settore o, al contrario, privi di un quadro giuridico ben definito⁵, inserisce ulteriori e significativi profili di complessità, tali da evidenziare la crescente insufficienza di un approccio ai medesimi di natura meramente episodica e strumentale nell'esercizio dell'attività di impresa.

Con riguardo specifico al digitale, inoltre, giova sottolineare come, da una disamina dei *Sustainable Development Goals*, non emergano espressamente significativi riferimenti a tale ambito (in senso conforme, si veda anche DÖRR 2021, p. 32). Tale riscontro può essere richiamato ad ulteriore conferma di come i rapporti tra sostenibilità e digitalizzazione risultino ancora abbinati a opportuni approfondimenti (cfr. CALVOSA 2022).

⁴ Al fine di dissipare le ombre attualmente sussistenti relativamente al rapporto tra società e sostenibilità, non risulta affatto peregrina l'esigenza di approfondire ulteriormente e sistematicamente quanto in parte enucleato in ambito dottrinale, circoscrivendo il perimetro giuridico della nozione stessa di sostenibilità in ambito societario cosicché quest'ultima, coerente con la disciplina applicabile, possa risultare a propria volta sostenibile nel contesto del nostro ordinamento giuridico.

⁵ È questo il caso, a titolo esemplificativo, dei sistemi di intelligenza artificiale, già ampiamente utilizzati anche nell'esercizio di attività d'impresa, ma ancora privi di una disciplina specifica vigente ed applicabile.

L'iter di approvazione della proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (AI Act) ha avuto un significativo avanzamento in esito all'approvazione, in data 14 giugno 2023, degli emendamenti da parte del Parlamento europeo (integralmente consultabili all'URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_IT.html) ed all'intesa raggiunta dal trilogio nel mese di dicembre 2023.

2. La Corporate Digital Responsibility oltre la responsabilità sociale.

Alla luce di quanto sinora tratteggiato, risulta possibile operare un duplice livello di considerazioni.

Il primo concerne le ricadute direttamente rilevanti sotto il profilo della sostenibilità – pur considerata l'indeterminatezza e l'ambiguità semantica del termine – in particolar modo ambientale e sociale, dell'utilizzo degli strumenti digitali nel contesto societario. Tra di essi, sia sufficiente il riferimento operato ai corollari energetico-ambientali del ricorso alle tecnologie informatiche nell'esercizio di attività di impresa – e non solo – con particolare riguardo al c.d. *digital carbon footprint* (PERRI 2022, p. 178).

Il secondo, maggiormente interessante e più marcatamente innovativo, guarda a tematiche afferenti, a vario titolo, al c.d. cyberdiritto societario (per una panoramica attuale in relazione a quest'ultimo, si rimanda a BIANCHINI e altri 2022), affrontando la vera e propria sfida di una gestione ragionata ed olistica del digitale (cfr., *ex multis*, MATRICANO 2020 e PASCUCCI 2017⁶), anche alla luce del quadro normativo di settore, complesso e fisiologicamente mutevole.

Nello specifico, lo sforzo di superare le esigenze di mera *compliance* alle multiformi discipline applicabili in concreto non può prescindere da una piena consapevolezza circa «la crescente importanza di un corretto approccio informatico-giuridico “by design”⁷, sempre più caratterizzato da profili di complessità» (sia consentito il rimando a COLANGELO 2023, p. 115).

⁶ L'Autrice espone interessanti rilievi critici concernenti vari aspetti dei processi di digitalizzazione nello specifico contesto delle PMI italiane, evidenziando anzitutto il «gap significativo tra le aspettative sulle opportunità offerte dalle tecnologie e la realtà osservata nelle imprese, che appaiono ancora in ritardo nell'adozione efficace di questi strumenti», ma soprattutto sottolineando come, concentrando di norma (limitati) investimenti «principalmente su progetti volti alla digitalizzazione dei processi di base, quali ad esempio la contabilità e la gestione finanziaria [...] manca una visione strategica di medio-lungo periodo, che concepisca le tecnologie digitali come un fattore su cui fare leva per migliorare la qualità, lanciare nuovi prodotti o innovare il modello di business aziendale».

⁷ Tale espressione risulta mutuata dal disposto dell'art. 25, paragrafo 1, del regolamento n. 2016/679, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati, meglio noto con l'acronimo inglese GDPR). Nello specifico, in tale sede si prevede, con riguardo alla «protezione dei dati fin dalla progettazione», che, prendendo opportunamente in considerazione taluni elementi, come «lo

Inoltre, risulta necessario approfondire quelle intersezioni tra cyberdiritto societario e *Corporate Social Responsibility* (CSR), a partire dai più recenti approdi dottrinali, non solo nazionali.

Sul punto, rileva in modo particolarissimo evidenziare taluni profili di *Corporate Digital Responsibility* (CDR), nella consapevolezza che l'incipiente recezione da parte della dottrina italiana tende a configurarla quale «sottocategoria» di responsabilità sociale d'impresa (SCHNEIDER 2022, p. 720).

Più specificamente, tale *species* è stata espressamente ricollegata ai «coessenziali profili di responsabilità digitale di quelle società che includono nei propri assetti tecnologie di intelligenza artificiale», così come, con un approccio più inclusivo, «alla responsabilità sociale delle imprese di strutturare e utilizzare correttamente le tecnologie societarie, avendo attento riguardo ai possibili impatti sociali e ambientali delle stesse» (*ibidem*).

Da tali prime note, emerge l'esigenza di una sorta di *actio finium regundorum*: si rende, infatti, sempre più necessario un approfondimento attento e strutturato, che non si limiti solamente a prendere in considerazione quanto attiene al ricorso a talune specifiche tecnologie – segnatamente, ai sistemi di intelligenza artificiale, particolarmente attenzionati dalla dottrina più recente (cfr. ABRIANI - SCHNEIDER 2021) – ma che si spinga ad identificare come ampio confine dell'innovativo ambito della *Corporate Digital Responsibility* il complessivo ricorso ai più diversi strumenti digitali nell'esercizio collettivo di attività d'impresa.

Siffatto approccio, consapevole dei non ineludibili profili interdisciplinari in gioco e, al contempo, non alieno alla sensibilità, alla metodologia ed alla missione del giurista informatico (cfr. BORRUSO - RUSSO - TIBERI 2009, pp. 581-582), guarda con un certo scetticismo alla configurazione che pare sinora emergere a livello dottrinale, quantomeno nella parte in cui, *ictu oculi*, pare riservare un ruolo di secondo piano, sostanzialmente ancillare, alla *Corporate Digital Responsibility*.

stato dell'arte» a livello tecnologico e i «costi di attuazione», il titolare del trattamento, «sia al momento di determinare i mezzi del trattamento sia all'atto del trattamento stesso», debba porre in essere «misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione, volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione, e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del presente regolamento e tutelare i diritti degli interessati».

Risulta, di converso, maggiormente condivisibile l'approccio, anche tassonomico, rinvenibile in esito ad una iniziale disamina della produzione dottrinale straniera che, pur con differenti sfumature e sensibilità, nel riconoscere i profili innovativi della nozione di *Corporate Digital Responsibility* – e senza rinnegarne i potenziali legami con l'ambito (della sostenibilità) sociale – ne evidenzia con singolare chiarezza tanto l'autonomia quanto le peculiarità (cfr. LOBSCHAT e altri, 2021, p. 876).

In senso conforme, è altresì possibile operare interessanti riferimenti ad un recente ed articolato contributo dottrinale (DÖRR 2021), che affonda le proprie radici nell'ambito tedesco; risultando caratterizzato da un maggior livello di approfondimento, si dimostra in grado di contribuire significativamente ed effettivamente al dibattito dottrinale in corso, per il tramite di una pionieristica indagine, operata con un approccio innovativo e integrato, dei rapporti tra digitalizzazione e sostenibilità in ambito societario, sottolineando altresì le potenziali rilevanti ricadute pratico-operative sul terreno della *governance*.

In particolare, partendo dall'assunto relativo all'attuale assenza di una complessiva consapevolezza in ordine all'effettiva nozione di digitalizzazione rilevante nello specifico contesto di una *corporate governance* responsabile, si riconosce la digitalizzazione stessa quale specifica area della *Corporate Responsibility* (*ibidem*, pp. XIII e 2).

In modo particolarmente significativo, quindi, la necessità di prendere in considerazione – quale specifico campo di indagine, dotato di dignità propria – i legami tra digitalizzazione e sostenibilità in ambito societario, viene svincolata dall'ambito specifico della *Corporate Social Responsibility*, costituendo invero la *Corporate Digital Responsibility* una evoluzione, tutt'ora in atto, della *Corporate Responsibility*⁸ (*ibidem*, pp. 5 e 35 ss.).

⁸ Sul punto, l'autrice efficacemente sottolinea più volte come tale processo trasformativo sia ancora in corso. A titolo esemplificativo, secondo quanto emerge chiaramente alla pagina 5 del contributo in commento: «*With the convergence of digitalization and sustainability, corporate responsibility is evolving into corporate digital responsibility (CDR)*».

3. Il PNRR come potenziale volano informatico-giuridico

Queste brevi note, che si dipanano, nel contesto del cyberdiritto societario, sul filo rosso della complessità, intendono essere anche un significativo stimolo, nell'attuale frangente, ad abbandonare un approccio frammentato e non adeguatamente consapevole al sempre più imprescindibile governo delle tecnologie digitali.

Anche in tale ambito, risulta opportuno un dialogo con le scienze aziendali, potenzialmente ricco e proficuo in un settore caratterizzato da una marcata natura interdisciplinare. In argomento – e senza pretese di completezza – è possibile attingere anche a quegli approdi dottrinali che, in relazione al *risk management* nel contesto societario e con riguardo a un ambito di indagine per certi aspetti più ampio e non direttamente coincidente rispetto a quello al centro del presente contributo, evidenziano «l'importanza della visione sistemica per evitare approcci a *sylos* nello studio e risoluzione delle problematiche aziendali», nella consapevolezza che «solo la visione olistica ha consentito di superare un approccio formale di *compliance*, innalzare il livello del sistema di controllo interno e ridisegnare i processi in una logica trasversale dove gli aspetti normativi sono stati innestati nelle finalità strategiche di carattere economico, sociale e competitivo» (CARDONI 2021, p. 60).

Ciò posto, il riferimento al contesto attuale, nello specifico, non può prescindere dalla eccezionalità del PNRR, all'interno delle cui missioni, in prima approssimazione, è possibile scorgere taluni significativi riflessi dell'obiettivo di sviluppo sostenibile n. 9, notoriamente relativo ad infrastrutture, innovazione e industrializzazione.

Più specificamente, nel PNRR trovano posto istanze relative in via diretta alla digitalizzazione societaria: si pensi, a titolo esemplificativo, a come la digitalizzazione e l'innovazione rilevino, all'interno della prima missione del PNRR, tra le esigenze proprie del sistema produttivo⁹.

⁹ Significativamente, si noti come entrambe, nella medesima sede, vengano annoverate tra le esigenze anche della pubblica amministrazione. Si rimanda, in proposito, a quanto ulteriormente

Tale missione, che arricchisce il binomio digitalizzazione - innovazione con riferimenti alla competitività, alla cultura ed al turismo, racchiude in sé una componente esclusivamente dedicata a «digitalizzazione, innovazione e competitività nel sistema produttivo».

Le componenti *de quibus*, inoltre, si configurano anche a beneficio diretto delle PMI, prevedendo pure investimenti in tecnologia, ricerca e sviluppo che, colmando i divari informatici attualmente esistenti, permettano «alle imprese di catturare i benefici della digitalizzazione»¹⁰.

Da una complessiva disamina del PNRR, è inoltre possibile evidenziare la singolare rilevanza riservata alla digitalizzazione: essendo oggetto della prima missione, risulta di per sé evidente come il PNRR abbia *de facto* «messo la parola digitalizzazione davanti a tutto», non per sminuire gli interessi – talora afferenti anche a diritti fondamentali – correlati alle altre missioni, ma quale sorta di «declinazione in chiave digitale di tutte le altre missioni, a comprova della capacità di fungere da detonatore per promuovere un virtuosismo diversamente non traguadabile per intensità e durezza» (BRUNO 2022, p. 216)¹¹.

È pur vero che il PNRR, nel più ampio intento di promuovere la ripresa economica mediante investimenti, anche in hardware e in software, nei principali

specificato all'URL: <https://www.governo.it/it/approfondimento/le-missioni-e-le-componenti-del-pnrr/16700>.

¹⁰ È proprio «il basso livello di investimenti in digitalizzazione e innovazione, soprattutto da parte delle piccole e medie imprese che costituiscono la maggior parte del nostro tessuto produttivo» ad essere riconosciuto come «uno dei fattori che limitano la crescita di produttività», secondo quanto espressamente sottolineato all'interno del PNRR stesso, all'URL: <https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf>, p. 87.

¹¹ D'altra parte, ed in modo ancor più rilevante, la trasversalità della digitalizzazione è espressamente richiamata nella prima missione del PNRR: «Lo sforzo di digitalizzazione e innovazione è centrale in questa Missione, ma riguarda trasversalmente anche tutte le altre. La digitalizzazione è infatti una necessità trasversale, in quanto riguarda il continuo e necessario aggiornamento tecnologico nei processi produttivi; le infrastrutture nel loro complesso, da quelle energetiche a quelle dei trasporti, dove i sistemi di monitoraggio con sensori e piattaforme dati rappresentano un archetipo innovativo di gestione in qualità e sicurezza degli asset (Missioni 2 e 3); la scuola, nei programmi didattici, nelle competenze di docenti e studenti, nelle funzioni amministrative, della qualità degli edifici (Missione 4); la sanità, nelle infrastrutture ospedaliere, nei dispositivi medici, nelle competenze e nell'aggiornamento del personale, al fine di garantire il miglior livello di assistenza sanitaria a tutti i cittadini (Missioni 5 e 6)». Si veda, in argomento, il testo del PNRR disponibile all'URL indicato nella nota precedente, p. 87.

settori economico-sociali e, specificamente, nell'ambito societario, potrebbe manifestare una natura "bifronte".

Da un lato, infatti, la contingente disponibilità di risorse economiche si presta ad essere impiegata per l'acquisizione di strumenti informatici o servizi digitali potenzialmente non valutati in modo adeguato per quanto concerne le caratteristiche specifiche e le potenziali problematiche, anche di natura eminentemente giuridica, correlate all'utilizzo in concreto dei medesimi.

Similmente, nel più ampio contesto di una perfettibile attenzione della politica industriale ai profili di digitalizzazione, recentemente evidenziata in dottrina (PIANTA 2021), potrebbe venire a mancare una previa adeguata valutazione con riguardo anche al contesto aziendale ed alle esigenze specifiche, senza dimenticare quelle di natura prospettica.

Ciò potrebbe addirittura comportare un'inadeguata strutturazione degli assetti (digitali) societari, essendo sostanzialmente incontroverso come la pur espressa previsione codicistica che sancisce un vero e proprio legame funzionale tra l'adeguatezza degli assetti e la rilevazione tempestiva della crisi d'impresa¹² concerna un vincolo invero non esclusivo e, *ictu oculi*, potenzialmente fuorviante: l'adeguatezza degli assetti, infatti, costituisce un obbligo che attiene generalmente e necessariamente alla corretta gestione dell'impresa collettiva (cfr., *ex multis*, BRUNO 2020, p. 51).

D'altro canto, lo stesso PNRR ben potrebbe costituire un *kairòs* per affrontare, servendosi anche dello sguardo ampio del giurista informatico, la sempre più inderogabile esigenza di prendere in considerazione le tecnologie

¹² Il riferimento alle previsioni codicistiche è duplice.

In primis, ex art. 3, comma 2, d.lgs. n. 14/2019 (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza), si prevede la necessaria istituzione, da parte dell'imprenditore collettivo, di «un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative».

Risulta opportuno riferirsi anche all'art. 2086, comma 2, c.c., ove emerge con maggior chiarezza ed *expressis verbis* come il legame funzionale appena tratteggiato non abbia natura esclusiva. Il disposto di tale comma, infatti, statuisce che «l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, *anche* in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale».

digitali, senza tralasciare i modelli di business basati in tutto o in parte sull'utilizzo delle medesime, nel rispetto delle plurime discipline di settore, da non ridursi a mere fonti di adempimenti formali, ma da valorizzare quali tasselli di un processo di responsabilità d'impresa che – oltre a guardare a profili di meta-sostenibilità – miri ad aumentare quella fiducia che, anche a livello eurounitario, viene riconosciuta quale fondamento di un sano sviluppo dell'economia digitale¹³.

In buona sostanza, cogliendo adeguatamente il contingente “momento opportuno”, il PNRR potrebbe costituire un vero e proprio volano per una effettiva crescita della consapevolezza a livello informatico-giuridico, anche nell'ambito societario, stimolando altresì l'organo gestorio ad un corretto approccio nei confronti delle sfide, sempre più attuali, che legano il digitale a quanto pertiene all'adeguatezza degli assetti societari.

4. Conclusioni. Le brevi note sinora proposte evidenziano come, nel contesto della *digital governance*, la consapevolezza possa e debba essere considerata l'ideale *pendant* della complessità.

La carenza, o la sussistenza solamente parziale, di un'adeguata “cultura” gestoria in relazione agli assetti digitali, di per sé, potrebbe condurre alla costruzione di “cattedrali nel deserto” e, quindi, all'adozione di soluzioni digitali avanzate, ma non adeguatamente sfruttate o, comunque, non correttamente inserite nello specifico contesto societario.

Tali lacune potrebbero essere colmate mediante l'incorporazione, anche nel contesto societario, di professionalità dotate di competenze marcatamente informatico-giuridiche.

Se è vero, infatti, che nel PNRR viene talora evidenziata *expressis verbis* la rilevanza di generiche competenze informatiche, nel contesto delle medesime non possono non trovare spazio quelle più specifiche, afferenti all'ambito informatico-giuridico, considerando anche quanto sancito ex art. 8, d.lgs. 7 marzo

¹³ A titolo esemplificativo, si noti come il considerando n. 7 del GDPR evidenzia, tra l'altro, come la rapidità dell'evoluzione tecnologica, indissolubilmente legata all'ambito informatico, richieda «un quadro più solido e coerente in materia di protezione dei dati nell'Unione, affiancato da efficaci misure di attuazione, data l'importanza di creare il clima di fiducia che consentirà lo sviluppo dell'economia digitale in tutto il mercato interno».

2005 n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale) con riguardo alla alfabetizzazione informatica dei cittadini, peraltro non del tutto aliena all'ambito societario¹⁴ (cfr. COLANGELO 2023, pp. 112-113).

In argomento, ulteriori spunti possono essere tratti anche da un'attenta lettura dei Principi di *Corporate Governance* G20/OCSE, tempestivamente pubblicati nel mese di settembre 2023 in esito all'approvazione avvenuta in seno al G20¹⁵.

Nello specifico, tra gli elementi fondamentali finalizzati a strutturare una buona ed efficiente *corporate governance* – peraltro con significativi legami alla fiducia del mercato ed alla crescita sostenibile – non mancano riferimenti all'ambito informatico.

In particolare, per quanto maggiormente interessa in questa sede, essi concernono la gestione dei rischi specifici afferenti a tale settore, con particolare riguardo anche a quelli direttamente relativi ai dati personali, anche nel contesto dello svolgimento telematico delle assemblee societarie.

Decisamente più interessante, tuttavia, risulta essere il paragrafo V.E.2.¹⁶, in cui si riscontra un auspicio, non vincolante, in merito alla costituzione di gruppi di esperti, secondo criteri di flessibilità e proporzionalità da rapportarsi alle esigenze contingenti, a supporto degli amministratori.

Tra i casi di studio sinteticamente riportati a titolo esemplificativo, non vi sono solamente i *sustainability committees* – competenti su aspetti afferenti alla sola sostenibilità ambientale – ma anche i gruppi di esperti in grado di prestare

¹⁴ Nello specifico, tale articolo prevede che un predefinito novero di soggetti pubblici e privati, tra cui emergono non solo i gestori di servizi pubblici, ma anche «le società quotate, in relazione ai servizi di pubblico interesse» e le società a controllo pubblico, sia tenuto a promuovere «iniziative volte a favorire la diffusione della cultura digitale tra i cittadini con particolare riguardo ai minori e alle categorie a rischio di esclusione, anche al fine di favorire lo sviluppo di competenze di informatica giuridica e l'utilizzo dei servizi digitali delle pubbliche amministrazioni con azioni specifiche e concrete, avvalendosi di un insieme di mezzi diversi fra i quali il servizio radiotelevisivo».

¹⁵ Il testo integrale è consultabile, per immediatezza, all'URL: <https://doi.org/10.1787/ed750b30-en>.

¹⁶ *Ibidem*, p. 41.

consulenza in ordine alla corretta gestione dei profili di *cybersecurity*, così come della transizione digitale della società¹⁷.

Proprio tali riscontri contribuiscono a sottolineare, seppur indirettamente, come un adeguato *background* informatico-giuridico, anche e soprattutto massimizzando i contingenti stimoli del PNRR, possa agevolare la lettura e la comprensione di questi rinnovati principi e delle esigenze ad essi sottese.

Ciò potrà favorire, nell'attuale contesto, una proficua ed effettiva transizione digitale della *corporate governance*, mediante una efficace predisposizione degli assetti digitali ed un corretto approccio ai temi ed alle dinamiche intrinseche della *Corporate Digital Responsibility*, la quale meriterebbe di essere adeguatamente ed approfonditamente indagata, anche al di fuori dell'ambito della responsabilità sociale d'impresa, ad ulteriore beneficio dell'organo gestorio.

Bibliografia

- ABRIANI N. - SCHNEIDER G., *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech alla Corptech*, Il Mulino, Bologna, 2021
- BALLUCHI F. - FURLOTTI K. (a cura di), *La responsabilità sociale delle imprese. Un percorso verso lo sviluppo sostenibile. Profili di governance e accountability*, Giappichelli, Torino, 2022
- BIANCHINI M. - GASPARRI G. - RESTA G. - TROVATORE G. - ZOPPINI A. (a cura di), *Gli sviluppi tecnologici del diritto societario*, Quaderni giuridici CONSOB, 23, 2022
- BORRUSO R. - RUSSO S. - TIBERI C., *L'informatica per il giurista. Dal bit a Internet*, Giuffrè, Milano, 2009
- BRUNO B., *Artt. 38-43*, in *Commento al decreto PNRR 2021* a cura di Bruno Brunella e Marco Mariani, Key, Milano, 2022
- BRUNO S., *Cambiamento climatico e organizzazione delle società di capitali a seguito del nuovo testo dell'art. 2086 c.c.*, in *Banca, Impresa, Società*, 2020, 1
- CALVOSA L., *La governance delle società quotate italiane nella transizione verso la sostenibilità e la digitalizzazione*, in *Riv. società*, 2022, 2/3
- CARDONI A., *Strategie di revisione, sistemi informativi e tecnologie digitali per la creazione del valore sostenibile: l'«approccio integrato di governo aziendale» nei modelli anticorruzione*, in *Sistemi informativi e revisione aziendale. Scritti in onore di Luciano Marchi* a cura di Daniela Mancini - Giuseppe D'Onza - Carlo Caserio, Giappichelli, Torino, 2021,
- CERRATO S.A., *Appunti per una «via italiana» all'ESG. L'impresa «costituzionalmente solidale» (anche alla luce dei «nuovi» artt. 9 e 41, comma 3, Cost.)*, in *Analisi giur. economia*, 2022, 1
- COLANGELO R.M., *Informatica giuridica e impresa: nuove prospettive di Corporate Digital Responsibility*, in *Riv. elettronica dir., economia, management*, 2023, 2
- COSSU M., *Tassonomia finanziaria e normativa dei prodotti finanziari sostenibili e governo societario*, in *Banca, impresa, società*, 2022, 3

¹⁷ *Ibidem*, p. 41. Si riporta di seguito il riferimento pertinente, così come contenuto nei Principi di *Corporate Governance*: «Some boards have also established a committee to advise on the management of digital security risks as well as on the company's digital transformation».

- DÖRR S., *Corporate Digital Responsibility. Managing Corporate Responsibility and Sustainability in the Digital Age*, Springer, Berlin, 2021
- LOBSCHAT L. - MUELLER B. - EGGERSD F. - BRANDIMARTE L. - DIEFENBACH S. - KROSCHKE M. - WIRTZ J., *Corporate Digital Responsibility*, in *Journal of Business Research*, 2021, 122
- MATRICANO D., *Fare impresa nell'era digitale. Analisi teoriche e riflessioni critiche su un processo business-driven e technology-enabled*, Giappichelli, Torino, 2020
- MUCCIARELLI F.M., *Perseguire un diritto societario "sostenibile": un obiettivo sincero?*, in AA.VV., *Governance e mercati. Studi in onore di Paolo Montalenti*, Giappichelli, Torino, 2022
- OECD, *G20/OECD Principles of Corporate Governance 2023*, OECD Publishing, Paris, 2023
- PASCUCCI F., *Lo stato della "trasformazione digitale" nelle PMI italiane e sfide emergenti*, in *Trasformazione digitale e sviluppo delle PMI. Approcci strategici e strumenti operativi* a cura di Valerio Temperini - Federica Pascucci, Giappichelli, Torino, 2017
- PERRI P. *Sostenibilità e digitale*, in *Comunicazione, marketing e sostenibilità ambientale*, a cura di Massimo Tavella, Giappichelli, Torino, 2022
- PIANTA M., *La politica industriale al tempo del PNRR*, in *il Mulino*, 2021, 2
- RIOLFO G., *La "visione" europea di impresa "sostenibile": mito o realtà?*, in *Contratto e impresa Europa*, 2021, 3
- SCHNEIDER G., *Intelligenza artificiale, governance societaria e responsabilità sociale d'impresa: rischi e opportunità. Prima parte*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2022, 3,
- STELLA RICHTER M. JR., *Long-Termism*, in *Riv. società*, 2021, 1



Modelli 231 e prevenzione antimafia
di **VITTORIA DROSI**

SOMMARIO: **1.** PREMESSA. – **2.** LE MISURE DI PREVENZIONE PATRIMONIALI DIVERSE DALLA CONFISCA. – **2.1** IL CAPO V DEL CODICE ANTIMAFIA: L'AMMINISTRAZIONE GIUDIZIARIA E IL CONTROLLO GIUDIZIARIO (ARTT. 34 E 34-BIS). – **2.2.** IL RUOLO DEL MODELLO 231 NELL'AMMINISTRAZIONE E CONTROLLO GIUDIZIARIO. – **3.** IL SISTEMA DELLE DOCUMENTAZIONI ANTIMAFIA. – **3.1.** LE COMUNICAZIONI E LE INFORMAZIONI ANTIMAFIA. – **3.2.** IL MODELLO 231 NELLA "PREVENZIONE" AMMINISTRATIVA: LA NUOVA MISURA DELLA PREVENZIONE DELLA COLLABORATIVA. – **4.** I MODELLI 231 NELLA PREVENZIONE ANTIMAFIA, GIURISDIZIONALE E AMMINISTRATIVA. – **5.** I MODELLI 231: IL *TRAIT D'UNION* TRA PREVENZIONE E SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI.

Abstract

The aim of the research is to understand whether and to what extent the Italian legal system currently provides adequate provisions for the implementation of prevention and the restoration of legality in the corporate sphere. These, if properly applied, should enable the company to turn a negative event (such as mafia infiltration in its various forms) into an opportunity for improvement.

Specifically, an attempt will be made to assess the ability of mechanisms such as the judicial administration (art. 34 of the Anti-Mafia Code - Legislative Decree no. 159/2011), judicial control (art. 34-bis), voluntary judicial control (paragraph 6, art. 34-bis), preventive cooperation (art. 94-bis) and the compliance programs under Legislative Decree no. 231/2001, adopted ex post facto, to put the company back on the right path of legality.

1. Premessa. L'esigenza di contrasto ad alcune forme di criminalità economica, organizzata e non, han portato il Legislatore, nel tempo, a far ricorso a strumenti ablativi, quali il sequestro e la confisca di prevenzione. Negli ultimi tempi, invece, pur senza abbandonare del tutto l'approccio ablatorio, il Legislatore ha inserito, nel *corpus* delle misure di prevenzione, anche una serie di istituti "sussidiari" di carattere "terapeutico" finalizzati ad una "bonifica" dell'attività imprenditoriale quando si ha il sospetto che possa essere "pericolosa". Scopo del presente lavoro è quello di individuare punti di contatto, interferenze e analogie eventualmente esistenti tra, da un lato, il sistema delle misure di prevenzione patrimoniali e delle documentazioni antimafia, e, dall'altro, il sistema della responsabilità da reato delle persone giuridiche. Più in dettaglio, si cercherà di mettere in evidenza la capacità della *compliance* aziendale di permettere ad una azienda, *già* colpita da una misura di prevenzione

giurisdizionale o da una interdittiva antimafia, di liberarsi della stessa (eventualmente anche anticipatamente), ed evitare l'applicazione di misure più severe. L'uso intelligente di un paradigma terapeutico rispetto alle aziende sospette di essere "contaminate", a scapito di quello meramente ablatorio, sembra rispondere adeguatamente anche un mutamento che caratterizza la realtà contemporanea dei rapporti tra imprese e organizzazioni criminali: istituti quali il sequestro e la confisca, ad oggi, potrebbero rivelarsi sempre meno adeguati, perché opportuni solo rispetto ad una realtà già "irreversibilmente e strutturalmente illecita e/o mafiosa perché sostenuta solo con denaro di illecita provenienza o in un contesto criminale"¹.

2. Le misure di prevenzione patrimoniali diverse dalla confisca. 2.1. Il Capo V del Codice Antimafia: l'amministrazione giudiziaria e il controllo giudiziario (artt. 34 e 34-bis). Il sistema normativo italiano conosce, ad oggi², misure di prevenzione di carattere giurisdizionale riguardanti attività economiche, sia istituti applicati dall'Autorità Amministrativa (il Prefetto). Entrambe le categorie sono previste e disciplinate nel Codice Antimafia, cioè nel Decreto Legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (di seguito, CAM)³.

¹ F. MENDITTO, *La nuova frontiera della bonifica delle aziende coinvolte in contesti illeciti: l'amministrazione giudiziaria (art. 34 d.lgs. n. 159/2011)*, in *Questione Giustizia*, 24 giugno 2020.

² Per un'accurata indagine storica delle misure di prevenzione, cfr. E. STANIG, *L'evoluzione storica delle misure di prevenzione*, in F. FIORENTIN (a cura di), *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 3 ss.

³ Tuttavia, a dispetto del nome, il CAM non è dedicato -esclusivamente- agli istituti di contrasto e lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso, ma in generale prevede e disciplina la maggior parte degli istituti rientranti nella categoria delle misure di prevenzione, sia di carattere personale che patrimoniale. Per un approfondimento delle misure di prevenzione che hanno una collocazione extra codicistica cfr. F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca allargata (art. 240-bis c.p.) - Volume I. aspetti sostanziali e processuali*, Capitolo IX, *Le misure di prevenzione previste dalle leggi speciali*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 436-485.

Il Libro I, dedicato a «*Le misure di prevenzione*» contiene al suo interno il Titolo I⁴ dedicato a «*Le misure di prevenzione personali*»⁵, e il Titolo II dedicato a «*Le misure di prevenzione patrimoniali*». Per quanto di interesse ai nostri fini, il Titolo II del Libro I del CAM è dedicato a «*Le misure di prevenzione patrimoniali*», e prevede, all'interno del Capo I intitolato «*Il procedimento applicativo*», l'istituto del sequestro (art. 20), della confisca di prevenzione (art. 24)⁶. Un ulteriore intero Capo, cioè il V, è invece dedicato a «*Le misure di prevenzione patrimoniali diverse dalla confisca*». All'interno di quest'ultimo sono previsti degli istituti che rappresentano sostanzialmente un *unicum* sul piano comparatistico, quali l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende (art. 34) e il controllo giudiziario delle aziende (art. 34-bis), sia nella forma d'ufficio (comma I), che nella forma "volontaria" (comma VI).

L'istituto dell'amministrazione giudiziaria⁷ di cui all'art. 34 CAM è applicabile in caso di agevolazione strutturale⁸. Si tratta di uno strumento abbastanza invasivo in quanto comporta una sorta di "espropriazione" dell'azienda, che verrà momentaneamente affidata ad un amministratore

⁴ I Capi I e II del Titolo I sono dedicati, rispettivamente, a «*Le misure personali applicate dal Questore*» (quindi l'Autorità Amministrativa) e a «*Le misure personali applicate dall'Autorità Giudiziaria*», cioè il Tribunale.

⁵ In questo contributo non verrà approfondito il tema delle misure di prevenzione personali. Per un'analisi completa di questi istituti v. F. CONSULICH, *Le misure di prevenzione personali tra Costituzione e Convenzione*, in E. MEZZETTI E L. L. DONATI (a cura di), *La legislazione antimafia*, Zanichelli, Bologna, 2020.

⁶ Si richiede l'accertamento di requisiti di carattere soggettivo, quali la pericolosità sociale, anche eventualmente riferita al passato (art. 6 e art. 18 CAM), e oggettivo quali la titolarità o disponibilità dei beni, il carattere sproporzionato del valore dei beni rispetto al reddito o all'attività economica o l'origine illecita dei beni, la mancata giustificazione dell'origine lecita da parte del prevenuto, la correlazione temporale tra l'acquisto dei beni e la pericolosità sociale. Per un approfondimento della tematica v. il recente contributo di A. M. MAUGERI, *La nozione di profitto confiscabile e la natura della confisca: due inestricabili e sempre irrisolte questioni*, in *Legislazione penale*, 17/01/2023, p. 84 e ss.

⁷ Si tratta di un istituto già presente nel nostro ordinamento prima del 2011, cfr. art. 3-quater Legge n. 575/1965 (cd. Legge Antimafia).

⁸ Si applica quando «[...] sussistono sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle di carattere imprenditoriale, sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'articolo 416-bis del Codice penale.»

giudiziario⁹. Questo strumento può essere utilizzato anche ed indipendentemente dall'essere l'impresa sottoposta ad intimidazione o assoggettamento. Nello specifico, anche nei casi in cui l'azienda faciliti le attività di persone rispetto alle quali siano state proposte o applicate le misure di prevenzione indicate dalla disposizione, o di persone sottoposte a procedimenti penali per reati gravi elencati nell'art. 34 stesso¹⁰. L'imprenditore (cioè, colui che svolge l'attività di facilitazione) deve essere un "terzo" rispetto alla persona agevolata, e i suoi beni devono essere effettivamente nella sua disponibilità. Se l'imprenditore fosse, invece, un mero "prestanome" per la parte agevolata, infatti, i beni (solo apparentemente suoi) potrebbero essere immediatamente ablati con gli strumenti del sequestro e della successiva confisca di prevenzione, i quali possono interessare tutti i beni di cui il soggetto (proposto o sotto processo) può disporre direttamente o indirettamente (attraverso intestazioni fittizie).

Nel caso in cui l'agevolazione sia solo occasionale, il giudice può applicare anche d'ufficio¹¹ il controllo giudiziario¹², misura meno invasiva che permette semplicemente di monitorare l'azienda, senza che sia prevista alcuna «*ingerenza diretta nella gestione aziendale*»¹³. Esistono in particolare due varianti, che si distinguono a seconda della severità degli oneri imposti all'impresa che ne risulta colpita. La forma più blanda è prevista dal comma II lettera a) e impone una serie di obblighi informativi¹⁴. La seconda forma più invasiva è prevista dalla lettera b)

⁹ Cfr. 34, comma III, CAM.

¹⁰ In particolare, i reati di cui all'art. 4, lettere b) e i-bis, CAM; 603-bis, 629, 644, 648-bis e 648-ter del Codice penale.

¹¹ La locuzione "anche d'ufficio", in virtù del richiamo del primo comma dell'art. 34-bis all'art. 34 CAM, sembrerebbe far credere che la misura possa disporsi anche su richiesta dei titolari della proposta di prevenzione indicati all'art. 17 CAM.

¹² T. ALESCI, *I presupposti ed i limiti del nuovo controllo giudiziario nel codice antimafia*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2018, 7, p. 1521.

¹³ G. TONA – C. VISCONTI, *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione: percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del codice antimafia*, in *Legislazione penale*, 14 febbraio 2018, par. 5.2, pp. 33 e ss.

¹⁴ Quali: « [...] l'obbligo di comunicare al questore e al nucleo di polizia tributaria del luogo di dimora abituale, ovvero del luogo in cui si trovano i beni se si tratta di residenti all'estero, ovvero della sede legale se si tratta di un'impresa, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti e gli altri atti o contratti indicati dal tribunale, di valore non inferiore a euro 7.000 o del valore superiore stabilito dal tribunale in relazione al reddito della persona o

del medesimo comma II, e prevede che il Tribunale possa «*nominare un giudice delegato e un amministratore giudiziario, il quale riferisce periodicamente, almeno bimestralmente, gli esiti dell'attività di controllo al giudice delegato e al pubblico ministero*». L'amministratore giudiziario è impropriamente definito tale, considerato che in base a tale istituto non si verifica alcuno spossessamento gestorio; si tratta, quindi, piuttosto, di una sorta di *tutor* giudiziario¹⁵. Inoltre, ai sensi del III comma, tramite il provvedimento di cui alla lettera b) del comma II (cioè la forma più invasiva), il Tribunale stabilisce i compiti dell'amministratore giudiziario finalizzati alle attività di controllo, e può imporre una serie di obblighi ulteriori, tra i quali¹⁶: «[...] d) *di adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24-ter del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, e successive modificazioni; e) di assumere qualsiasi altra iniziativa finalizzata a prevenire specificamente il rischio di tentativi di infiltrazione o condizionamento mafiosi* »¹⁷.

Alla seconda forma più invasiva rimanda il comma VI, dedicato al controllo giudiziario "volontario" o "su istanza di parte", che permette alle aziende già destinatarie di informazione antimafia interdittiva, e che abbiano già proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del Prefetto al Tribunale Amministrativo Regionale, di sospendere i nefasti effetti dell'interdittiva antimafia,

al patrimonio e al volume d'affari dell'impresa Tali obbligo deve essere assolto entro dieci giorni dal compimento dell'atto e comunque entro il 31 gennaio di ogni anno per gli atti posti in essere nell'anno precedente».

¹⁵ Cfr. A. M. MAUGERI, *Prevenire il condizionamento criminale dell'economia: dal modello ablatorio al controllo terapeutico delle aziende*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo*, 1/2022, p. 134; D. ALBANESE, *Alle sezioni unite una questione in tema di "controllo giudiziario delle aziende" ex art. 34-bis d.lgs. 159/2011: appello, ricorso per cassazione o nessun mezzo di impugnazione?* (nota a Cass., Sez. VI, ord. 15 maggio 2019 (dep. 3 giugno 2019), n. 24661, Pres. Fidelbo, Rel. Costanzo), in *Sistema penale*, par. 2, 13 giugno 2019; C. VISCONTI, *Approvate in prima lettura dalla Camera importanti modifiche al procedimento di prevenzione patrimoniale*, in *Sistema penale*, 23 novembre 2015.

¹⁶ Gli altri obblighi che possono essere imposti sono: a) di non cambiare la sede, la denominazione e la ragione sociale, l'oggetto sociale e la composizione degli organi di amministrazione, direzione e vigilanza e di non compiere fusioni o altre trasformazioni, senza l'autorizzazione da parte del giudice delegato; b) di adempiere ai doveri informativi; c) di informare preventivamente l'amministratore giudiziario circa eventuali forme di finanziamento della società da parte dei soci o di terzi.

¹⁷ Sugli obblighi di cui ai punti d) ed e) si concentrerà la nostra attenzione nel presente lavoro.

consegnandosi spontaneamente al controllo di un giudice delegato e un amministratore giudiziario nominati dal Tribunale¹⁸.

2.2. Il ruolo del modello 231 nell'amministrazione e controllo giudiziario. Le ulteriori situazioni che legittimano l'applicazione dell'amministrazione giudiziaria (oltre i casi di agevolazione strutturale) la rendono uno strumento con ampia portata applicativa, tanto da poterlo ritenere complementare al sistema della responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche disciplinata in Italia nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (di seguito, Decreto 231), e non più uno strumento usato esclusivamente nella lotta e contrasto contro la criminalità organizzata di stampo mafioso¹⁹. La vicinanza ad interessi criminali (lo si ripeta, mafiosi e non) in termini di facilitazione può costituire presupposto di applicazione dell'istituto, non necessariamente quando l'imprenditore abbia piena consapevolezza del rapporto di agevolazione o lo abbia volontariamente permesso, ma nel caso in cui oggettivamente l'attività, in virtù del condizionamento criminale, finisca per agevolare interessi criminali e quindi in situazioni in cui si riscontri, a prescindere da considerazioni inerenti al

¹⁸ Il Comma VI dell'art. 34-bis CAM prevede che il Tribunale di prevenzione accolga l'istanza «*ove ne ricorrano i presupposti*», ma, da un lato, senza delineare i limiti al potere di cognizione del Tribunale, e, dall'altro, senza dare indicazioni su quali siano gli aspetti da valutare per ammettere, o meno, l'ente al controllo giudiziario volontario. Le Sezioni Unite del 2019 (n. 46898) avevano ritenuto che il Tribunale ordinario dovesse verificare sì la presenza del requisito dell'agevolazione soltanto occasionale, ma valorizzando l'ulteriore verifica inerente alla "prognosi di bonificabilità" dell'impresa. Ciò ha permesso alla giurisprudenza successiva di valorizzare questo secondo aspetto, non curandosi, invece dell'indagine retrospettiva (cfr. Sez. VI, n. 30168/2021; Sez. II, n. 9122/2021; Sez. VI, n. 27704/2021; e da ultimo, Sez. II, n. 1132/2023). Recentemente, invece, la Cassazione (Sez. I, 11 aprile 2023 (ud. 23 novembre 2022), n. 15156) ha ritenuto che il Tribunale di prevenzione disponga in realtà di pieni poteri di cognizione, tanto da poter giungere, persino, a conclusioni radicalmente diverse da quelle fatte proprie dall'autorità prefettizia. Ampi riferimenti al riguardo in E. BIRRITTERI, *Accertamento dell'infiltrazione criminale dell'ente e controllo giudiziario volontario*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 7, 2023, p. 1647. La tesi secondo cui la verifica dell'occasionalità dovesse essere intesa quale giudizio prognostico circa l'emendabilità, è stata sostenuta in dottrina, da C. VISCONTI, *Il controllo giudiziario "volontario": una moderna "messa alla prova" aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose*, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 settembre 2019.

¹⁹ Cfr. M. VULCANO, *La nuova frontiera della compliance 231: da strumento preventivo della responsabilità da reato a strumento correttivo nelle misure di prevenzione antimafia*, in *Rivista231*, n. 3/2023.

proprietario dell'attività economica, un bisogno di risanamento. D'altronde, l'art. 34 CAM valorizza esclusivamente l'elemento dell'oggettiva agevolazione, null'altro. Ad ogni modo, in diversi casi il condizionamento criminale subito sarà frutto di un difetto organizzativo²⁰, dell'assenza di controlli preventivi che hanno consentito l'infiltrazione criminale; da qui emerge la familiarità con la normativa in materia di responsabilità penale delle imprese, che prevede, tra gli altri presupposti, la cosiddetta "colpa organizzativa", intesa come *deficit* di organizzazione²¹.

Al di là dell'aspetto della colpa intesa come *deficit* di organizzazione quale possibile elemento comune del sistema del Decreto 231 e delle misure di prevenzione, è interessante il fatto che, nonostante l'art. 34 CAM non faccia esplicito riferimento in tal senso, l'adozione del modello 231 può certamente rientrare negli atti realizzabili da parte dell'amministratore giudiziario. Tra l'altro, a volte è stato il Tribunale stesso a prescrivere all'impresa dei «*presidi occorrenti per scongiurare in futuro comportamenti aziendali analoghi a quello censurato*»²², e vi sono stati casi²³ nei quali la misura dell'amministrazione giudiziaria è stata revocata anticipatamente proprio grazie all'adozione del modello. Nello specifico, il comma III dell'art. 34 CAM prevede che

²⁰ Sul tema recentemente, cfr. Tribunale di Milano, sezione autonoma misure di prevenzione, decreto 15 gennaio 2024, Presidente dott. Fabio Roia, Relatore dott.ssa Giulia Cucciniello, disponibile al link <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2024/01/trib-milano-prevenzione.pdf>.

²¹ C. SANTORIELLO, *Responsabilità da reato degli enti: problemi e prassi*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 4. Per una ricostruzione del dibattito v. E. BIRITTERI, *I nuovi strumenti di bonifica aziendale nel codice antimafia: amministrazione e controllo giudiziario delle aziende*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, n. 3-4, 2019, p. 837. Per considerazioni critiche, in una fase storica precedente a quella delle ultime riforme, v. A. MANGIONE, *La contiguità alla mafia fra "prevenzione" e "repressione", tecniche normative e categorie dogmatiche*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1996, p. 710 ss.

²² Cfr. Trib. Milano, decr. 24 giugno 2016, con nota di C. VISCONTI, *Ancora una decisione innovativa del Tribunale di Milano sulla prevenzione antimafia nelle attività imprenditoriali*, in *Penale contemporaneo*, 11 luglio 2016.

²³ Sul caso della multinazionale TNT (Sezione Misure di prevenzione del Tribunale di Milano - decreto di revoca del 23 settembre 2011) ampiamente C. VISCONTI, *Contro le mafie non solo confisca ma anche "bonifiche" giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese (working paper)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 gennaio 2012; nonché P. PIGNATONE, *mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4/2015, p. 262, nota n. 6; F. BRIZZI – F. MASTRO, *Possibili protocolli preventivi dei reati associativi a seguito di un evento sentinella*, in *Rivista231*, giugno 2021.

l'amministratore giudiziario «*esercita tutte le facoltà spettanti ai titolari dei diritti sui beni e sulle aziende oggetto della misura*». Ciò significa che gli è permesso, tra le altre cose, di dotare l'ente degli strumenti di *compliance* volti a contrastare un successivo tentativo di sottoposizione alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento, o comunque agevolare l'attività di persone pericolose²⁴.

Il caso più celebre è stato certamente quello che ha interessato tra il 2020²⁵ e 2021²⁶ una nota azienda di *food delivery*, Uber Italy S.r.l.²⁷. In quell'occasione, la misura veniva disposta in quanto l'azienda, con le sue attività economiche, aveva agevolato un soggetto indiziato di aver commesso attività ascrivibili a condotte delittuose di cui all'art. 603-bis c.p., cioè intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro²⁸. Ciò permette di riflettere sul ruolo - ai fini della revoca anticipata della misura - dell'adozione ed efficace attuazione di un Modello 231 nell'ambito del programma di risanamento aziendale prescritto dal Tribunale. Si legge nel provvedimento di revoca che società si è attivata nell'adozione e attuazione del modello, ma anche nella mappatura dei rapporti infragruppo, soprattutto con Uber Eats s.r.l. Ai fini della revoca anticipata, il Tribunale ha valorizzato che l'amministratore giudiziario avesse svolto un'attenta mappatura delle attività sensibili, individuandone ben 20, e proceduto ad una puntuale adozione dei relativi protocolli di prevenzione. Tra questi, anche quello inerente al rapporto con i corrieri, nel quale è stato previsto l'obbligo di copertura assicurativa, nonché il divieto di rapporti con soggetti terzi intermediari per

²⁴ Cioè, i soggetti nei confronti dei quali è stata proposta o applicata una misura preventiva e/o contro i quali è pendente un procedimento penale per un reato grave individuato dallo stesso art. 34 CAM.

²⁵ Disponibile al link: https://www.hub231.it/wp-content/uploads/2021/05/tribunale-mi-uber-34-anonim_compressed.pdf

²⁶ Disponibile al link: <https://www.hub231.it/wp-content/uploads/2021/05/UBER-34-REVOCA-MISURA-omiss.pdf>

²⁷ Sul caso Uber, A. MERLO, *Sfruttamento dei riders: amministrazione giudiziaria ad Uber per contrastare il "caporalato digitale"*, in *Sistema penale*, 2 giugno 2020; A. GALLUCCIO, *Misure di prevenzione e "caporalato digitale": una prima lettura del caso Uber Eats*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2/2021, pp. 105 ss.; M. VULCANO, *La Compliance 231 nelle società sottoposte a misure di prevenzione patrimoniali: il Caso Uber*, in *Rivista231*, 2, 2022, p. 47 ss.; F. VITARELLI, *Lo sfruttamento del lavoro dei "riders" tra prevenzione e repressione*, *Le società* 1/2023 p. 83.

²⁸ La l. 161/2017, di riforma del Codice antimafia, ha inserito il delitto di cui all'art. 603 bis c.p., nell'elenco dei reati sui quali si può fondare l'applicazione dell'amministrazione giudiziaria ex art. 34 CAM.

l'identificazione e/o il reclutamento dei Corrieri e/o la gestione dei rapporti con gli stessi, cioè le società intermediarie (cd. *Fleet Partner*).

La scelta del Tribunale di Milano si è dimostrata essere adeguata e proporzionata²⁹ nel bilanciamento degli interessi in gioco, tra i quali anche il mantenimento del livello occupazionale. Nella fase iniziale si è evitato di fare ricorso a misure più invasive, facendo ricorso ad una misura finalizzata, non ad uno spossessamento, ma ad un affiancamento finalizzato alla bonifica. L'azienda sembra essere riuscita, quindi, a sfruttare a proprio vantaggio l'intervento del Tribunale, rendendolo una opportunità³⁰.

Contrariamente, in riferimento alla ipotesi di agevolazione solo occasionale, lo stesso Legislatore del 2017³¹ ha operato *espressamente* un raccordo con il sistema della responsabilità penale degli enti e i cd. modelli organizzativi 231. Il Legislatore ha, infatti, opportunamente ritenuto che le competenze sviluppate nell'ambito *compliance* dovrebbero essere valorizzate anche in caso di applicazione di misure di prevenzione patrimoniali applicate dal giudice (e, come si vedrà più avanti, anche nel caso di provvedimenti adottati dal Prefetto). Nel caso del controllo giudiziario è possibile imporre all'azienda di attivarsi nell'adozione ed implementazione del modello 231, che diviene quindi uno strumento di contrasto all'infiltrazione in corso e al contempo di prevenzione,

²⁹ Interessante notare che in quel caso, nonostante la misura fosse quella dell'amministrazione giudiziaria, di fatto non si è realizzato un effettivo spossessamento, ma affiancamento, come accadrebbe nel caso del controllo giudiziario ex art. 34-bis. Nel caso Uber il controllo giudiziario ex art. 34-bis non avrebbe potuto essere applicato, sia perché mancava il requisito della "occasionalità", ma soprattutto perché il 603-bis c.p. non rientra (ad oggi) nell'ambito applicativo del controllo giudiziario. Cfr. sul punto A.M. MAUGERI, *Prevenire il condizionamento criminale dell'economia: dal modello ablatorio al controllo terapeutico delle aziende*, cit., p. 131.

³⁰ Cfr. M. VULCANO, *la prevenzione mite: amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario ex artt. 34 e 34 bis del codice antimafia*, in *Rivista di studi e ricerche sulla Criminalità organizzata*, n. 3/2021, pp. 31.

³¹ L'art. 34-bis CAM è stato inserito nel novero delle misure di prevenzione patrimoniali diverse dalla confisca ad opera dell'art. 11 della L. 161/2017, intitolata «*Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al Codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate*».

mediante la virtuosa organizzazione, di nuovi condizionamenti criminali³². Si è rilevato, poi, che nell'ambito del controllo giudiziario, si dovrebbero svolgere le stesse valutazioni di idoneità ed efficacie attuazione che si svolgono nell'ambito della disciplina del Decreto 231 rispetto ad un modello adottato *ex post* al fine di ottenere un miglior trattamento sanzionatorio³³. In entrambi i casi, il Modello 231 dovrà sì tenere in debito conto la rilevata situazione di agevolazione³⁴, ma dovrà comunque essere predisposto anche in chiave prospettica³⁵, al fine di dotare l'ente delle procedure operative e delle regole di prevenzioni funzionali a prevenire altre infiltrazioni e illeciti penali, nell'ottica generale propria del *compliance program*.

In conclusione, in entrambi gli istituti vi è un collegamento con il sistema dei modelli organizzativi del Decreto 231. Nel caso dell'amministrazione giudiziaria, si potrebbe ritenere che il rinvio sia implicito, da un lato, grazie alla clausola che permette al Tribunale, in caso di revoca del provvedimento, di applicare contestualmente il controllo giudiziario (come se quest'ultimo fosse un modo per proseguire l'opera avviata con il primo)³⁶; e, dall'altro, in virtù della

³² Trib. Milano, sez. misure di prevenzione, 15 aprile 2011, *Tecnis*, n. 48, inedito; cfr. F. BALATO, *La nuova fisionomia delle misure di prevenzione patrimoniali: il controllo giudiziario delle aziende e delle attività economiche di cui all'art. 34-bis codice antimafia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3/2019, p. 70. In giurisprudenza cfr. Tribunale Santa Maria Capua Vetere, 14 febbraio 2018, con nota di T. ALESCI, *I presupposti ed i limiti del nuovo controllo giudiziario nel codice antimafia*, in *Giurisprudenza italiana*, 6/2018, pp. 1518 – 1525.

³³ Le condizioni di cui all'art.12 consentono la riduzione delle sanzioni pecuniarie. Ai sensi dell'articolo 45 è consentita la non applicazione di misure cautelari (interdittive), e ai sensi degli artt. 49 e 50 è consentita, rispettivamente, la loro sospensione e la revoca. L'articolo 17 consente la non applicazione di sanzioni interdittive. Quest'ultima disposizione va letta in combinato disposto con l'art. 65 e 78 che individuano, rispettivamente, il termine per provvedere alla riparazione, e la possibilità di conversione delle sanzioni interdittive in pecuniarie.

Per un approfondimento sulle sanzioni nel sistema del Decreto 231, v. V. MONGILLO, M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio* (Capitolo V), in *Responsabilità da reato degli enti*, Volume I, G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), Giappichelli, Torino, 2020.

³⁴ S. PERINI, *La valutazione giudiziale del Modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2016, p. 879.

³⁵ Cfr. G. LOSAPPIO, *Mogc 231 e controllo giudiziario ex d.lgs. 159/2011*, in *Rivista231*, n.2/2023, p. 44-5.

³⁶ Sui rapporti tra amministrazione e controllo giudiziario cfr. L. PERONACI, *Dalla confisca al controllo giudiziario delle aziende: il nuovo volto delle politiche antimafia. I primi provvedimenti applicativi dell'art. 34-bis D.lgs. 159/2011*, in *Giurisprudenza penale web*, 8, 2018, p. 9.

natura e della *ratio* terapeutica dell'istituto, per cui il *compliance program* diviene un utile strumento di risanamento cui l'amministratore giudiziario ricorre.

3. Il sistema delle documentazioni antimafia. 3.1. Le comunicazioni e le informazioni antimafia. Come anticipato, il nostro sistema conosce anche forme di prevenzione ad iniziativa del Prefetto da applicare nel caso di tentativi di infiltrazione mafiosa. Si tratta di situazioni in parte simili a quelle che permettono al giudice di applicare le misure di prevenzioni patrimoniali giurisdizionali diverse dalla confisca, pur essendo qui il quadro probatorio necessario forse ancor più sfumato sotto molti profili.

Alla componente "amministrativa" della legislazione in materia di prevenzione antimafia³⁷ è dedicato il Libro II del CAM, intitolato «*Nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia*». Più nello specifico, il Capo II è dedicato genericamente alla «*Documentazione antimafia*»; mentre il Capo III e il Capo IV sono dedicati, rispettivamente, alle «*Comunicazioni antimafia*» e alle «*Informazioni antimafia*». Le comunicazioni sono dirette ad attestare la sussistenza, o meno, di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 CAM, dovute all'applicazione (con provvedimento definitivo) di una delle misure di prevenzione personali applicate dall'Autorità Giudiziaria. Le comunicazioni hanno contenuto vincolato perché il Prefetto deve solo verificare, consultando la banca dati nazionale unica (disciplinata dall'art. 96 CAM), se sussista, o meno, a carico del soggetto sottoposto a verifica, una delle suddette cause di decadenza, sospensione o divieto.

Le informazioni antimafia presentano, invece, un contenuto discrezionale (alcune più, ed altre meno)³⁸ in quanto dirette ad attestare la sussistenza (se

³⁷ Sarebbe scorretto riferirsi al Libro II del CAM quale libro contenente le misure di prevenzione amministrative, perché questa sono invero contenute anche esse nel libro I, Titolo I, Capo I, dedicato a «*Le misure di prevenzione personali applicate dal Questore*» di cui agli artt. 1-3 CAM.

³⁸ Cfr. G. AMARELLI, *Le interdittive antimafia "generiche" tra interpretazione tassativizzante e dubbi di incostituzionalità*, in G. AMARELLI – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 207 e ss.

interdittive), o meno (se liberatorie), di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa³⁹ tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate. Si tratta di una attestazione che giunge all'esito di una valutazione autonoma e caratterizzata da un ampio potere di apprezzamento discrezionale rimesso al Prefetto, e senza, quindi, alcun automatismo rispetto all' eventuale provvedimento giudiziario sugli stessi fatti. Qualora però, a seguito delle verifiche effettuate ai fini del rilascio della comunicazione, venga accertata la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, il Prefetto adotta invece un'informazione interdittiva, ma senza emettere la comunicazione richiesta. L'informazione interdittiva, quindi, "sostituisce" la comunicazione richiesta⁴⁰. L'interdittiva antimafia⁴¹ è, dunque, quel provvedimento che impedisce all'azienda di avere

Infatti, le ipotesi più problematiche sono quelle di cui alla lettera d) ed e) del comma IV dell'art. 84, ai sensi del quale «*Le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva di cui al comma 3 sono desunte: [...] d) dagli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ovvero di quelli di cui all'articolo 93 del presente decreto; e) dagli accertamenti da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del prefetto procedente ai sensi della lettera d) [...]».*

³⁹ La sentenza del Consiglio di Stato, II sezione, 3 maggio 2016, n. 1743, è nota per l'elencazione di una serie di principi ai quali deve riferirsi il Prefetto nel valutare gli elementi che possono fungere da "spia" per determinare, in concreto, il tentativo d'infiltrazione mafiosa. Per approfondimenti cfr. S. STICCHI DAMIANI, *Le interdittive tra lacune normative e discrezionalità amministrativa: il ruolo del giudice amministrativo nell'individuazione degli elementi indiziari*, in G. AMARELLI - S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2019; F. MAZZACUVA, *La natura giuridica delle misure interdittive antimafia*, nello stesso volume.

⁴⁰ Cfr. Art. 89-bis CAM, rubricato «*Accertamento di tentativi di infiltrazione mafiosa in esito alla richiesta di comunicazione antimafia*».

È stata sollevata questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 89-bis (e in via consequenziale dell'art. 92, commi III e IV) CAM, per violazione degli artt. 3 e 41 Cost. perché priverebbe un soggetto del diritto, sancito dall'art. 41 Cost., di esercitare l'iniziativa economica, ponendolo nella stessa situazione di colui che risulti destinatario di una misura di prevenzione personale applicata con provvedimento definitivo. La Corte costituzionale si è pronunciata con sentenza n. 57 del 26 marzo 2020 respingendo la questione.

⁴¹ Per un approfondimento cfr. *Legislazione Antimafia*, E. MEZZETTI – L. L. DONATI (a cura di), Zanichelli, Bologna, 2020; e *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, G. AMARELLI – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2019.

qualsiasi rapporto con la Pubblica Amministrazione⁴²; quindi, è una misura molto temuta perché può causare la chiusura dell'azienda specie per quelle che lavorano pressoché esclusivamente nel settore degli appalti/finanziamenti pubblici dal quale vengono estromesse⁴³; si è quindi spesso parlato non a caso di “ergastolo imprenditoriale”⁴⁴. Come anticipato, nel caso in cui l'impresa sia stata colpita dall'interdittiva, grazie alla disposizione di cui al comma VI dell'art. 34-bis CAM, è l'azienda stessa che può chiedere che le sia applicato il controllo giudiziario (appunto, “volontario” o “ad istanza di parte”) al fine di sospendere gli effetti dell'interdittiva, impegnandosi a predisporre una serie di interventi, tra i quali l'adozione del modello 231⁴⁵.

⁴² Una importantissima norma di raccordo tra i due volti (giurisdizionale e amministrativo) della prevenzione antimafia è l'art. 67 CAM dedicata agli «*Effetti delle misure di prevenzione*». Si tratta di una disposizione rientrante ancora nel libro I, ma richiamata nell'art. 84 CAM, sia al comma II, che al comma III, che forniscono, rispettivamente, le definizioni di Comunicazione e Informazione antimafia. Nello specifico, l'art. 67 CAM prevede una serie di decadenze che seguono all'emanazione di una misura di prevenzione personale applicata dall'Autorità Giudiziaria (comma I), e di ulteriori decadenze qualora il provvedimento sia addirittura divenuto definitivo (comma II). Cercando di schematizzare, l'emanazione di misure di prevenzione personali applicate dall'Autorità Giudiziaria comporta l'interdizione rispetto a tutte le iscrizioni e ai provvedimenti autorizzatori, concessori o abilitativi per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominati, nonché a tutte le attività soggette a segnalazione certificata di inizio attività (cd. SCIA) e a silenzio assenso, e vieta di concludere contratti di lavori, servizi e forniture con la Pubblica Amministrazione.

⁴³ Tra l'altro, non è consentito al Prefetto di escludere decadenze e i divieti stabiliti dal comma V dell'art. 67 CAM, neppure quando valuti che, in conseguenza degli stessi, verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla sua famiglia. Sono state ritenute inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 92 CAM censurato per violazione degli artt. 3, comma I, 4 e 24 Cost. Cfr. Corte Costituzionale, 19/07/2022, n.180.

⁴⁴ Cfr. Cons. St. n. 758/2019. In dottrina v. sul punto, M. MAZZAMUTO, *Misure giurisdizionali di salvataggio delle imprese versus misure amministrative di completamento dell'appalto: brevi note sulle modifiche in itinere al codice antimafia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 aprile 2016, p. 1; R. CANTONE, B. COCCAGNA, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia: problemi di coordinamento e prospettive evolutive*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, 10, 151 e ss.; G. PIGNATONE, *Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive*, in *Diritto Penale Contemporaneo -Rivista Trimestrale*, 2015, 4, 259 e ss. In generale sul tema v. anche E. MEZZETTI, *L'entididio: una categoria penalistica da ricostruire ed una conseguenza per l'azienda da evitare*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 23 gennaio 2018; R. BORSARI, *Le misure interdittive antimafia. Profili penali*, in L. DELLA RAGIONE, A. MARANDOLA, A. ZAMPAGLIONE (a cura di), *Misure di prevenzione, interdittive antimafia e procedimento*, Milano, 2022, 733 e ss.

⁴⁵ Sui rapporti tra controllo giudiziario volontario e giudizio di annullamento dell'interdittiva cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 13.02.2023 n. 8, secondo cui non c'è un rapporto di pregiudizialità processuale tra il giudizio di impugnazione dell'interdittiva antimafia e il controllo

Inoltre, recentemente⁴⁶ è stato introdotto il principio del contraddittorio nelle attività finalizzate al rilascio delle informazioni antimafia, sempre che non sussistano particolari esigenze di celerità né ragioni di salvaguardia di procedimenti amministrativi o di attività processuali in corso o, ancora, di altri accertamenti diretti alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose. Nello specifico, il Prefetto se, in base agli esiti delle verifiche disposte, ritenga sussistenti i presupposti per l'adozione dell'interdittiva (e non ricorrano le particolari esigenze e/o ragioni sopra indicate) deve notificare al soggetto interessato un "preavviso" del provvedimento con indicazione degli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa. È concesso un termine non superiore a 20 giorni entro i quali l'interessato può chiedere l'audizione e produrre memorie. Al termine del contraddittorio il Prefetto deciderà quindi se disporre l'interdittiva o, in alternativa, il nuovo istituto della prevenzione collaborativa, sulla quale quindi subito soffermeremo la nostra attenzione, alla luce delle interconnessioni tra essa e il sistema 231.

3.2 Il modello 231 nella "prevenzione" amministrativa: la nuova misura della prevenzione della collaborativa. Nel 2021⁴⁷ il Legislatore ha predisposto un'alternativa all'informazione interdittiva per l'Autorità Amministrativa di Pubblica Sicurezza: qualora l'agevolazione sia solo occasionale, invero, il Prefetto deve applicare lo strumento della prevenzione collaborativa, istituto previsto dall'art. 94-bis CAM, rubricato proprio «*Misure*

giudiziario ulteriore a quello previsto al momento genetico, cioè di ammissione, al controllo giudiziario volontario.

⁴⁶ Art. 48 del decreto-legge 6 novembre 2021, n. 152, intitolato «*Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose*», convertito con modificazioni dalla L. 29 dicembre 2021, n. 233, che interviene sull'art. 92 del CAM, che oggi disciplina il «*Procedimento di rilascio delle informazioni antimafia*». Per un approfondimento sul d.l. n. 152, si rinvia a *Parte III – Voci dall'Aula, Strumenti normativi e strategie operative a tutela delle risorse relative al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (P.N.R.R.). Opportunità e innovazioni per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose negli appalti pubblici*, in rivista trimestrale della scuola di perfezionamento per le forze di polizia periodico trimestrale di dottrina, legislazione e giurisprudenza, Anno 2022, n. 2, disponibile al link: <https://scuolainterforze.interno.gov.it/wp-content/uploads/2023/01/Rivista-2-2022.pdf>

⁴⁷ Art. 49 del d.l. n. 152/2021 cit., rubricato «*Prevenzione collaborativa*».

amministrative di prevenzione collaborativa applicabili in caso di agevolazione occasionale». Durante il periodo di applicazione della prevenzione collaborativa «l'impresa conserva la capacità di contrattare, di eseguire i contratti e di incamerare i corrispettivi»⁴⁸. La durata della sua applicazione deve essere compresa tra 6 e 12 mesi, durante i quali all'azienda possono essere richiesti una serie di adempimenti, quali obblighi di comunicazione e di predisposizione di un conto corrente bancario dedicato, ma anche, e soprattutto, l'adozione e attuazione del Modello 231. Al termine di questo breve periodo, il Prefetto avrà avuto modo di "conoscere" l'azienda e accertarsi che non vi sia (più, o non vi sia mai stata) nessuna agevolazione, neppure occasionale. Infatti, se alla scadenza del termine, il Prefetto accerti il venir meno dell'agevolazione occasionale e l'assenza di altri tentativi di infiltrazione mafiosa, rilascia un'informazione antimafia liberatoria, ed effettua le conseguenti iscrizioni nella banca dati nazionale unica della documentazione antimafia⁴⁹. Quindi, l'adozione o l'implementazione del Modello 231 può divenire, quando prescritta dal Prefetto, uno strumento per il rilascio dell'informazione antimafia liberatoria. Questo strumento è stato definito quale istituto cerniera tra le misure di prevenzione giudiziale e amministrative⁵⁰. Tra l'altro, condivide con il controllo giudiziario ex art 34-bis CAM un fondamentale presupposto applicativo, cioè l'agevolazione occasionale⁵¹. La somiglianza tra gli strumenti della prevenzione collaborativa e

⁴⁸ Cfr. Corte Cost. n. 101/2023, punto 3.4.1. Sulla capacità della prevenzione collaborativa di permettere la partecipazione alle gare pubbliche si veda G. D'ANGELO – G. VARRASSO, *Il decreto-legge n. 152/2021 e le modifiche in tema di documentazione antimafia e prevenzione collaborativa*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, n. 2/2022, p. 23. Gli Autori, infatti, segnalano il mancato raccordo tra la previsione di cui all'art. 94-bis CAM e l'art. 80 del Codice dei Contratti pubblici (D.lgs. 50/2016). La norma è stata oggi sostituita dall'art. 94 rubricato «cause di esclusione automatica» del nuovo Codice (D.lgs. 36/2023).

⁴⁹ Cfr. art. 94-bis, comma IV, CAM.

⁵⁰ Cfr. *Strumenti normativi e strategie operative a tutela delle risorse relative al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (P.N.R.R.). Opportunità e innovazioni per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose negli appalti pubblici*, cit., p. 164.

⁵¹ Si dovrebbe valutare se l'introduzione di questo istituto possa essere di pregiudizio (ulteriore) per le imprese colpite, invece, da interdittiva. Detto altrimenti, qualora l'azienda colpita da interdittiva chieda di essere ammessa al controllo giudiziario volontario, il giudice potrebbe ritenere di non concedere il "beneficio" perché, se davvero l'agevolazione fosse stata meramente

controllo giudiziario risulta, inoltre, evidente grazie alle disposizioni con cui il Legislatore ha definito i rapporti tra questi due istituti. Infatti, qualora il Tribunale disponga il controllo giudiziario di un'impresa sottoposta già a prevenzione collaborativa, dovrà tener conto del periodo di esecuzione della stessa nella determinazione della durata di quella giudiziaria⁵². Si riconosce quindi la prevalenza della più garantista misura giurisdizionale su quella amministrativa⁵³.

Questo nuovo istituto apre la strada ad una ulteriore forma di "cooperazione partecipata" tra impresa e autorità amministrativa. Si consente al Prefetto di entrare in azienda e verificare la presenza o meno dei pericoli di infiltrazione mafiosa, senza però esporla al rischio di una paralisi e salvaguardando i lavoratori⁵⁴. Il quadro normativo nell'ambito della lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso si è quindi arricchito di una nuova forma di cooperazione tra impresa e Prefetto e la disciplina complessiva attuale sembra avere abbandonato un approccio esclusivamente autoritario a favore di un approccio più partecipativo, l'unico in grado di privilegiare un reale scambio informativo con l'azienda.

4. I Modelli 231 nella prevenzione antimafia, giurisdizionale e amministrativa. Svolte queste considerazioni sul quadro normativo di riferimento, delineate le caratteristiche e presupposti, da un lato, dell'amministrazione e controllo giudiziario e, dall'altro, dell'interdittive antimafia e della prevenzione collaborativa, e individuati i punti di contatto di entrambe le categorie di istituti con il sistema del Decreto 231, occorre soffermarsi ulteriormente sulla funzione dei Modelli 231 nell'ambito dei due diversi "rami"

occasionale, allora quella azienda non sarebbe stata colpita dall'interdittiva, ma, tutt'al più, il Prefetto avrebbe disposto la prevenzione collaborativa.

⁵² Cfr. art. 34-bis CAM ult. Parte e art. 94-bis, comma III, CAM.

⁵³ Cfr. A. M. MAUGERI, *Prevenire il condizionamento criminale dell'economia: dal modello ablatorio al controllo terapeutico delle aziende*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, n. 1/2022, p. 152.

⁵⁴ Cfr. M. VULCANO, *Le modifiche del decreto-legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021, p. 11.

della prevenzione, giurisdizionale e amministrativa. Una premessa metodologica sembra d'obbligo: le due dimensioni della prevenzione giurisdizionale e amministrativa si contraddistinguono per un medesimo approccio di fondo per cui si tenta di graduare l'invasività della misura facendo riferimento al livello dell'infiltrazione criminale: tanto più stringente il legame con i soggetti portatori di pericolosità, tanto più rigorosa la misura applicata. L'amministrazione giudiziaria ex art 34 CAM si applica quando si ritiene che l'azienda sia in uno stato di soggezione rispetto a individui pericolosi⁵⁵ (ma "non ricorrono i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali di cui al capo I" cioè, sequestro e confisca); mentre il controllo giudiziario ex art. 34-bis si applica quando «*l'agevolazione prevista dal comma 1 dell'articolo 34 risulta occasionale*». Tra l'altro, a conferma di questa "gerarchia", il Legislatore ha previsto che, se durante il controllo giudiziario, «*[...] venga accertata la violazione di una o più prescrizioni [...], il tribunale può disporre l'amministrazione giudiziaria dell'impresa*» (art. 34-bis, comma IV). Parallelamente, il Prefetto può emanare l'interdittiva antimafia in caso di «*eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi*»; mentre la prevenzione collaborativa di cui all'art 94-bis CAM è applicata quando il Prefetto accerta che i tentativi di infiltrazione mafiosa sono riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale. Risulta facile notare come nelle norme che disciplinano i due istituti più rigorosi, quali l'amministrazione giudiziaria e l'interdittiva antimafia, non vi sia un espresso riferimento ai modelli 231.

Come anticipato, nel caso dell'amministrazione giudiziaria si potrebbe tuttavia ritenere che il rinvio sia implicito, da un lato, grazie alla clausola che

⁵⁵ Letteralmente: «*[...] sussistono sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle di carattere imprenditoriale, sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'articolo 416-bis del codice penale o possa comunque agevolare l'attività di persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una delle misure di prevenzione personale o patrimoniale previste dagli articoli 6 e 24 del presente decreto, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluno dei delitti di cui all'articolo 4, comma 1, lettere a), b) e i-bis), del presente decreto, ovvero per i delitti di cui agli articoli 603-bis, 629, 644, 648-bis e 648-ter del codice penale*».

permette al Tribunale, in caso di revoca del provvedimento, di applicare contestualmente il controllo giudiziario (come se quest'ultimo fosse un modo per proseguire l'opera avviata con il primo); e, dall'altro, in virtù della natura della ratio terapeutica dell'istituto, per cui il *compliance program* diviene un utile strumento di risanamento cui l'amministratore giudiziario ricorre. Analogamente, nelle norme che disciplinano l'istituto dell'interdittiva antimafia (art 84 e 91 CAM) non vi è alcun riferimento ai modelli 231. Tuttavia, ai sensi dell'art. 91, comma V, CAM «*Il prefetto, anche sulla documentata richiesta dell'interessato, aggiorna l'esito dell'informazione al venir meno delle circostanze rilevanti ai fini dell'accertamento dei tentativi di infiltrazione mafiosa*», e, certamente, l'adozione ed efficace attuazione di un modello 231 dovrebbe/potrebbe rappresentare un elemento che indichi al Prefetto la necessità di procedere a valutare nuovamente la necessità di mantenere in vita la misura.

Il Legislatore del 2017, e successivamente del 2021, ha ritenuto invece di inserire un riferimento espresso ai Modelli 231 nell'ambito del controllo giudiziario ex art 34-bis e nella prevenzione collaborativa ex art. 94-bis. La novella del 2021, nell'introdurre nel CAM la prevenzione collaborativa, mutua l'espressione già utilizzata nell'ambito della norma sul controllo giudiziario, che prescrive di «*[...] adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli [articoli 6, 7 e 24-ter del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231](#), atte a rimuovere e prevenire le cause di agevolazione occasionale*». Di conseguenza medesima dovrebbe essere la *ratio* dei due istituti, in quanto è prescritto all'ente lo stesso adempimento, ma in momenti differenti: nel caso della prevenzione collaborativa, in alternativa all'interdittiva; nel controllo giudiziario, si tratta di uno dei contenuti prescrittivi della misura di prevenzione stessa disposta d'ufficio e di una misura che finisce anche qui per sostituirsi all'interdittiva nel caso di ammissione al controllo volontario richiesto dall'attività economica (che sospende gli effetti dell'informazione prefettizia precedentemente emessa). Ci si deve poi interrogare se la durata, la tempistica dei due istituti renda sempre possibile non solo l'adozione, ma anche l'efficace attuazione dei modelli. Infatti, quest'ultima impone che venga svolta un'attività di diffusione dello stesso e formazione dei

dipendenti, nonché un'attività di monitoraggio periodico, ed eventuale aggiornamento, che richiede del tempo, naturalmente.

Nel caso del controllo giudiziario, il Tribunale può disporre che la misura abbia una durata fino ad un massimo di tre anni. Ciò permetterebbe quindi all'amministratore giudiziario e al giudice delegato di avere il tempo necessario per monitorare l'effettiva attuazione. Difficile potrebbe essere invece la verifica dell'efficace attuazione del modello nel caso della prevenzione collaborativa, perché questa può avere una durata massima non superiore a un anno⁵⁶.

5. I modelli 231: il *trait d'union* tra prevenzione e sistema della responsabilità degli enti. Il *focus* del lavoro è stato incentrato su imprese oggetto di infiltrazioni criminali, e non perché al loro interno siano stati *già* commessi reati, o perché imprese mafiose. In queste ultime due ipotesi si applicherebbe ove possibile, rispettivamente, la disciplina del Decreto 231⁵⁷, così come, nel caso di impresa mafiosa, questa è destinata ad essere assoggetta a sequestro⁵⁸ prima, e confisca poi⁵⁹. Nei casi di imprese sottoposte ad intimidazione ed assoggettamento, o comunque in grado di agevolare l'attività di soggetti portatori di pericolosità, anche nelle ipotesi in cui questa situazione sia meramente occasionale, sarebbe irragionevole espellere direttamente e immediatamente dal sistema l'azienda "sospettata"; le si deve piuttosto preventivamente offrire una via d'uscita: o una possibilità di recupero, o un periodo di "osservazione" per dimostrare all'Autorità Amministrativa e/o Giudiziaria di non essere condizionata dall'associazione mafiosa. È un'esigenza importante, soprattutto quando si tratta di un'azienda che opera in contesti di

⁵⁶ Molto scettica su "La compatibilità delle tempistiche della «efficace attuazione» con quelle della prevenzione collaborativa" è l'Autrice A. DE VIVO, *L'efficace attuazione del modello nella «prevenzione collaborativa» introdotta dal d.l. 152/2021*, in *Rivista231*, n.1/2022, p. 125 e ss.

⁵⁷ A condizione che si tratti di uno dei (ormai tanti) reati - presupposto specificamente elencati dagli art. 24 e ss. del d.lgs. 231/2001, che il reato sia stato commesso da un soggetto incardinato all'interno dell'organigramma aziendale e che rivesta il ruolo di apicale (art. 5, comma I, lettera a) o (a questo immediatamente) sottoposto (lettera b), e che abbia agito nell'interesse o a vantaggio dell'ente (art. 5, comma I).

⁵⁸ Art. 20 CAM.

⁵⁹ Art. 28 CAM.

criminalità diffusa; è un'esigenza parimenti importante nei casi in cui l'azienda sia vittima del condizionamento mafioso/criminale. È altrettanto importante anche nei casi in cui non sia stata esattamente individuata la portata della vicinanza all'associazione mafiosa, o comunque non ci sia lo stesso impianto probatorio che avrebbe permesso una condanna in sede penale. Per fare fronte a tutte queste situazioni, il Legislatore italiano ha predisposto gli istituti precedentemente illustrati, con l'obiettivo di attuare una "bonifica" dell'attività economica dal condizionamento mafioso, se, e in quanto, possibile; e non con l'obiettivo di espellerla dal mercato.

In conclusione, il modello 231 diviene uno strumento duttile, capace di operare in plurimi settori e con diverse finalità, ma sempre emergendo per il ruolo che gli viene assegnato in punto di prevenzione dell'illegalità nei contesti di impresa.

Nel sistema della responsabilità da reato degli enti⁶⁰, se l'azienda ha preventivamente adottato ed efficacemente attuato un modello idoneo a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi, andrà comunque esente da responsabilità, perché nulla le è rimproverabile,⁶¹. Quindi il modello 231, se adottato ed efficacemente attuato, esonera da responsabilità. Ovviamente, predisporre un Modello 231 è un adempimento che richiede la massima diligenza, e che quindi impone all'azienda impiego di tempo e di significative risorse economiche ed organizzative⁶². Nonostante ciò, negli anni passati poche

⁶⁰ Per un approfondimento sul tema della responsabilità da reato degli enti in Italia, v. *Responsabilità da reato degli enti*, Volume I – II, G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), Giappichelli, Torino, 2020; G. DE VERO. *Trattato di diritto penale. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2008; D. CASTRONUOVO, *Compliance: responsabilità da reato degli enti collettivi*, Ipsoa, Milano, 2019; *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, A. BERNASCONI – G. GARUTI (a cura di), Cedam, Padova, 2022.

⁶¹ Cfr. S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Rivista trimestrale diritto penale dell'economia*, 2017, n. 1-2, p. 50.

⁶² P. SEVERINO, *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in F. CENTONZE - M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 75.

volte il modello 231⁶³ è stato ritenuto idoneo⁶⁴, e quindi quasi mai ha permesso l'esonero da responsabilità da reato, nel processo penale⁶⁵; nei pochi casi in cui l'azione è esercitata, l'ente è stato spesso condannato⁶⁶. Il Legislatore non ha definito in maniera specifica le caratteristiche che il modello deve possedere⁶⁷, e ciò ha reso difficile per l'ente l'attività di predisposizione dello stesso⁶⁸. Tuttavia,

⁶³ In generale sul tema v. A. GULLO, *I modelli organizzativi*, Cap. IV, in *Responsabilità da reato degli enti*, Volume I – II, G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), Giappichelli, Torino, 2020 p. 241.

⁶⁴ V. Tribunale Milano, Sezione Sesta, 26 giugno 2014, con nota di P. DE MARTINO, *Una sentenza assolutoria in tema di sicurezza sul lavoro e responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/2001*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 novembre 2014; R. SABIA, I. SALVEMME, *Costi e funzioni dei modelli di organizzazione e gestione ai sensi del d. lgs. n. 231/2001*, in *Tutela degli investimenti tra integrazione dei mercati e. Concorrenza di ordinamenti*, A. DEL VECCHIO – P. SEVERINO (a cura di), Bari, 2016, p. 456 (la pronuncia è richiamata nell'economia dell'analisi dei modelli organizzativi in materia di sicurezza sul lavoro). La sentenza è stata confermata anche in appello: Corte appello Milano, Sez. Quinta, 24 novembre 2015, con nota di C. FERRUCCI, *La Corte d'appello di Milano sulla responsabilità dell'ente in materia di sicurezza sul lavoro*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 12 febbraio 2016. Per un quadro esaustivo, S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità del reato degli enti analisi critica e linee evolutive*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1-2/2017, p. 74; riferimenti anche in V. MANES *Realismo e concretezza e l'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 4/2021, p. 490, nota 85.

C. E. PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione "l'assistente" o interpretazione costituzionalmente orientata?*, in *Le Società*, 2010, p. 480; lo stesso Autore, in *Responsabilità dell'Entità e principio di colpevolezza sul controllo della Corte di Cassazione*, in *Le Società*, 2014, p.478, stigmatizza l'incertezza circa il giudizio sull'idoneità dei Modelli e l'eccessivo onere probatorio che permane sugli enti in caso di reati commessi da alti dirigenti, con conseguente attrito con la reale attribuzione del principio di colpevolezza.

⁶⁵ Per fortuna, gli Uffici di Procura non si sentono vincolati dal principio di obbligatorietà dell'azione penale previsto dall'art. 112 Cost. rispetto all'ente, e la disciplina 231 viene applicata a "macchia di leopardo" a seconda della sensibilità dei singoli Procuratori della Repubblica, Cfr. *Prevenzione e governo del rischio di reato: la disciplina 231/2001 e le politiche di contrasto dell'illegalità nell'attività di impresa*, 5/2019, www.assonime.it, p. 31, [https://www.assonime.it/attivita_editoriale/studi/Documents/Note%20e%20Studi%205A-2019.pdf](https://www.assonime.it/layouts/15/Assonime.CustomAction/GetPdfToUrl.aspx?PathPdf=https://www.assonime.it/attivita_editoriale/studi/Documents/Note%20e%20Studi%205A-2019.pdf)

⁶⁶ Cfr. M. M. SCOLLETTA, *La disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi: teoria e prassi giurisprudenziale*, in L. D. CERQUA- G. CANZIO – L. LUPARIA (a cura di), *Diritto penale delle società*, Cedam, Padova, 2016, p. 824.

⁶⁷ Fatta eccezione (forse) per una definizione leggermente più completa nell'ambito del settore della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (art. 30 d.lgs. 30 agosto 2007, n. 123, cd. T.U.S.L.).

⁶⁸ Non si sono raggiunti i risultati sperati forse anche a causa di un atteggiamento a volte ostile della magistratura, che si basa spesso sulla considerazione secondo cui "se il reato è stato realizzato, vuol dire che il modello era inidoneo", e quindi, ci sono sempre dei margini di sindacato *ex post* sul modello. Sul tema, cfr. M. COLACURCI, *L'idoneità del modello 231, tra difficoltà operativi e possibili correttivi*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista trimestrale*, n. 2/2016, p. 74.

la giurisprudenza più recente⁶⁹ sembra avere iniziato a riconoscere l'idoneità dei modelli in alcuni procedimenti, ponendo le basi per la validazione⁷⁰, sottolineando come la verifica di idoneità del modello debba essere compiuta *ex ante*, in linea con il paradigma di accertamento della colpa penale. In ogni caso, la *compliance* aziendale, che in passato non sempre ha soddisfatto il giudice penale, potrebbe soddisfare il giudice della prevenzione e le Prefetture. D'altronde, nel caso di applicazione della misura di prevenzione patrimoniale (diversa dalla confisca), l'azienda è "accompagnata" nel percorso di adozione e implementazione del modello.

Il Legislatore, con le modifiche apportate al Codice Antimafia nel 2017⁷¹ e 2021, ha esplicitamente riconosciuto la grande importanza dei modelli 231, che consentono di prevenire prassi illecite e fare fronte, nei contesti delle misure terapeutiche che abbiamo analizzato, a tutte quelle situazioni che non meritano una condanna penale, che non meritano un provvedimento di interdizione, e che non meritano neppure una confisca di prevenzione, ma che tuttavia meritano certamente attenzione da parte dello Stato per evitare, per così dire, che si trasformino in qualcosa di più grave. Il Legislatore, preso atto delle tensioni che certamente si generano tra le misure più invasive del CAM (in particolare interdittive e confisca di prevenzione) e i diritti fondamentali, ha tentato di individuare un modo per attenuarne gli effetti percorrendo la via delle indicate misure improntate a logiche di risanamento e cooperative. Sembra essere

⁶⁹ Sentenza cd. Impregilo Bis (Cassazione Penale, Sez. VI, 15 giugno 2022 - ud. 11 novembre 2021, n. 23401, Presidente Fidelbo, Relatore Rosati) che ha chiuso la "saga Impregilo". In realtà, anche prima della sentenza Impregilo bis in giurisprudenza era emersa la necessità di provare la colpa in organizzazione, anche quando la società fosse radicalmente priva del modello (cfr. Cass. Sez. IV, 18413/2022). In ogni caso la giurisprudenza di legittimità successiva alla sentenza Impregilo bis si è posta in coerenza con questa impostazione (Cass. sez. IV, 570/2023).

⁷⁰ Cfr. R. SABIA, *Responsabilità da reato degli enti e paradigmi di validazione dei modelli organizzativi - Esperienze comparate e scenari di riforma*, Giappichelli, Torino, Cap. II, par. 3 e ss.

⁷¹ L'art. 34-bis CAM è stato inserito nel novero delle misure di prevenzione patrimoniali diverse dalla confisca ad opera dell'art. 11 della L. 161/2017, intitolata «*Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al Codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate*».

un paradosso che questo approccio partecipativo e di valorizzazione dei modelli 231 sia stato adottato con il Decreto-Legge n. 152/2021 intitolato «*Disposizioni urgenti per l'attuazione del PNRR e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose*» (art. 49). Ma nelle intenzioni del Legislatore⁷² non si tratta assolutamente di un modo per allentare la presa nella lotta al contrasto alla criminalità organizzata. Si tratta solo dell'introduzione di strumenti volti a riservare l'"ergastolo imprenditoriale" solo a quelle realtà rispetto alle quali non sia realizzabile un'opera di ripristino della legalità.

Bibliografia

ALBANESE D., *Alle sezioni unite una questione in tema di "controllo giudiziario delle aziende" ex art. 34-bis d.lgs. 159/2011: appello, ricorso per cassazione o nessun mezzo di impugnazione?* (nota a Cass., Sez. VI, ord. 15 maggio 2019 (dep. 3 giugno 2019), n. 24661, Pres. Fidelbo, Rel. Costanzo), in *Sistema penale*, par. 2, 13 giugno 2019.

ALESCI T., *I presupposti ed i limiti del nuovo controllo giudiziario nel codice antimafia*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2018, 7.

AMARELLI G. – STICCHI DAMIANI S. (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2019.

AMARELLI G., *Le interdittive antimafia "generiche" tra interpretazione tassativizzante e dubbi di incostituzionalità*, in G. AMARELLI – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2019.

BALATO F., *La nuova fisionomia delle misure di prevenzione patrimoniali: il controllo giudiziario delle aziende e delle attività economiche di cui all'art. 34-bis codice antimafia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3/2019.

BERNASCONI A. – GARUTI G. (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, Padova, 2022.

BIRITTERI E., *I nuovi strumenti di bonifica aziendale nel codice antimafia: amministrazione e controllo giudiziario delle aziende*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, n. 3-4, 2019, p. 837 ss.

BIRITTERI E., *Accertamento dell'infiltrazione criminale dell'ente e controllo giudiziario volontario*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 7, 2023, p. 1647 ss.

BORSARI R., *Le misure interdittive antimafia. Profili penali*, in L. DELLA RAGIONE, A. MARANDOLA, A. ZAMPAGLIONE (a cura di), *Misure di prevenzione, interdittive antimafia e procedimento*, Milano, 2022.

BRIZZI F. – MASTRO F., *Possibili protocolli preventivi dei reati associativi a seguito di un evento sentinella*, in *Rivista231*, giugno 2021.

CANTONE R. - COCCAGNA B., *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia: problemi di coordinamento e prospettive evolutive*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, 10.

⁷² Cfr. nota di lettura A.S. 2483: «*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 novembre 2021, n. 152, recante disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose*» Approvato dalla Camera dei deputati, dicembre 2021 n. 281, disponibile al link <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01329986.pdf>.

- CASTRONUOVO D., *Compliance: responsabilità da reato degli enti collettivi*, Ipsoa, Milano, 2019.
- COLACURCI M., *L'idoneità del modello 231, tra difficoltà operativi e possibili correttivi*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista trimestrale*, n. 2/2016.
- CONSULICH F., *Le misure di prevenzione personali tra Costituzione e Convenzione*, in E. MEZZETTI E L. L. DONATI (a cura di), *La legislazione antimafia*, Zanichelli, Bologna, 2020.
- D'ANGELO G. –VARRASSO G., *Il decreto-legge n. 152/2021 e le modifiche in tema di documentazione antimafia e prevenzione collaborativa*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, n. 2/2022.
- DE MARTINO P., *Una sentenza assolutoria in tema di sicurezza sul lavoro e responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/2001*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 novembre 2014.
- DE VERO G., *Trattato di diritto penale. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2008.
- DE VIVO A., *L'efficace attuazione del modello nella «prevenzione collaborativa» introdotta dal d.l. 152/2021*, in *Rivista231*, n.1/2022.
- FERRUCCI C., *La Corte d'appello di Milano sulla responsabilità dell'ente in materia di sicurezza sul lavoro*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 12 febbraio 2016.
- GALLUCCIO A., *Misure di prevenzione e "caporalato digitale": una prima lettura del caso Uber Eats*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2/2021.
- GULLO A., *I modelli organizzativi*, Cap. IV, in *Responsabilità da reato degli enti*, Volume I – II, G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), Giappichelli, Torino.
- LATTANZI G. –SEVERINO P. (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, Volume I – II, Giappichelli, Torino, 2020.
- LOSAPPIO G., *Mogc 231 e controllo giudiziario ex d.lgs. 159/2011*, in *Rivista231*, n.2/2023.
- MAZZAMUTO M., *Misure giurisdizionali di salvataggio delle imprese versus misure amministrative di completamento dell'appalto: brevi note sulle modifiche in itinere al codice antimafia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 aprile 2016.
- MANACORDA S., *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Rivista trimestrale diritto penale dell'economia*, 2017, n. 1-2.
- MANES V., *Realismo e concretezza e l'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 4/2021.
- MANGIONE A., *La contiguità alla mafia fra "prevenzione" e "repressione", tecniche normative e categorie dogmatiche*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1996.
- MAUGERI A. M., *Prevenire il condizionamento criminale dell'economia: dal modello ablatorio al controllo terapeutico delle aziende*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, n. 1/2022.
- MAUGERI A. M., *La nozione di profitto confiscabile e la natura della confisca: due inestricabili e sempre irrisolte questioni*, in *Legislazione penale*, 17/01/2023.
- MAZZACUVA F., *La natura giuridica delle misure interdittive antimafia*, in G. AMARELLI - S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2019.
- MENDITTO F., *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca allargata (art. 240-bis c.p.) - Volume I. aspetti sostanziali e processuali, Capitolo IX, Le misure di prevenzione previste dalle leggi speciali*, Giuffrè, Milano, 2019.
- MENDITTO F., *La nuova frontiera della bonifica delle aziende coinvolte in contesti illeciti: l'amministrazione giudiziaria (art. 34 d.lgs. n. 159/2011)*, in *Questione Giustizia*, 24 giugno 2020.
- MERLO A., *Sfruttamento dei riders: amministrazione giudiziaria ad Uber per contrastare il "caporalato digitale"*, in *Sistema penale*, 2 giugno 2020.
- MEZZETTI E., *L'entidicio: una categoria penalistica da ricostruire ed una conseguenza per l'azienda da evitare*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 23 gennaio 2018.
- MEZZETTI E. – DONATI L. L. (a cura di), *Legislazione Antimafia*, Zanichelli, Bologna, 2020.
- MONGILLO V., BELLACOSA M., *Il sistema sanzionatorio (Capitolo V)*, in *Responsabilità da reato degli enti*, Volume I, G. LATTANZI – P. SEVERINO (a cura di), Giappichelli, Torino, 2020.

- PALIERO C. E., *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione "lassista" o interpretazione costituzionalmente orientata?*, in *Le Società*, 2010.
- PALIERO C. E., *Responsabilità dell'Entità e principio di colpevolezza sul controllo della Corte di Cassazione*, in *Le Società*, 2014.
- PERINI S., *La valutazione giudiziale del Modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2016, p. 879.
- L. PERONACI, *Dalla confisca al controllo giudiziario delle aziende: il nuovo volto delle politiche antimafia. I primi provvedimenti applicativi dell'art. 34-bis D.lgs. 159/2011*, in *Giurisprudenza penale web*, 8, 2018.
- PIGNATONE G., *Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive*, in *Diritto Penale Contemporaneo -Rivista Trimestrale*, 2015, 4.
- SABIA R. - SALVEMME I., *Costi e funzioni dei modelli di organizzazione e gestione ai sensi del d. lgs. n. 231/2001*, in *Tutela degli investimenti tra integrazione dei mercati e. Concorrenza di ordinamenti*, A DEL VECCHIO – P. SEVERINO (a cura di), Bari, 2016.
- SABIA R., *Responsabilità da reato degli enti e paradigmi di validazione dei modelli organizzativi -Esperienze comparate e scenari di riforma*, Giappichelli, Torino, 2022.
- SANTORIELLO C., *Responsabilità da reato degli enti: problemi e prassi*, Giuffrè, Milano, 2023.
- SCOLLETTA M. M., *La disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi: teoria e prassi giurisprudenziale*, in L. D. CERQUA- G. CANZIO – L. LUPARIA (a cura di), *Diritto penale delle società*, Cedam, Padova, 2016.
- SEVERINO P., *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in F. CENTONZE - M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 75.
- STANIG E., *L'evoluzione storica delle misure di prevenzione*, in F. FIORENTIN (a cura di), *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Giappichelli, Torino, 2018.
- STICCHI DAMIANI S., *Le interdittive tra lacune normative e discrezionalità amministrativa: il ruolo del giudice amministrativo nell'individuazione degli elementi indiziari*, in G. AMARELLI - S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2019.
- TONA G. –VISCONTI C., *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione: percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del codice antimafia*, in *Legislazione penale*, 14 febbraio 2018.
- VISCONTI C., *Contro le mafie non solo confisca ma anche "bonifiche" giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese (working paper)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 gennaio 2012.
- VISCONTI C., *Approvate in prima lettura dalla Camera importanti modifiche al procedimento di prevenzione patrimoniale*, in *Sistema penale*, 23 novembre 2015.
- VISCONTI C., *Ancora una decisione innovativa del Tribunale di Milano sulla prevenzione antimafia nelle attività imprenditoriali*, in *Penale contemporaneo*, 11 luglio 2016.
- VISCONTI C., *Il controllo giudiziario "volontario": una moderna "messa alla prova" aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose*, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 settembre 2019.
- VITARELLI F., *Lo sfruttamento del lavoro dei "riders" tra prevenzione e repressione*, *Le società* 1/2023.
- VULCANO M., *la prevenzione mite: amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario ex artt. 34 e 34 bis del codice antimafia*, in *Rivista di studi e ricerche sulla Criminalità organizzata*, n. 3/2021.
- VULCANO M., *Le modifiche del decreto-legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021.
- VULCANO M., *La Compliance 231 nelle società sottoposte a misure di prevenzione patrimoniali: il Caso Uber*, in *Rivista231*, 2, 2022.
- VULCANO M., *La nuova frontiera della compliance 231: da strumento preventivo della responsabilità da reato a strumento correttivo nelle misure di prevenzione antimafia*, in *Rivista231*, n. 3/2023.



Corporate social e digital responsibility e obiettivi del PNRR: confini e intrecci
di **DANIEL FOÀ**

SOMMARIO: **1.** INTRODUZIONE. LE PRIORITÀ DEL PNRR E LE CD. “TWIN TRANSITIONS”. – **2.** OBIETTIVI PERSEGUITI DAL PNRR, DESTINATARI E ATTUATORI DELLE MISURE E PRINCIPIO DI “NON REGRESSIONE AMBIENTALE”. – **3.** CONSEGUENZE SULL’ORGANIZZAZIONE (E RESPONSABILITÀ) DELL’IMPRESA. – **4.** IMPATTI SUL MERCATO. – **5.** CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Abstract

Within the Italian National Recovery and Resilience Plan (PNRR), ecological and digital transitions are the two main goals pursued (Missions 1 and 2). For the purposes of the implementation of the Plan, not only public administrations are charged with the execution of projects, but also private players may be awarded public tenders and receive public funding. These private economic players are obliged to realise the contractually agreed objectives (which, in the context of Missions 1 and 2, are aimed primarily at pursuing digitisation or the pursuit of sustainable activities) as well as to comply with certain general principles applicable to all PNRR projects: among these, the so-called principle of no environmental regression (DNSH - do not significant harm) is relevant. The contribution analyses the effects that the PNRR has on companies, especially at an organisational level and with reference to their responsibility: in this regard, it examines in particular how corporate social responsibility - and its “digital” declination - is impacted by the PNRR and the goals and constraints it imposes on companies. Finally, the consequences that these phenomena can determine on the market are also assessed.

1. Introduzione. Le priorità del PNRR e le cd. “twin transitions”

1.1 La transizione ecologica e la digitalizzazione rappresentano i due principali obiettivi del PNRR italiano (cfr. Missioni 1 e 2)¹. L’ammodernamento del Paese, l’allineamento con gli obiettivi condivisi a livello europeo e – non ultima – la ripresa economica post-pandemica passano dalla realizzazione di tali sfide. Il perseguimento di questi scopi è dunque prioritario sia nell’ambito degli interventi diretti della Pubblica Amministrazione, sia nelle politiche pubbliche di incentivazione e finanziamento delle attività dei privati².

¹ In particolare, la Missione 1 è dedicata a Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo, la Missione 2 a Rivoluzione verde e transizione ecologica.

² Sugli obiettivi del PNRR e sul suo inquadramento giuridico si veda M. Clarich, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in ASTRID-Rassegna, 2021, n. 12; N. Lupo, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in federalismi.it, 1/2022, p 4 e ss.

L'iniziativa europea Next Generation EU³, nell'ambito della quale si inseriscono i piani di ripresa e resilienza nazionali, destina quindi la maggior parte delle risorse disponibili alla digitalizzazione e al perseguimento degli obiettivi di sostenibilità⁴. *Prima facie* – e in linea con la narrativa che vede queste due transizioni come figlie di una matrice comune – sembra sussistere uno stretto legame tra i due obiettivi; per il vero, pur non trattandosi di due filoni del tutto divergenti, occorre fare delle precisazioni.

La progressiva digitalizzazione dei processi e dei servizi è, all'evidenza, un fenomeno trasversale che interessa tutte le *industries* ed ha un impatto dirompente sull'organizzazione aziendale: difatti, appare fondamentale non solo per perseguire obiettivi di efficienza, ma consente anche l'accesso a mercati che sarebbero del tutto preclusi ad operatori esclusivamente analogici. L'interesse alla sostenibilità (anzitutto nella sua accezione focalizzata sulla dimensione ambientale), invece, appare primariamente dettato dalle preoccupazioni per il *climate change* – e dalla valutazione dei relativi rischi⁵ – e per il progressivo interesse dell'opinione pubblica a tale tematica (oltretutto per il sincero agire etico e socialmente responsabile degli imprenditori)⁶.

Se l'impulso alla transizione digitale viene dunque anzitutto da esigenze economiche e imposte dal mercato – quantomeno per i soggetti che operano in

³ Regolamento (UE) 2020/2094 del Consiglio del 14 dicembre 2020 che istituisce uno strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi COVID-19.

⁴ Difatti, quasi 100 miliardi dei complessivi 191,5 stanziati sono dedicati a tali obiettivi (più nello specifico, 40,32 miliardi per la Missione 1 e 59,47 per la Missione 2).

⁵ Ciò è particolarmente evidente con riferimento ad imprese operanti in specifici settori. Ad esempio, l'impresa bancaria – vincolata al perseguimento della sana e prudente gestione – è tenuta ad una puntuale valutazione di tali profili di rischio. Sul tema, si veda R. Lener – P. Lucantoni, *Sostenibilità ESG e attività bancaria*, Banca Borsa Titoli di Credito, fasc.1, febbraio 2023, p. 6 e ss.

⁶ Il diverso rilievo economico, nell'immediatezza, delle due "rivoluzioni" si coglie anche guardando alle più recenti evoluzioni del PNRR. Difatti, nelle revisioni effettuate nel corso del 2023, sono stati ridotti in modo sostanzioso gli investimenti dedicati alla transizione sostenibile, mentre nessuno stralcio ha interessato i progetti ricompresi nell'ambito della Missione 1 sulla digitalizzazione. Si veda al riguardo, N. Lupo, *L'aggiornamento e l'integrazione del PNRR, tra crisi energetica e (parziale) mutamento di indirizzo politico*, in Quaderni costituzionali, 2/2023, p. 435 e ss.; per una lettura critica, si veda L. Rizzo – R. Secomandi – A. Zanardi, *Revisioni Pnrr: sono tutte giustificate?*, in lavoce.info, 4 agosto 2023.

regimi concorrenziali e subiscono le conseguenze economiche del proprio agire⁷ – la svolta *green* dell’organizzazione aziendale e degli obiettivi dell’attività d’impresa è dovuta invece in primo luogo ai sempre più penetranti obblighi normativi, che pur quando non impongano limiti alle attività inquinanti⁸ prevedono modelli volti a favorire la trasparenza informativa circa gli impatti sull’ambiente⁹, e dalla sensibilità degli *stakeholders*. In questo contesto, peraltro, non tutte le imprese sono incise allo stesso modo da obblighi normativi e soggette alle medesime istanze del mercato¹⁰.

Alla luce di ciò, già si coglie come la definizione di *twin transitions*¹¹ non colga pienamente nel segno. Cattura quella che è una contestualità cronologica dei due *drivers* di cambiamento, mentre restituisce una immagine di analoga natura e interrelazione tra i fenomeni che invece non pare sussistere.

⁷ In quest’ottica, la Pubblica Amministrazione e le imprese pubbliche (quantomeno quelle in cui il regime pubblicistico è più intenso, quali ad esempio le cd. società *in house*) potrebbero non subire direttamente l’impulso del mercato alla digitalizzazione – e per questo sono auspicabili interventi pubblicistici che la favoriscano o impongano – poiché la domanda di propri servizi non subisce direttamente le conseguenze del proprio agire.

⁸ Ancor più rari sono interventi normativi che prevedono obblighi di intraprendere iniziative idonee a generare impatti positivi sull’ambiente, con funzioni ripristinatorie (in altri termini, idonee a generare esternalità positive). Il modello delineato dal legislatore eurounitario si propone di incentivare gli investimenti *green*, senza peraltro vietare quelli non rispondenti tali criteri (pur predisponendo, in tali casi, meccanismi di *comply or explain*). Ad ogni modo, l’eventuale previsione di vincoli normativi che limitassero gli investimenti non sostenibili risulterebbe ad oggi in linea con la nuova formulazione dell’art. 41 Cost., che ammette limitazioni alla libera iniziativa economica giustificate da esigenze di tutela ambientale. Probabilmente, sempre di più solo i progetti sostenibili risulteranno destinatari delle politiche di sostegno pubblico.

⁹ Sulla progressiva maggiore coerenza dei parametri di sostenibilità si veda S. Bruno, *Il ruolo della s.p.a. per un’economia giusta e sostenibile: la Proposta di Direttiva UE su “Corporate Sustainability Due Diligence”*. *Nasce la stakeholder company?*, in Riv. di diritti comparati, 2022, p. 303 ss.; G. Racugno – A. D. Scano, *Il dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità: verso un Green Deal europeo*, in Riv. soc., 2022, pp. 726 e ss. Tra i più rilevanti interventi normativi, nell’ambito del diritto UE, che hanno concorso ad imporre oneri informativi in materia di sostenibilità (nei confronti di alcune tipologie di imprese) si ricordano la Direttiva sulle informazioni non finanziarie, la Direttiva Shareholders Rights II, Sustainable Finance Disclosure Regulation, il Regolamento Tassonomia (oltre alla proposta di Corporate Sustainability Due Diligence Directive).

¹⁰ Difatti, la disciplina eurounitaria impone obblighi in materia di sostenibilità esclusivamente ad alcuni operatori a cui si riconosce un maggiore impatto. Tra questi, ad esempio, quelli operanti nel settore finanziario – identificandoli di fatto come soggetti aventi un ruolo nella selezione dei progetti “meritevoli” in cui investire o da finanziare – e la grande impresa (quotata e non).

¹¹ Viene definite in questi termini anche da S. Muench – E. Stoermer – K. Jensen – T. Asikainen – M. Salvi – F. Scapolo, *Towards a green and digital future. Key requirements for successful twin transitions in the European Union*, EUR 31075 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2022, ISBN 978-92-76-52451-9, doi:10.2760/977331, JRC129319.

Cionondimeno, le due rivoluzioni non sono del tutto autonome, poiché è concreto il rischio che una digitalizzazione che non tenga conto dei profili di sostenibilità (ad esempio qualora prevalga l'interesse a realizzarla il più rapidamente possibile, così da poterne trarre i frutti) arrechi un danno irreversibile all'ambiente; così come il focus esclusivamente sulla riduzione dell'inquinamento potrebbe in astratto portare ad un arretramento della tecnica. È, pertanto, opportuna una valutazione contestuale - nell'ambito della pianificazione degli investimenti - dei risvolti che le iniziative in tema di digitalizzazione possono avere sulla sostenibilità ambientale e viceversa.

Dunque, è auspicabile un deciso investimento nelle due transizioni, ecologica e digitale, con una attenta programmazione degli interventi¹² tesi alla digitalizzazione (dell'Amministrazione pubblica, del tessuto imprenditoriale e delle interazioni dei cittadini, mediante lo sviluppo dell'educazione al digitale) e alla maggiore sostenibilità dei processi. Proprio in questa logica è stato impostato il Next Generation EU, nella consapevolezza che il futuro dell'Europa passa da tali interventi: la competitività dei mercati europei, così come la vivibilità del Pianeta per le generazioni future.

1.2 A livello nazionale, il PNRR è articolato in Missioni e componenti e prevede una serie di riforme e progetti da realizzare: se le prime hanno un contenuto puramente normativo o amministrativo¹³ (e possono essere direttamente realizzati dalla PA) i secondi richiedono attività materiali la cui realizzazione è spesso, in mancanza di forme di autorganizzazione delle Amministrazioni, demandata a terzi, operatori economici individuati per mezzo di gare pubbliche.

¹² Per quanto possibile sincerandosi che tali interventi siano vagliati in una sede che consenta di valutare gli impatti che le une politiche possano avere sulle altre.

¹³ Accanto a questi vi sono inoltre riforme, per la cui attuazione formale è sufficiente l'approvazione di norme di legge, ferma restando la necessità di una successiva concreta implementazione da parte delle amministrazioni competenti.

Tali soggetti costituiscono l'anello ultimo nella realizzazione degli obiettivi previsti dal Piano e senza la cooperazione di questi il raggiungimento dei *targets* posti dal Piano non sarebbe concretamente possibile.

L'attività che sono chiamati a svolgere è eterogenea in quanto in concreto determinata dalla singola *lex specialis* di gara. Pur dovendo chiaramente distinguere tra progetti PNRR che prevedano in via diretta obiettivi di sostenibilità e digitalizzazione (in particolare, quelli previsti dalle citate Missioni 1 e 2 del Piano) e quelli che solo "indirettamente" li contemplano¹⁴, può evidenziarsi come gli operatori economici aggiudicatari oltre ad essere obbligati a quanto previsto contrattualmente – al fine di garantire la *compliance* a tali obblighi – sono di fatto sovente chiamati inoltre ad istituire una specifica organizzazione¹⁵ idonea a comprendere a valutare e garantire le caratteristiche *green* della propria attività (sia in sede progettuale sia monitorando la concreta realizzazione dei progetti). Quando poi i progetti prevedano interventi per la digitalizzazione, di fatto le imprese sono tenute ad istituire assetti adeguati a comprendere potenzialità e rischi degli strumenti digitali.

Dunque, oneri organizzativi particolarmente gravosi che richiedono di sviluppare una apposita cultura del rischio e di integrare elementi delle rivoluzioni digitali ed ecologica nei propri processi aziendali.

Poste tali premesse, è necessario occuparsi più nello specifico anche degli aspetti patologici e dei profili di responsabilità (*corporate social e digital responsibility*, tra le altre forme di responsabilità – strettamente giuridica e non¹⁶

¹⁴ Al riguardo, infatti, va chiarito che il PNRR prevede due diversi regimi - in particolare - con riferimento alla sostenibilità): il primo, caratteristico degli interventi ricompresi nella Missione 2, che richiede che l'intervento apporti un contributo sostanziale alla mitigazione dei cambiamenti climatici; il secondo, di più ampio ambito applicativo, che impone solamente che il progetto non arrechi un danno significativo (DNSH). Sul tema si tornerà più dettagliatamente nel prosieguo.

¹⁵ O quantomeno sarebbe opportuno lo facessero in quanto solo così potrebbero effettivamente essere in grado di sviluppare i progetti previsti dal PNRR. Al di là dell'adempimento delle singole obbligazioni previste dai progetti PNRR (e alla gestione dei relativi processi in tutte le fasi del progetto) che rappresentano gli unici obblighi contrattuali per le imprese attuatrici, la piena adesione da parte delle imprese alle transizioni che il Piano intende promuovere sarà possibile solamente mediante l'adeguamento delle strutture organizzative di queste utile e dei relativi obiettivi perseguiti.

¹⁶ K. Davis, *The case for and against business assumption of social responsibilities*, in *Academy of Management Journal*, 16, 1973, pp. 312-322; F. Denozza, *Le aporie della concezione*

– che possono derivarne¹⁷⁾ che si pongono nell’ambito dell’implementazione delle misure previste dal PNRR. Tanto con riferimento all’adempimento degli obblighi contrattualmente assunti dai soggetti aggiudicatari delle gare pubbliche, ma più in generale dell’adozione delle misure tese a mitigare gli impatti (esternalità negative) nell’ambito dello svolgimento dell’attività d’impresa.

2. Obiettivi perseguiti dal PNRR, destinatari e attuatori delle misure e principio di “non regressione ambientale”

2.1 Come si è provato a far emergere, digitalizzazione e sostenibilità - i due obiettivi prioritari del PNRR - si pongono su due livelli differenti, in quanto è convinzione diffusa che l’impresa tecnologicamente avanzata sia più competitiva sul mercato¹⁸, mentre il perseguimento della seconda spesso richiede un più intrusivo intervento pubblico¹⁹: non sempre la maggiore sostenibilità di un’impresa corrisponde a maggiori ricavi (pur producendo sovente un beneficio reputazionale, se oggetto di corretta comunicazione); al contrario, in mancanza di un specifici obblighi normativi, spesso le imprese evitano di internalizzare le esternalità negative derivanti dalle proprie attività, senza subirne conseguenze.

volontaristica della CSR, in La responsabilità sociale dell’impresa. Scritti in ricordo di G. Auletta, a cura di V. Di Cataldo - P.M. Sanfilippo, Torino, 2013, p. 49 e ss.

¹⁷ Giova sin da ora precisare che si tratta di formule aventi anzitutto una funzione descrittiva. Progressivamente, la *corporate social responsibility* nel contesto europeo sta acquisendo rilevanza anche a livello normativo, si veda sul punto S. Rossi, *Il diritto della Corporate Social Responsibility*, in Studi di diritto Commerciale per Vincenzo Di Cataldo, vol. II, tomo II, Torino, 2022; F. Capriglione, *Responsabilità sociale d’impresa e sviluppo sostenibile*, Riv. Trim. Dir. Econ., 2022, 1, p. 1 e ss. La più rilevante tra le recenti iniziative normative sul tema è la Proposta di Direttiva su “Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937” del 23 febbraio 2022, COM/2022/71 final. Sul punto di veda, tra gli altri, C.G. Corvese, *La proposta di direttiva sulla Corporate Sustainability Due Diligence e i suoi (presumibili) effetti sul diritto societario italiano*, in Orizzonti del diritto commerciale, maggio 2023.

Di *corporate digital responsibility* si parla invece prevalentemente in dottrina, si veda ad esempio M. Wade, *Corporate Responsibility in the Digital Era*, in MIT Sloan Management Review, 28 aprile 2020, disponibile online al seguente link <https://sloanreview.mit.edu/article/corporate-responsibility-in-the-digital-era/>. È comunque naturale corollario dell’utilizzo di tecnologie la gestione dei rischi che ne derivano.

¹⁸ M. Rabitti, *Tecnologia come strumento di efficienza della gestione*, Relazione Assonime, Roma 29 marzo 2022.

¹⁹ Anche se vi è chi ritiene che il perseguimento della sostenibilità rientri fisiologicamente nel cd. *corporate purpose*. Si veda C. Mayer, *Prosperity: Better Business Makes the Greater Good*, Oxford University Press, 2018.

Ebbene, anche sulla base di tali premesse, l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile²⁰ ha posto la sostenibilità al centro, ribadendo come si tratti di un obiettivo non rinviabile, che ha un deciso impatto sul futuro del mondo, dei suoi equilibri naturali e climatici, sulla vivibilità per le generazioni future. Al riguardo, l'Agenda delinea un programma d'azione con l'obiettivo di promuovere, attraverso il coinvolgimento delle imprese private, del settore pubblico e della società civile, lo sviluppo economico, ambientale e sociale, al fine di affrontare le numerose e complesse sfide istituzionali. Tale iniziativa delle Nazioni Unite ha, tra l'altro, delineato una serie di indicatori in cui è possibile scomporre – anzitutto a fini descrittivi – le misure da intraprendere per una maggiore sostenibilità: i 17 Obiettivi di sviluppo sostenibile (*Sustainable Development Goals – SDGs*) hanno la funzione di categorizzare le azioni intraprese e ricondurle entro “contenitori” predefiniti, anche al fine di renderle misurabili, nonostante si tratti di elementi spesso difficilmente quantificabili in modo oggettivo.

L'Europa in tale contesto ha voluto assumere il ruolo di leader, tracciando la strada per uno sviluppo sostenibile e per la mitigazione dei rischi ambientali, individuando obiettivi ambiziosi e intraprendendo puntuali azioni. Al riguardo, tra le principali iniziative intraprese rilevante è lo *European Green Deal*²¹, che mira - tra l'altro - a raggiungere entro il 2050 la riconversione dell'economia UE verso modelli produttivi a impatto zero.

La pandemia di COVID-19 si è frapposta sia cronologicamente sia da un punto di vista strategico tra l'elaborazione dello *European Green Deal* e la sua effettiva realizzazione. Dunque, il Next Generation EU ha rappresentato l'occasione per (ri)progettare il futuro dell'Europa, valutando quali fossero gli interventi più utili, anche alla luce di una visione di lungo termine. E tra questi, una collocazione privilegiata è stata riconosciuta ai progetti tesi alla realizzazione della transizione ecologica: è stato quindi progressivamente adottato un

²⁰ Si tratta di un “programma d'azione per le persone, il pianeta e la prosperità” sottoscritto il 25 settembre 2015 dai governi di 193 paesi membri delle Nazioni Unite.

²¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Il Green Deal europeo*, COM/2019/640 final, Bruxelles, 11.12.2019.

approccio volto alla conformazione dell'economia nel senso di "adozione di un indirizzo verde"²².

Al contempo, anche alla digitalizzazione è stato riconosciuto un ruolo cruciale nel futuro dell'Europa in quanto obiettivo ritenuto essenziale per lo sviluppo dell'economia, per l'efficientamento dei processi e per una maggiore inclusione sociale. Il *digital divide* esistente tra la popolazione ha sempre rappresentato un ostacolo rilevante nelle politiche di digitalizzazione, assieme ovviamente alla scarsità di risorse a disposizione, e la pandemia di COVID-19 ha rappresentato una irripetibile occasione per accelerare sulla digitalizzazione, in quanto il confinamento domestico ha imposto a larga parte della popolazione di familiarizzare con strumenti tecnologici e con l'accesso a servizi con modalità a distanza. Al contempo, gli stanziamenti per la ripresa pandemica, hanno reso disponibili ingenti risorse da destinare a tali obiettivi²³.

2.2. Da un punto di vista strutturale, il PNRR italiano riserva alla transizione digitale e al perseguimento di obiettivi di maggiore sostenibilità oltre la metà delle risorse disponibili. Il Piano prevede poi ulteriori quattro Missioni, che per quanto beneficiano di uno stanziamento di risorse più limitato, ben mostrano quali siano gli ambiti ritenuti strategici per il futuro del Paese: la Missione 3 Infrastrutture per una mobilità sostenibile, Missione 4 Istruzione e ricerca, Missione 5 Coesione e inclusione, e infine Missione 6 Salute²⁴.

Alcuni di questi ambiti hanno una rilevanza decisiva per il futuro del Paese (si pensi, ad esempio, agli investimenti sull'istruzione e sulla sanità) ma risultano

²² F. De Leonardis, *Lo Stato ecologico*, Torino, 2023, p. 131 e ss. Nel contesto nazionale, peraltro, l'espressa menzione in Costituzione, nell'ambito dell'art. 41, della tutela dell'ambiente come limite alla libertà d'iniziativa privata rende tale indirizzo ancor più evidente. Sul punto, si veda S. Cerrato, *Appunti per una via italiana all'ESG. L'impresa costituzionalmente solidale (anche alla luce dei nuovi artt. 9 e 41, comma 3, Cost.)*, in *An. Giur. Ec.*, 1, 2022, 72.

²³ Il PNRR italiano, a p. 9, evidenzia come «*La pandemia di Covid-19 è sopraggiunta in un momento storico in cui era già evidente e condivisa la necessità di adattare l'attuale modello economico verso una maggiore sostenibilità ambientale e sociale*».

²⁴ Una prima riflessione su quali fossero gli obiettivi da perseguire e le modalità più adatte per farlo, nel contesto nazionale, è contenuta nell'ambito del Report Iniziative per il rilancio "Italia 2020-2022" (il cd. Piano "Colao"), redatto dal Comitato di esperti in materia economica e sociale, commissionato dal Governo e contenente idee per il rilancio del Paese.

più settoriali; hanno, in altri termini, minor rilievo per il mercato in ragione del più ridotto ambito applicativo oltreché per le minori risorse stanziare.

Per queste ragioni, dunque, d'ora in poi lo scritto si focalizzerà esclusivamente sugli interventi previsti dalle Missioni 1 e 2 del Piano (e gli altri vincoli di sostenibilità di applicazione orizzontale) e sui riflessi che la loro implementazione ha sui soggetti che a vario titolo si pongono nella "catena" di interventi necessari per la realizzazione, soffermandosi da ultimo sugli impatti sull'organizzazione societaria e sui suoi riflessi verso l'esterno.

2.3 Pur nella consapevolezza del delicato rapporto esistente tra le finalità perseguite, il PNRR italiano non contiene regole puntuali che impongano ai soggetti titolari d'intervento e alle imprese beneficiarie di misure PNRR di contemperare – in concreto – gli obiettivi di sostenibilità e transizione digitale. A supplire alla mancanza vi è però una regola generale, prevista dall'art. 17 del Regolamento Tassonomia²⁵ e a cui si fa espresso riferimento in più passaggi del PNRR²⁶: quella del necessario rispetto del principio di non arrecare danni significativi all'ambiente (*do no significant harm* – DNSH). Tale regola, già qualificata dalla dottrina come regola di non regressione ambientale²⁷ risponde, per l'appunto, all'esigenza di rendere ogni progetto sostenibile *by design*, promuovendo così lo sviluppo della cultura della sostenibilità²⁸ (non solo mediante la progettazione di interventi non impattanti sull'ambiente in sé, ma favorendo lo sviluppo di una specifica competenza nella valutazione degli impatti

²⁵ Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088.

²⁶ Viene espressamente richiamato nella Premessa del Piano, a p. 4, ma trova applicazione a tutti i progetti previsti dallo stesso. Il Principio DNSH è inoltre previsto tra i principi orizzontali del regolamento che istituisce il dispositivo per la ripresa e resilienza (art. 5 del Regolamento (UE) 2021/241). In tale contesto viene sancito chiaramente che "Il dispositivo finanzia unicamente le misure che rispettano il principio «non arrecare un danno significativo»".

²⁷ L. Colella, *Il principio di 'non regressione ambientale' al centro del Global Pact of Environment: il contributo dell'esperienza francese al diritto ambientale comparato*, Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente, 2019, 28, p. 2 e ss.

²⁸ Cfr. M. Passalacqua, *Green Deal e transizione digitale verso un diritto eventuale*, in M. Passalacqua (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale. Studi dedicati a Mauro Giusti*, Padova, 2022, p. 3 e ss. (in particolare p. 22 e ss.) che ricostruisce anche la storia del criterio DNSH.

ambientali dei progetti). La valutazione d'impatto sottesa al DNSH è articolata secondo le regole e criteri previsti dal citato art. 17 del Reg. Tassonomia oltreché – in modo più puntuale e di dettaglio – dagli “*Orientamenti tecnici sull'applicazione del principio “non arrecare un danno significativo” a norma del regolamento sul dispositivo per la ripresa e la resilienza*”²⁹ e le relative guide tecniche³⁰. Tale modello ha dunque il pregio di individuare criteri e indicatori (i quali mirando ad essere il più possibile oggettivi perdono la loro attitudine ad essere principi regolatori, appiattendosi su elenchi specifici per i singoli settori e tipi di progetti) a cui guardare nella redazione di un progetto, così da sincerarsi che non impatti in modo negativo sull'ambiente, frustrando gli obiettivi complessivamente perseguiti. Si tratta – in concreto – di criteri volti a valutare se l'intervento pianificato impatti su uno dei sei obiettivi ambientali previsti dall'art. 9 dell'Accordo di Parigi³¹.

Il passaggio dalla teoria alla pratica non è però sempre così immediato³².

Spesso la dichiarazione di rispetto di tale principio si traduce in un mero *box ticking*, di difficile riscontro da parte di coloro che sono chiamati a giudicare i progetti e quindi a verificarne l'applicazione, in particolare quando non sia messa a disposizione la documentazione istruttoria che ha portato alla valutazione.

²⁹ Commissione Europea, Orientamenti tecnici sull'applicazione del principio “non arrecare un danno significativo” a norma del regolamento sul dispositivo per la ripresa e la resilienza, Bruxelles, 12.2.2021 C(2021) 1054 final.

³⁰ Guida operativa per il rispetto del principio di non arrecare danno significativo all'ambiente (cd. DNSH), Edizione aggiornata allegata alla circolare RGS n. 33 del 13 ottobre 2022.

³¹ Si tratta, in particolare di: 1. mitigazione dei cambiamenti climatici, per cui un'attività economica non deve comportare significative emissioni di gas serra; 2. adattamento ai cambiamenti climatici, per la quale l'attività economica non deve determinare un maggiore impatto negativo sul clima attuale e futuro; 3. utilizzo sostenibile delle risorse idriche e marine; 4. transizione verso un'economia circolare, in cui un'attività economica deve essere in grado di recuperare materiali precedentemente usati, usare efficientemente risorse naturali, smaltire rifiuti; questo criterio è fortemente indirizzato alla riduzione di rifiuti e al loro riciclo; 5. prevenzione e riduzione dell'inquinamento dell'aria, dell'acqua e del suolo; 6. protezione e il ripristino della biodiversità e della salute degli ecosistemi; questo principio sottolinea il fatto che una qualunque attività economica non debba provocare danni agli ecosistemi e allo stato di conservazione degli habitat e delle specie.

³² Per alcune considerazioni sul punto, si veda F. Fracchia, *Colli di bottiglia nell'attuazione del PNRR e modelli di pubblica amministrazione*, intervento al convegno AIPDA, Next Generation UE, p. 12. Tra le altre cose, in quell'occasione è stato sostenuto che al Next Generation UE si sarebbero dovuti applicare gli ordinari principi del diritto amministrativo e del diritto ambientale in particolare (tra cui, quindi, il principio di precauzione).

In particolare, nel contesto del PNRR, ciò è apparso evidente nei casi in cui il bando di gara non imponga di fornire la documentazione di supporto in base alla quale si è giunti a ritenere che il progetto non arrechi danni all'ambiente e ciò pone la commissione di valutazione (incaricata della valutazione dei progetti presentati dai concorrenti) in una situazione di chiara difficoltà nel valutare se la dichiarazione del progetto come *DNSH-compliant* corrisponda al vero. Il rischio che il principio di *do no significant harm* finisca per essere una mera declamazione di principio è ancor più evidente quando – ad esempio nel settore della costruzione di edifici – oggetto di gara non siano progetti esecutivi, ma solamente progetti di fattibilità (o altri elaborati non aventi un elevato grado di dettaglio). In tal caso, si pongono all'evidenza vari problemi: se la *non compliance* con il detto principio dovesse emergere solamente nella fase successiva, a fronte di un più approfondito studio progettuale, di fatto il progetto originario (con le caratteristiche che lo avevano portato a risultare aggiudicatario nell'ambito della prima gara) non risulterebbe idoneo alla realizzazione e ciò comporterebbe ulteriori oneri e ritardi per l'Amministrazione aggiudicatrice. Vi sono anche problemi di concorrenzialità, in quanto l'imprenditore "onesto" che dichiarasse che il suo progetto non rispetta il criterio DNSH sarebbe escluso, mentre colui che ne affermasse il rispetto - pur non corrispondente al vero - potrebbe invece risultare aggiudicatario se concretamente lo scrutinio su questo parametro non venisse approfonditamente svolto³³.

D'altra parte, le Amministrazioni aggiudicatrici raramente dispongono di strutture con le competenze necessarie per esercitare uno scrutinio approfondito sul rispetto di tali criteri di sostenibilità. Al riguardo, infatti, va evidenziato che i controlli sono attualmente allocati a livello locale e non a livello Europeo e ciò risulta problematico in quanto le amministrazioni più piccole spesso non hanno mezzi sufficienti per effettuare un *assessment* adeguato. Le attuali regole

³³ Si pensi ad esempio a progetti preliminari per la costruzione di immobili in cui viene indicato che gli impianti previsti miglioreranno la situazione preesistente di consumo ed efficienza energetica, ma tale affermazione non è supportata da specifici studi o tali documenti recanti l'analisi circa i diversi impatti non siano asseverati. In tal caso, la mancata approfondita valutazione d

prevedono infatti che la Commissione Europea sarà chiamata solamente a verificare il rispetto complessivo degli obiettivi del Piano – sindacando così l'azione delle stazioni appaltanti, anche in sede di monitoraggio sull'esecuzione dei progetti – e lo dovrà fare sulla base della documentazione che le amministrazioni nazionali le forniscono.

Appare però evidente che le amministrazioni locali si trovano attualmente in difficoltà nella gestione e monitoraggio dei progetti PNRR³⁴. E ciò può indebolire lo strumentario a tutela dell'ambiente previsto dal Piano.

Attese queste difficoltà applicative – e le conseguenti perplessità sull'effettività di tali regole nel perseguimento degli obiettivi di sostenibilità – occorre quindi domandarsi quali conseguenze abbia per le imprese la *compliance* con tali vincoli. Si pone qui una contrapposizione tra considerazioni strettamente economiche e scopi di rilievo sociale che sono trasmessi al mercato per il mezzo di una politica pubblica strutturale³⁵: si subordina l'accesso (delle imprese private) ai fondi pubblici all'adeguamento a vincoli espressione degli obiettivi di sostenibilità, ritenuti meritevoli dall'ordinamento³⁶. La *compliance* però può determinare costi per l'impresa, talvolta tali addirittura da scoraggiare l'accesso al mercato dei contratti con la PA, qualora l'onere sia ritenuto eccessivo.

Non sono ancora disponibili dati relativi agli oneri (di sostenibilità) per le imprese italiane che derivano dalla partecipazione ai bandi PNRR; in altri contesti, ad esempio con riferimento alla *compliance* GDPR, è stata data prova di come l'imposizione di stringenti vincoli abbia costituito barriera all'ingresso nel mercato: gli studi empirici condotti con riferimento al GDPR lo hanno evidenziato in modo chiaro³⁷. *Mutatis mutandis*, analoga problematica pare riscontrabile nel

³⁴ Openpolis, *Il Pnrr e le difficoltà degli enti locali*, 3 ottobre 2022, disponibile al seguente link <https://www.openpolis.it/il-pnrr-e-le-difficolta-degli-enti-locali/>.

³⁵ Per un inquadramento sulle politiche pubbliche (in particolare di quelle d'incentivazione), si veda M. Mattalia, *L'incentivazione pubblica*, in *Diritto Amministrativo*, 2, giugno 2023, p. 339 e ss.

³⁶ Va evidenziato comunque che tale valutazione non si traduce in vincoli normativi efficaci *erga omnes*, ma i destinatari degli obblighi vengono selettivamente individuati.

³⁷ K. Blind, *The influence of regulations on innovation: A quantitative assessment for OECD countries*, *Research Policy*, Volume 41, Issue 2, 2012, pp. 391 e ss.; N. Martin - C. Matt - C.

caso di specie, con alcune precisazioni. Il GDPR ha un ambito applicativo generale e il mancato adeguamento agli standards lì previsti determina l'impossibilità di operare sul mercato; il non sviluppare competenze circa la valutazione di sostenibilità e la minimizzazione degli impatti dei propri progetti preclude invece solamente la contrattazione con le Amministrazioni pubbliche, potendo l'impresa continuare ad operare nel mercato (generale) contrattando con altri imprenditori che non richiedano i medesimi requisiti. Si pone quindi un tema di convenienza economica dell'adeguamento dell'organizzazione dell'impresa (e del conseguente svolgimento di onerose valutazioni) per essere parte del mercato dei contratti della PA³⁸.

Cionondimeno si tratta di una questione idonea a determinare rilevanti effetti sugli operatori economici. Difatti, le imprese che intendano fruire dei fondi pubblici PNRR (ma non solo³⁹) sono tenute al rispetto di tali vincoli: ci si riferisce in particolare ai vincoli di sostenibilità, che in ogni modo stanno progressivamente divenendo sempre più penetranti anche per l'impresa "comune"⁴⁰. Per quanto riguarda invece agli obblighi derivanti dalla digitalizzazione, mancano nel PNRR

Niebel et al., *How Data Protection Regulation Affects Startup Innovation*, Inf Syst Front 21, 1307–1324 2019, disponibile al seguente link <https://doi.org/10.1007/s10796-019-09974-2>.

³⁸ Ovviamente, rimangono sullo sfondo le altre motivazioni che potrebbero influire sulla scelta delle imprese di "investire" nella transizione verde e digitale, in mancanza di obblighi normativi che lo impongano.

³⁹ Nell'ambito del settore degli appalti pubblici, i vincoli di sostenibilità sono ormai imposti anche al di fuori dei progetti PNRR. Ambito in cui si verificano analoghe dinamiche è quello del cd. *green public procurement*: in tal caso, le specifiche *green* imposte dalla stazione appaltante, impongono ai privati appaltatori di tenere determinate condotte, pena altrimenti l'esclusione della propria offerta. Nell'ambito del *green public procurement* (e del nuovo codice dei contratti pubblici d.lgs. 36/2023) i criteri ambientali minimi di cui all'art. 57 rappresentano un referente da tenere in considerazione, il cui rispetto è indispensabile. Va evidenziato che tali indicatori non sono del tutto sovrapponibili al principio di non regressione ambientale, pur evidentemente condividendo la medesima *ratio*. Per un inquadramento sui CAM si veda M. Mazzarella, *Verso una maggiore sostenibilità degli appalti pubblici: il ruolo dei criteri ambientali minimi*, in *Munus*, 1/2023.

Quanto invece alla stretta correlazione esistente tra sostenibilità e digitale, questa ben può cogliersi guardando alle modalità di verifica della concreta realizzazione – nella fase esecutiva – degli obiettivi di sostenibilità a cui l'appaltatore si era vincolato in sede di gara. Sul tema, si veda F. Fracchia - P. Pantalone, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'Agenda ONU 2030*, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.2-3, aprile 2022, p. 243 e ss.

⁴⁰ Rilevante al riguardo è la proposta di Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD).

vincoli orizzontali che obblighino tutte le imprese ad adottare soluzioni digitali⁴¹. Gli obblighi di sostenibilità digitali derivano quindi in primo luogo dalla gestione degli strumenti tecnologici che l'impresa intenda impiegare (e dai rischi conseguenti), più che da una generale "responsabilità a divenire digitali" che pare sussistere solo allorquando vi siano puntuali obblighi contrattuali che lo impongono.

In termini più generali, quali sono gli impatti degli obiettivi di transizione digitale ed ecologica sull'organizzazione dell'impresa? Il perseguimento dell'equilibrio tra obiettivi di sostenibilità e digitalizzazione determina un aggravio degli oneri organizzativi per l'impresa beneficiaria dei fondi PNRR?

3. Conseguenze sull'organizzazione (e responsabilità) dell'impresa

3.1 Il Piano, come detto, intende perseguire obiettivi di digitalizzazione e sostenibilità e lo fa anzitutto mediante la previsione di interventi, progetti, misure specifiche, che devono essere implementate. Ma l'obiettivo ultimo che si intende raggiungere, va ben oltre questo: mira, infatti, ad una trasformazione della società, di modo che incorpori tali obiettivi (e valori).

Dunque, l'obiettivo del Piano (e, più in generale a livello europeo, del Next Generation EU) si potrà dire raggiunto allorquando le imprese destinatarie o "veicolanti" gli interventi del PNRR adeguino la propria struttura, le modalità di erogazione dei servizi e concorrano a rimodellare le preferenze degli utenti⁴². Il mutamento per le imprese passa in primo luogo dalla riorganizzazione dei propri assetti organizzativi e obiettivi: non solo quindi mediante il puntuale adempimento delle obbligazioni contrattualmente previste in attuazione dei singoli progetti e misure del Piano, ma con un progressivo adeguamento dell'organizzazione societaria (che consente di meglio perseguire e monitorare il raggiungimento di

⁴¹ È rilevante osservare come nel nuovo codice dei contratti pubblici d.lgs. 36/2023 il principio della digitalizzazione assume una rilevanza centrale (cfr. articoli 19 e ss.) e dunque nell'ambito dell'ambito del mercato dei contratti con la PA si assiste ad una progressiva digitalizzazione dell'interazione, con conseguente necessità di adeguamento per coloro che intendano contrattare con l'Amministrazione pubblica.

⁴² E dunque le caratteristiche del mercato.

tali finalità) e con un auspicabile progressivo “contaminazione” della cultura aziendale con tali obiettivi.

Con riferimento alla sostenibilità, il PNRR rappresenta evidentemente un cambio di passo, in quanto l’adeguamento ai parametri di sostenibilità diviene una condizione necessaria per contrattare con la PA, sostanzialmente eteroimposta alle imprese che intendano accedere al mercato dei contratti pubblici: il perseguimento di tali fini diviene di fatto obbligatorio nella misura in cui imprenditori privati intendano contrattare con l’Amministrazione pubblica. Per di più, la necessità valutare e certificare la sostenibilità della propria attività comporta che le imprese debbano sviluppare adeguate competenze, tali da rendere possibile un’accurata analisi al riguardo.

Quanto invece alla digitalizzazione, quand’anche non si tratti dell’obiettivo primario da perseguire in ragione dei progetti finanziati dal PNRR, si tratta di un processo ormai diffuso e probabilmente irreversibile. Ciò di cui occorre sincerarsi – e probabilmente ciò non emerge sufficientemente dal PNRR, che si occupa della patologia della digitalizzazione solamente con riferimento alla *cybersecurity*, ma non anche dei pericoli derivanti da un uso poco accorto e consapevole degli strumenti tecnologici – è che le imprese implementino adeguati modelli di governo delle tecnologie e di contrasto ai relativi rischi⁴³. Qualora ciò non avvenga, potranno porsi rischi acuti sia con riferimento alla singola impresa – in balia della tecnologia e delle sue possibili derive – sia a livello sistemico, con ricadute sull’intero mercato.

Sembra potersi preliminarmente ritenere che sussista una speciale responsabilità delle imprese che partecipano alle transizioni verde e digitale (in particolare quelle attuatrici degli interventi PNRR e beneficiarie dei fondi ma non solo). Tale responsabilità avrebbe una duplice dimensione: si riferisce non tanto all’esigenza che le imprese perseguano le citate finalità, quanto piuttosto che si impegnino a far fronte ai relativi rischi. Si pensi, ad esempio, ai rischi *cyber*

⁴³ M. Magnusson-D. Blume, *Digitalisation and Corporate Governance*, OECD Corporate Governance Working Papers no. 26, 2022, p. 13 e ss. disponibile al seguente indirizzo https://www.oecd-ilibrary.org/governance/digitalisation-and-corporate-governance_296d219f-en.

conseguenti alla digitalizzazione dei processi produttivi: in mancanza di idonee politiche di contrasto (e di risposta), eventuali *cyber breaches* potrebbero determinare effetti di contagio verso altri operatori economici⁴⁴. Quanto, invece, ai profili di sostenibilità, poiché l'accesso ai fondi PNRR è subordinato alla verifica del rispetto di specifici indicatori, possono emergere al riguardo profili di responsabilità sia con riferimento alla veridicità delle dichiarazioni di sostenibilità rese sia al rispetto degli obblighi *green* nella fase esecutiva del progetto ammesso al finanziamento.

3.2 Come evidenziato in apertura, tali esigenze hanno risvolti anche sull'organizzazione dell'impresa.

Si tratta infatti, sia con riferimento alla sostenibilità che alla digitalizzazione, di obiettivi il cui adeguato perseguimento richiede un'attenta organizzazione e ponderazione. Nell'ambito del riparto delle competenze all'interno dell'impresa organizzata in forma societaria, tale competenza rientra tradizionalmente nei compiti gravanti sugli amministratori. Questi ultimi, infatti, nella società capitalistica esercitano un ruolo di indirizzo e strategia nella gestione dell'impresa, riconducibile agli obblighi di cui all'art. 2380 bis c.c. (in relazione alle S.p.A.) di compiere tutte le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale e più in generale di predisposizione di adeguati assetti organizzativi ai sensi dell'art. 2086 c.c.⁴⁵. Talune limitate competenze "di controllo" potrebbero essere invece ritenute di competenza del collegio sindacale (o di altro organo deputato a funzioni di controllo, qualora la società avesse optato per un diverso modello di *governance*)⁴⁶.

⁴⁴ Una interessante lettura è offerta da World Economic Forum, *Cybersecurity Sould be Treated as an ESG Issue: Here's Why*, 1 marzo 2022, disponibile online all'indirizzo <https://www.weforum.org/agenda/2022/03/three-reasons-why-cybersecurity-is-a-critical-component-of-esg/>.

⁴⁵ ASSONIME, *L'evoluzione dell'organo amministrativo tra sostenibilità e trasformazione digitale*, Gruppo di lavoro della Giunta Assonime coordinato da Corrado Passera, Note e studi, 1/2023.

⁴⁶ S. Fortunato, *Atti di organizzazione, principi di correttezza amministrativa e "Business Judgment Rule"*, in *Giur. comm.*, 6/2021, 2, pp. 1373-1385; C. Picciau, *Intelligenza artificiale, scelte gestorie e organizzazione delle società per azioni*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 7/2022, p. 1253 e ss.

Può osservarsi come nell'ambito dell'impresa azionaria, la valutazione e gestione dei rischi *green* e *digital* vengono spesso affidati ad appositi comitati endoconsiliari⁴⁷, in quanto ritenuti luogo più adatto per la valutazione di profili tecnici, che richiedono una specifica competenza. Va però letta con sfavore la tendenza ad istituire comitati nuovi a fronte dell'adozione di strumenti nuovi, che pur manifestando rischi specifici a un fenomeno o tecnologia, sono comunque riconducibili a categorie di rischi noti. Dunque, l'attribuzione della competenza su tali tematiche al comitato rischi pare del tutto coerente allorquando tali tematiche possono essere in questo contesto oggetto di attenta ponderazione da parte di soggetti aventi sufficienti competenze⁴⁸.

In termini più generali, sia con riferimento alle competenze digitali sia a quelle di sostenibilità, pare auspicabile valutare l'introduzione di requisiti di *fit and proper* per gli amministratori⁴⁹, quantomeno per quelli di imprese la cui attività può determinare un effetto sistemico. Occorre però evitare che l'attenzione su queste tematiche e la verifica della sussistenza di competenze degli amministratori in questi ambiti faccia passare in secondo piano altre competenze ugualmente essenziali (e specifiche per i singoli settori).

Ciò detto, occorre ora domandarsi, quale siano – se ce ne sono – le specificità, da un punto di vista dell'organizzazione, delle imprese destinatarie di fondi PNRR?

Si potrebbe, infatti, correttamente sostenere che i presidi organizzativi finora esaminati dovrebbero essere adottati da qualsiasi impresa decida di impiegare soluzioni tecnologiche complesse o integri nei suoi processi i fattori ESG⁵⁰. Ciò che si vuole qui sostenere è che le imprese destinatarie di fondi PNRR (o che

⁴⁷ M. Houben, *La distribuzione della responsabilità nei consigli di amministrazione con comitati interni investiti di funzioni istruttorie, propositive e consultive*, in Banca Borsa Titoli di Credito, 3, giugno 2022, p. 439 e ss.

⁴⁸ L. Calvosa, *La governance delle società quotate italiane nella transizione verso la sostenibilità e la digitalizzazione*, in Rivista delle società, 2/3, 2022, p. 309 e ss.

⁴⁹ Per una panoramica, si veda V. Bevivino, *Il prossimo cambio di paradigma del governo delle banche: annotazioni dal diritto francese e idee statunitensi sul fit and proper degli amministratori*, Giur. Comm. 2, aprile 2023, p. 273 e ss.

⁵⁰ Cfr. A. Sacco Ginevri, *Divagazioni su corporate governance e sostenibilità*, in Riv. trim. dir. econ., 2022, 1, 3, 83 ss.

desiderino partecipare alle relative gare) sono speciali, in quanto finiscono per dover adeguare la propria organizzazione – anche in mancanza di obblighi normativi che puntualmente lo prevedano – al fine di dare piena attuazione agli obblighi posti dal Piano.

L'accesso a fondi PNRR da parte di imprese private impone di fatto loro un vincolo esterno⁵¹, nonostante queste strutturalmente (statutariamente) non siano tenute a modificare i propri obiettivi⁵². Al di fuori delle imprese benefit o di quelle che perseguano scopi altruistici⁵³, il dover tener conto dei vincoli di sostenibilità pur non essendone obbligati per legge, determina di fatto una eterodeterminazione degli scopi dell'impresa⁵⁴. Ad ogni modo, occorre precisare che non si tratta di un vincolo formale, per almeno due ragioni: la prima, è che l'impresa decide spontaneamente se partecipare o meno alle gare pubbliche; dall'altra, la riorganizzazione dell'impresa non è espressamente prevista tra gli obblighi contrattuali dei soggetti destinatari dei fondi PNRR, ma è solamente la logica conseguenza della necessità di governare processi che richiedono competenze e strutture specifiche.

⁵¹ Cfr. G. Minervini, *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*, in Riv. dir. civ., 1958, I, p. 618 e ss.; F. Galgano, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in Trattato di diritto comm. e di diritto pubblico dell'economia, diretto da F. Galgano, I, Padova, 1977, p. 512 e ss..

⁵² E in questo si vede la differenza sostanziale con la stessa Pubblica Amministrazione, la quale nell'implementazione delle politiche pubbliche di cui al PNRR è chiamata al rispetto dei medesimi vincoli e principi. C'è però una differenza non irrilevante: con riferimento all'Amministrazione pubblica (quando agisca direttamente o per il tramite di enti su cui eserciti controllo analogo) tali vincoli sono direttamente funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico a cui è funzionalizzato l'agire (amministrativo o d'impresa), e dunque – una volta che si sia appurato che si tratta di scopi meritevoli, effettivamente coincidenti con l'interesse pubblico – l'adeguamento degli obiettivi e delle modalità di perseguimento degli stessi da parte della PA ne rappresenta conseguenza automatica.

⁵³ Per una introduzione a alle tematiche dell'*enlightened shareholders value* o dello *stakeholders value* si veda K.J. Hopt, *Corporate Purpose and Stakeholder Value - Historical, Economic and Comparative Law Remarks on the Current Debate, Legislative Options and Enforcement Problems*, European Corporate Governance Institute - Law Working Paper No. 690, 2023, disponibile al seguente link <https://ssrn.com/abstract=4390119>; L.A. Bebchuk- K. Kastiel-R. Tallarita, *Does Enlightened Shareholder Value Add Value?*, The Business Lawyer, Volume 77, 2022, pp. 731-754, Harvard Law School John M. Olin Center Discussion Paper No. 1077; G. Ferrarini, *Corporate Purpose and Sustainability*, European Corporate Governance Institute - Law Working Paper 559/2020, disponibile al seguente link <https://ssrn.com/abstract=3753594>.

⁵⁴ Si veda, E. Barcellona, *La sustainable corporate governance nelle proposte di riforma del diritto europeo: a proposito dei limiti strutturali del c.d. stakeholderism*, in Riv. Soc., 2022, pp. 1 ss.

E tali elementi hanno ricadute di non scarsa rilevanza sia in termini di costi da sostenere sia in termini di *accountability* verso l'esterno.

3.3 L'impresa viene così spinta ad assumere comportamenti socialmente responsabili, acuendo la responsabilità sociale dell'impresa, che assume in questo modo rilievo – e rilevanza giuridica – anche nei confronti dell'ente pubblico aggiudicatario, oltretutto degli azionisti ed altri *stakeholders*.

Ciò sembra alterare la natura di tale responsabilità, rispetto alla quale già si è assistito ad una evoluzione: difatti, la *corporate social responsibility* – come regola di condotta spontanea e non cogente – ha progressivamente subito un'evoluzione in conseguenza della diffusione ed applicazione dei fattori ESG⁵⁵. In senso atecnico si può parlare ancora di CSR, riconducendovi tutti i comportamenti della società e dei suoi esponenti tesi a mitigare l'impatto ambientale e sociale, ma occorre chiarire che ad oggi questi sono soggetti a numerose regole giuridiche vincolanti, spesso di derivazione europea⁵⁶.

La nozione, poi, recentemente si è arricchita di ulteriori sfumature ed oggi si riconosce che una sottocategoria di responsabilità sociale d'impresa sia la sua declinazione "digital". La *corporate digital responsibility* (CDR) è il naturale corollario e conseguenza dell'impiego di strumenti informatici riferendosi all'approccio dell'impresa al corretto impiego delle tecnologie nell'ambito dei propri processi aziendali, tenendo in considerazione sia i possibili vantaggi sia i relativi rischi nonché l'impatto che potrebbero generare a livello sociale e ambientale. Questa *species* della responsabilità sociale d'impresa acquisirà progressivamente un rilievo crescente poiché la sostenibilità digitale rappresenta un componente essenziale per poter raggiungere gli obiettivi di sostenibilità. E

⁵⁵ U. Tombari, *Corporate social responsibility (csr), environmental social governance (esg) e "scopo della società"*, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2021, n. 2, p. 225 e ss.

⁵⁶ Ciò diverrà ancora più evidente qualora venisse approvata la proposta di CSDDD, che prevede ipotesi di responsabilità civile per l'imprenditore che non svolga una adeguata due diligence di sostenibilità (art. 22). Tale proposta giunge perfino a prevedere la responsabilità dell'imprenditore si estenda anche ai doveri in materia di sostenibilità gravanti sugli altri soggetti che si inseriscono nella catena del valore. Sul punto, A.M. Paces, *Civil Liability in the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive Proposal*, *Oxford Business Law Blog*, 22 settembre 2023.

più gli strumenti informatici assumono un ruolo rilevante nell'ambito dell'impresa, maggiore sarà la rilevanza anche delle condotte tese a sterilizzarne i rischi caratteristici⁵⁷.

Anche la CDR nasce al di fuori di obblighi strettamente giuridici, salvo divenire più recentemente oggetto di attenzione anche da parte di legislatori europei⁵⁸. Ancora oggi, le principali espressioni della CDR sono riconducibili alle attività volontarie mosse da finalità etiche per uno sviluppo sostenibile degli strumenti digitali, mossi da finalità reputazionali o talvolta puramente filantropici. Ma si arricchisce anche di elementi ulteriori, tesi ad evitare che l'utilizzo di tecnologie nello svolgimento dell'attività d'impresa (sia come supporto alle decisioni e attività umane, sia astrattamente in sostituzione dell'attività umana⁵⁹) possa pregiudicare lo svolgimento dell'attività d'impresa, creare danni all'impresa stessa e a terzi nonché compromettere l'ambiente.

Dunque, accanto alle iniziative promosse dalle imprese al fine di promuovere un approccio etico al digitale, rientrano in tale forma di responsabilità anche i comportamenti adottati al fine di valutare e sterilizzare i rischi degli strumenti

⁵⁷ Si pensi ad esempio, l'adozione di *tools* di intelligenza artificiale richiede competenze specifiche che consentano non solo di sfruttare a pieno le potenzialità della tecnologia ed integrarla al meglio nei propri processi aziendali, ma anche – e ai nostri fini, soprattutto – di comprenderne le implicazioni dell'utilizzo, governarne i rischi auspicabilmente prevedendo sia strategie tese a minimizzarli sia a reagire al loro possibile inveramento. Volendo offrire esempi di immediata comprensione che ben rendono l'idea dell'ampiezza dei rischi di cui si tratta, la digitalizzazione della documentazione e la conseguente archiviazione in banche dati rende i dati così conservati assai più vulnerabili, il collegamento online dei propri sistemi informatici li rende attaccabili dall'esterno acuendo i rischi *cyber* a cui va incontro l'impresa.

⁵⁸ In particolare, in Francia e Germania sono state lanciate apposite strategie in tema di responsabilità digitale d'impresa, con la finalità di promuovere una transizione digitale più responsabile, consapevole del concreto funzionamento dei processi e ne allochi le responsabilità per l'utilizzo, ponendo altresì le basi per la condivisione delle *best practices*. Sul punto di veda G. Schneider, *Le tecnologie societarie alla prova del governo sostenibile tra ESG, diligenza d'impresa e corporate digital responsibility*, in *Corporate Governance*, 1, 2022. Tra le iniziative proposte, quella tedesca ha avuto un seguito formale tanto da giungere all'approvazione di un codice di corporate digital responsibility "che prevede impegni volontari e obblighi di rendicontazione". Cfr. F. Möslin, *Intelligenza artificiale e Corporate Digital Responsibility: gli sviluppi europei*, in *Diritto Societario, Digitalizzazione e Intelligenza Artificiale*, in R. Costi - N. Abriani, p. 264 D'altra parte, però, a livello nazionale ed europeo mancano referenti normativi specifici.

⁵⁹ Si pensi al riguardo al cd. *roboboard*, ad oggi non utilizzabile nell'ordinamento nazionale, ma che può fornire utili spunti di riflessione. Cfr. G.D. Mosco, *Roboboard. L'intelligenza artificiale nei consigli di amministrazione*, in *Analisi Giuridica dell'Economia, Studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, n. 1/2019, p. 247 e ss.

tecnologici. Si tratta di un ambito tradizionalmente non presidiato da obblighi normativi⁶⁰, che l'autodisciplina ha tentato di colmare: si pensi al riguardo alla generale previsione del necessario perseguimento del "successo sostenibile" da parte degli amministratori delle società quotate (Codice di corporate governance italiano 2020)⁶¹: pur non facendo espresso riferimento alla sostenibilità digitale, questa è certamente ricompresa nell'ambito del più generale obbligo di perseguire la sostenibilità, creando valore nel lungo periodo (a beneficio degli azionisti, ma tenendo in considerazione altresì gli interessi degli altri stakeholders rilevanti per la società). Più recentemente anche i *G20/OECD Principles of Corporate Governance* hanno seguito una impostazione analoga.

In questo contesto, assumono ancora più rilevanza le iniziative dei legislatori europei a cui si faceva riferimento (in particolare Francia e Germania)⁶² poiché sottolineano la rilevanza che questi ordinamenti riconoscono alla tematica della "digitalizzazione sostenibile".

Ebbene, mancando una specifica disciplina normativa cogente e regole che impongano puntualmente i presidi organizzativi da adottare⁶³, i profili di responsabilità digitale d'impresa sono da ricondursi anzitutto alla clausola generale di istituzione di assetti organizzativi adeguati: un'impresa che adotti determinate tecnologie dovrà dunque necessariamente prevedere modelli di gestione dei relativi rischi e l'eventuale inidoneità degli assetti istituiti potrà assumere rilevanza ai fini della responsabilità degli amministratori⁶⁴.

⁶⁰ D'altra parte, ancor più scarse sono le indicazioni circa le modalità di comunicazione verso l'esterno della CDR e dunque molto spesso l'individuazione di quali pratiche siano espressione di comportamenti virtuosi e "digitalmente sostenibili" è affidata alle iniziative di comunicazione delle singole imprese, che vi si autovincolano e illustrano le proprie iniziative con finalità anzitutto reputazionali.

⁶¹ Sul punto, si veda M. Stella Richter, *Long termism*, Studi di diritto commerciale per Vincenzo Di Cataldo, Torino, 2021, p. 901 e ss.

⁶² Si veda la nota n. 52.

⁶³ Si vedano gli obblighi previsti dal Digital Operational Resilience Act (Regolamento (EU) 2022/2554). Il Regolamento DORA disciplina la resilienza digitale con riferimento alle istituzioni finanziarie e, tra le altre cose, impone ad amministratori e sindaci di avere specifiche competenze tecnologiche ed informatiche, che permettano loro di dare un contributo informato sulle materie su cui siano chiamati a deliberare.

⁶⁴ Si segnala come tradizionalmente le scelte di tipo organizzativo siano ritenute al di fuori dell'ambito di operatività della *business judgment rule*. Sul punto, si veda C. Angelici, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in Riv. dir. comm., 2006, I, p. 688.

Alcune più puntuali previsioni su quale sia un modello organizzativo adeguato per la gestione dei profili di rischio digitale è espressamente previsto dall'ordinamento in taluni ambiti considerati particolarmente delicati, quale ad esempio il settore finanziario. L'analisi di tale disciplina può fornire utili spunti di riflessione anche per le imprese comuni. Ebbene, il Regolamento DORA prevede che i rischi digitali siano affrontati dall'impresa in modo duplice: sia con un approccio *ex ante* (testo comprendere i rischi (e per questo impone che il board abbia al suo interno competenze tecniche che consentano di comprendere e governare le tecnologie) e a prevenire che si realizzino, sia con approccio reattivo, basato su l'implementazione di strategie predefinite, da poter tempestivamente mettere in campo allorquando i rischi temuti si dovessero concretizzare. Tale impostazione, orientata alla prudenza ma al contempo dinamica, onera gli amministratori di rilevanti compiti e impone dunque che la *governance* societaria (con riferimento agli assetti organizzativi e alla composizione degli organi) di ciò tenga conto. Al riguardo infatti l'art. 5, comma 1, DORA prevede che le istituzioni finanziarie devono predisporre un "*quadro di gestione e di controllo interno che garantisce una gestione efficace e prudente di tutti i rischi informatici*".

Il settore bancario e finanziario, come usualmente avviene, è stato luogo di sperimentazione di una siffatta disciplina, che pur non ancora in vigore già sta producendo rilevanti effetti nell'organizzazione delle imprese. La disciplina lì introdotta pare estendibile, quantomeno come impostazione generale, anche in altri settori, poiché i rischi *cyber* rappresentano un rischio operativo trasversale. Resta però da valutare se l'impatto di simili regole possa risultare sproporzionato, in quanto eccessivamente oneroso, per l'impresa "ordinaria"⁶⁵. Difatti, per l'impresa bancaria e finanziaria è l'interesse pubblico sotteso al corretto funzionamento dei mercati finanziari a giustificare una disciplina più invasiva e onerosa; interesse evidentemente non presente in altri mercati.

⁶⁵ G. Schneider, *Al, rischi d'impresa e le (mancate) risposte del diritto... DORA per tutti?*, in *Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale- in ricordo di Agostino Gambino*, 2023, p. 113 e ss.

Ad ogni modo, e a prescindere dalle specifiche previsioni normative settoriali (che comunque mantengono profili di specialità), l'impresa che intenda essere effettivamente responsabile, e quindi governare in modo consapevole e auspicabilmente accorto l'uso di strumenti tecnologici e al contempo persegua la minimizzazione degli impatti ambientali della propria attività, sarà quindi chiamata ad aggiornare il proprio modello organizzativo, dotandosi di professionalità che siano in grado di dare il proprio contributo. E ciò vale anche per l'impresa destinataria di fondi PNRR.

D'altra parte, va chiarito che il PNRR non impone direttamente specifici obblighi al riguardo: dunque, eventuali mutamenti sull'organizzazione dell'impresa, in linea con gli obiettivi del Piano e sovente opportuni per correttamente governare i processi gestionali che lo stesso Piano richiede, restano comunque nella sfera delle valutazioni discrezionali degli amministratori nell'ambito dell'organizzazione dell'impresa. Questi si espongono però a responsabilità nel caso di inadeguatezza delle misure adottate.

4. Impatti sul mercato. Il PNRR ha dunque già prodotto e sta producendo effetti rilevanti per il mercato. Non solo attraverso l'iniezione di nuove risorse e la concreta realizzazione (per ora pochi, in effetti) di progetti, quanto per l'aspettativa ingenerata negli operatori del mercato di nuovi investimenti (nonché nei cittadini/ consumatori di un generalizzato miglioramento delle infrastrutture e servizi, *in primis* quelli "pubblici"). Tali elementi hanno incentivato le aziende ad una precoce transizione verso modelli più sostenibili e digitali. Tali adeguamenti, sono talora considerati abilitanti per la partecipazione ai bandi PNRR, altre volte sono essenziali per poter sfruttare le occasioni di business che si porranno sul mercato in seguito alla realizzazione dei progetti previsti dal Piano.

Come autorevolmente evidenziato, l'obiettivo del Piano va ben oltre la realizzazione dei progetti inclusi nelle 6 Missioni e non può essere ridotto al rendere l'Italia "*un mercato di consumo di soluzioni un po' più digitali e un po'*

*meno inquinanti*⁶⁶. Il vero obiettivo perseguito (e da perseguire anche nella fase dell'attuazione e del monitoraggio dei risultati) deve essere decisamente più ambizioso ed avere una visione più lungimirante anche perché una rilevante percentuale delle risorse impiegate costituiscono debito: è dunque necessario che l'investimento ora realizzato sia idoneo a garantire una sufficiente redditività per il Paese. È dunque necessario che l'attuazione del Piano si accompagni a un deciso investimento in R&D (anche da parte dei privati, interessati a partecipare alla transizione avviata dal Piano) che permetta di costituire un humus favorevole per l'innovazione e l'esportazione delle soluzioni tecnologiche ed organizzative sviluppate.

Il favorire la cultura del *digital* e *green* – che è un obiettivo non secondario del Next Generation EU – risponde proprio all'esigenza di rendere tali investimenti funzionali ad una riorganizzazione complessiva del mercato e delle preferenze degli utenti. Difatti, se il Piano riuscirà a determinare la trasformazione perseguita, tanto nei modelli di business delle imprese, quanto nelle preferenze di consumo degli utenti (e quindi nelle loro modalità d'interazione nei rapporti con le amministrazioni pubbliche e le imprese), le imprese private che intendano trarre benefici da tali innovazioni e che quantomeno mirino a non perdere quote di mercato, saranno incentivate ad aderire esse stesse a tali mutamenti, pur quando non siano direttamente destinatarie di fondi PNRR.

In questo senso, il Piano ha l'attitudine a dare una decisa spinta alle transizioni già in atto, utilizzando le risorse pubbliche e - ancor prima - la programmazione pubblica come catalizzatore.

Occorre riscontrare che vi sono però anche note negative. Il PNRR pare infatti idoneo a produrre anche effetti distorsivi⁶⁷. Anzitutto per il mancato rispetto delle tempistiche previste e per la rinegoziazione (al ribasso) dei progetti da includervi a cui già si è assistito⁶⁸; gli stringenti requisiti imposti agli imprenditori

⁶⁶ C.A. Carnevale Maffè, *Su economia verde e digitale il Pnrr sbaglia le premesse*, Lavoce.info, 29 gennaio 2021.

⁶⁷ Rispetto a questi ultimi non sono ancora disponibili dati puntuali, che permettano di offrire un riscontro quantitativo a tale affermazione.

⁶⁸ L. Rizzo – R. Secomandi – A. Zanardi, *Revisioni Pnrr: sono tutte giustificate?*, in lavoce.info, 4 agosto 2023.

per partecipare alle gare pubbliche hanno poi creato un evidente problema, perché hanno costretto questi a dotarsi di apposite competenze in relazione anzitutto agli obiettivi di sostenibilità, volte a produrre progetti sostenibili (e di cui fosse certificata la neutralità climatica) sebbene tali profili risultino talvolta di difficile riscontro (e pertanto non sempre sono tenuti in debita considerazione) in sede di valutazione dei progetti. Evidentemente, la riduzione dei progetti finanziati rende meno attrattivo questo investimento da parte delle imprese.

Altro rilevante profilo critico è rappresentato dal fatto che i progetti PNRR si prestano ad essere oggetto di *greenwashing* poiché la dichiarazione DNSH rappresenta requisito essenziale per la partecipazione alle gare e ciò induce – in particolare in mancanza di meccanismi di verifica funzionanti ed effettivi – i potenziali partecipanti che non siano già dotati di una idonea organizzazione (o che intendano riservare per sé un maggior margine di guadagno risparmiando sui “costi di sostenibilità”) al *misleading labeling*⁶⁹. Ovviamente, tali comportamenti fraudolenti dovranno essere contrastati in modo deciso – anche avvalendosi di strumenti tecnologici che consentano di verificare la rispondenza di quanto dichiarato al vero⁷⁰ – al fine di garantire che il Piano produca effetti positivi, determinando una concreta transizione dell’economia nazionale.

5. Considerazioni conclusive

5.1 In conclusione, il PNRR ha rappresentato e rappresenta tutt’ora un passaggio nodale per la ripresa post-pandemica e per la realizzazione di riforme strutturali che il Paese attendeva da tempo. Le transizioni ecologica e digitale – che già avevano preso avvio in precedenza – hanno così sperimentato una decisa accelerazione.

Il necessario rispetto dell’ambiente, previsto dal Piano con riferimento a tutti i progetti, ha correttamente sollecitato una maggiore attenzione al profilo

⁶⁹ Commissione Europea, *Consumer protection: enabling sustainable choices and ending greenwashing*, Press release, 22 March 2023.

⁷⁰ Ad esempio, sull’utilizzo di strumenti tecnologici nella verifica dell’esecuzione del contratto, si veda F. Bassan – M. Rabitti, *Recenti evoluzioni dei contratti sulla blockchain. Dagli smart legal contracts ai ‘contracts on chain’*, Rivista Diritto Bancario, Fasc. III, 2023, p. 561 e ss.

ambientale degli interventi, imponendo evidentemente nuovi costi a carico degli operatori economici (almeno in parte traslati sull'ente pubblico aggiudicatore e responsabile del progetto), relativi sia alla predisposizione della documentazione di gara e alla relativa istruttoria, sia all'adeguamento della propria struttura organizzativa (così da poter gestire tali "nuovi processi"). Va detto che tali costi ulteriori potrebbero dirsi economicamente giustificati qualora corrispondessero ad esternalità positive dell'intervento o quantomeno consentissero di evitare che un progetto arrechi danni (e dunque scongiurando esternalità negative). Ma ciò è tutto da verificare, in quanto troppo spesso gli strumenti utilizzati per verificare il rispetto di tali criteri peccano di effettività.

Sembra infatti emergere⁷¹ (pur non essendo per ora disponibili dati puntuali sul punto) una difficoltà applicativa – che talvolta coincide con una carenza di effettività – dei criteri volti a garantire la sostenibilità ambientale dei progetti. Ciò determina il rischio che tali obblighi rappresentino un *burden* amministrativo da sostenere per le imprese partecipanti alle gare pubbliche, che non genera maggior benessere. Non è irrilevante il rischio che il principio del DNSH si trasformi – in particolare nei progetti di più limitate dimensioni, gestite da amministrazioni più piccole e con minori risorse tecniche – in un mero *box ticking* ricompreso in ogni progetto dei bandi di gara PNRR, senza che a ciò si accompagni a uno concreto impegno verso gli obiettivi di sostenibilità. In tali ipotesi, si assisterebbe di fatto ad una forma di *greenwashing* avente come destinatario la procedura di evidenza pubblica (e in quindi *in primis*, l'Amministrazione aggiudicatrice, ma anche l'UE da cui i fondi provengono e il mercato, poiché si falserebbe così la concorrenza con gli altri operatori del mercato)⁷².

⁷¹ Openpolis, Cosa il governo non dice sulla revisione del Pnrr, 17 luglio 2023. Alcune difficoltà applicative venivano evidenziate anche nell'ambito della Relazione del Ministro degli Affari Europei sullo stato di attuazione del PNRR al 31 maggio 2023 (p. 79).

⁷² È infatti probabile che gli operatori "onesti" alternativamente non partecipino alla gara qualora si rendessero conto di non riuscire a soddisfare quei requisiti di sostenibilità o lo ritenessero troppo oneroso, oppure lo facciano quando effettivamente siano *compliant*. E in questo ultimo caso sarebbero messi sullo stesso piano con coloro che pur non essendo in regola, dichiarino di esserlo. L'alternativa teorica, di cui però è difficile fornire riscontro, è che tutti gli operatori del mercato si appiattiscano sulla prassi di sostanziale disapplicazione del criterio, consapevoli della

Il Piano, d'altra parte, pone un deciso *focus* sulla digitalizzazione. Difatti, contiene numerose componenti aventi ad oggetto interventi tesi alla transizione digitale di pubbliche amministrazioni ed aziende, volti a digitalizzare processi e a trasformare l'offerta (e la domanda) di beni e servizi digitali. Si mira così non solo ad una maggiore efficienza dei processi, ma anche – e soprattutto – a rendere il Paese più attrattivo verso l'estero, potendo costituire una fabbrica di soluzioni digitali di alta qualità da esportare.

5.2 Quanto agli “intrecci” a cui si fa cenno nel titolo del contributo, gli obiettivi del PNRR impongono – di fatto (e non direttamente) – una rilevante riorganizzazione dell'attività d'impresa, che risulti idonea a valutare gli impatti del proprio operato e che tenga conto dei nuovi rischi.

Ciò accade sia con riferimento alla digitalizzazione sia alla sostenibilità.

L'integrazione di tali valori e obiettivi può produrre impatti sia sull'organizzazione d'impresa (in quanto dovranno essere predisposti assetti organizzativi adeguati alla loro gestione) sia sul mercato. In particolare, con riferimento a quest'ultimo, il necessario adeguamento a tali più elevati standards può produrre effetti limitativi della concorrenza - frammentando il mercato e imponendo barriere all'ingresso - andando a tracciare un chiaro confine tra il mercato di beni e servizi nei confronti di operatori privati e quello nei confronti della PA (con l'ulteriore complicazione che alcuni dei vincoli di sostenibilità previsti per i progetti PNRR potrebbero non essere previsti in altri bandi pubblici “non PNRR”).

Altro rilevante impatto del PNRR è di tipo comunicativo. La ricca comunicazione sul PNRR ha reso gli utenti più consapevoli delle questioni di sostenibilità (e, in parte minore, sui rischi che accompagnano l'inevitabile transizione digitale). In questo contesto, dunque, cresce la rilevanza dei presidi posti in essere dall'impresa al fine di allinearsi a tali obiettivi. E, pertanto, la

difficile prova del concreto rispetto con riferimento ai singoli progetti. Tale lettura apparrebbe però miope, in quanto se con riferimento ad alcuni progetti si tratta di un elemento effettivamente complicato da verificare, in altri progetti il principio di DNSH è rigorosamente applicato.

comunicazione all'esterno dei modelli organizzativi, dei risultati e di eventuali profili di responsabilità (e delle misure poste in campo per rimediarvi) risultano essenziali.

Anche il PNRR si colloca dunque tra quelle iniziative che a vario titolo – collocandosi nell'ambito delle rivoluzioni digitale e verde – contribuiscono a rafforzare la *corporate social e digital responsibility* delle imprese, imponendo più alti livelli di *compliance a standards green* e di governo delle tecnologie e rendendo il pubblico più consapevole e attento a tali profili.



“Pari opportunità lavorative” tra uomini e donne: tra gender gap e stereotipi di genere
di **EMILIANO MARCHISIO**

“Il genere, per come funziona oggi, è una grave ingiustizia”

CHIMAMANDA NGOZI ADICHIE
Dovremmo essere tutti femministi

SOMMARIO **1.** CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE. – **2.** IL “PARADIGMA” CULTURALE SOTTOSTANTE GLI STEREOTIPI DI GENERE. – **3.** L’UGUAGLIANZA DI GENERE IN SENSO FORMALE (RASSEGNA ANTOLOGICA). – **4.** L’UGUAGLIANZA DI GENERE IN SENSO SOSTANZIALE (RASSEGNA ANTOLOGICA). – **4.1.** LE MISURE “ASIMMETRICHE” (CC.DD. “AZIONI POSITIVE”) VOLTE AL RIEQUILIBRIO TRA I GENERI. – **5.** I DATI SULLA PERSISTENTE DISUGUAGLIANZA DI FATTO BASATA SUL GENERE NEI MERCATI DEL LAVORO E DELLE PROFESSIONI. – **6.** LE RAGIONI DELLA PERSISTENTE DISCRIMINAZIONE. UNA PROPOSTA DI LETTURA. – **6.1.** IL PROBLEMA DELLE SCELTE SCOLASTICHE E DEL GRADO DI ISTRUZIONE. – **6.2.** IL DIVERSO RUOLO, SOCIALMENTE ATTESTATO, DELLE DONNE NELL’ACCUDIMENTO DOMESTICO E FAMILIARE. – **7.** LE “AZIONI POSITIVE” IN FAVORE DELLE PARI OPPORTUNITÀ. ALCUNE RIFLESSIONI DI SISTEMA. – **7.1.** LE CC.DD. “QUOTE DI GENERE. – **7.2.** AZIONI POSITIVE PER DISINNESCARE GLI STEREOTIPI DI GENERE NELLE SCELTE FORMATIVE. – **7.3.** AZIONI POSITIVE PER DISINNESCARE GLI STEREOTIPI DI GENERE IN RELAZIONE AL DIVERSO RUOLO NELL’ACCUDIMENTO DOMESTICO E FAMILIARE. – **8.** CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Abstract

The gender gap is a problem on the political agenda since decades. It persists despite a robust regulatory apparatus protecting the principle of equality, both in a formal and substantial sense. The foundation of discrimination between genders has its roots in a cultural fact and is conveyed, today, in part by the different educational choices of women compared to men but, above all, by their different role in domestic and family care, regardless of the presence of children. The gender gap is the result of a stereotyped system of organization of society. Overcoming the gender gap, therefore, requires the prior rethinking of the socio-cultural models that fuel it.

1. Considerazioni introduttive. Il *gender gap* nei mercati del lavoro e delle professioni, cioè il sistematico prevalere, in tali mercati, degli uomini sulle donne sia in termini di reddito che di progressione di carriera, rappresenta un problema all’attenzione della riflessione giuridica ormai da diversi decenni¹. L’obiettivo della presente riflessione consiste nel fornire un contributo al dibattito,

¹ Tra i contributi più risalenti nel tempo si vedano: REDAZIONE COM NUOVI TEMPI (1976); TREU, T. (1977); STANCATI, R. (1977). Tra i più recenti, invece, cfr. MARCHI, G. (2022); ZUCARO, R. (2022a); NUNIN, R. (2021).

soprattutto in vista della corretta impostazione del problema e, conseguentemente, dell'elaborazione di misure correttive adeguate a portare alla sua riduzione e, auspicabilmente, nel medio-lungo periodo al riequilibrio tra i generi.

Interesserà osservare, nel corso dell'esposizione, come lo stesso problema del *gender gap* sia passibile di varie definizioni e ambiti di applicazione. Esso, infatti, può essere inteso, innanzitutto, come minor remunerazione delle donne per le stesse attività prestate dagli uomini. Riteniamo, tuttavia, che il problema di cui si discute non tanto attenga al trattamento delle singole donne (tanto più che appare relativamente meno frequente e finanche meno praticabile, quantomeno nel lavoro dipendente, l'applicazione di remunerazioni differenti giustificate esclusivamente dalla differenza di sesso²) ma, in modo preminente, ai valori aggregati. In altri termini, nella presente riflessione intenderemo riferirci al *gender gap* principalmente quale fenomeno per il quale le donne guadagnano *mediamente* meno degli uomini e *proporzionalmente* occupano un numero inferiore di posizioni apicali rispetto a questi ultimi³.

In secondo luogo, si procederà ad un richiamo, antologico, della disciplina a presidio dell'uguaglianza *formale*⁴ e *sostanziale*⁵ tra i generi, per osservare come il complesso di regole richiamate, pur teoricamente condivisibili e orientate alla parità di trattamento, non siano riuscite a far venir meno il *gender gap* in Italia, come testimoniato dai dati a disposizione⁶.

Ne conseguirà la necessità di esaminare quali siano le ragioni di tali differenti valori *aggregati* e il motivo per cui esse sfuggano agli obblighi e ai divieti stabiliti per legge a presidio della parità di trattamento tra i generi⁷. Per quanto possa sembrare evidente, infatti, qualsiasi indagine sull'adozione di misure correttive senza la preventiva consapevolezza delle cause del *gender gap* determina, come conseguenza, la potenziale inutilità delle misure stesse –

² Cfr. *infra*, § 3.

³ Cfr. *infra*, § 5.

⁴ Cfr. *infra*, § 3.

⁵ Cfr. *infra*, §§ 4.

⁶ Cfr. *infra*, § 5.

⁷ Cfr. *infra*, § 6.

testimoniata, allo stato, dalle discriminazioni che possono desumersi dai dati a disposizione *nonostante* i numerosi interventi legislativi. Ne conseguiranno alcune riflessioni circa le strategie che sembrano maggiormente utili a *disinnescare* i presupposti della discriminazione di trattamento basata sul genere⁸.

In termini generali, il senso della presente riflessione, e lo spunto che essa vorrebbe fornire al dibattito, è quello di evidenziare, in relazione al problema del *gender gap*, quello che è stato definito, pur se in riferimento ad una ben diversa area di disciplina, “*il messaggio antropologico al di sotto delle coperture tecniche*”⁹. La storia e la riflessione degli ultimi decenni consentono di affermare che il diritto, in generale, e il diritto dei mercati in particolare, non possano dirsi attingere a regole “naturali” esistenti prima e indipendentemente dalle comunità che le adottano. Al contrario, il diritto rappresenta una istituzione culturale figlia del tempo e delle esigenze che hanno portato alle soluzioni che, oggi, talvolta tendiamo a considerare come *dote* ma che, in quanto frutto di una *selezione* di interessi, non sono mai neutrali rispetto agli interessi stessi¹⁰.

In tale prospettiva, lo spunto che vuol essere veicolato dalla presente riflessione, e che forma oggetto delle considerazioni conclusive, consiste in ciò: riflettere se l’attuale organizzazione e disciplina dei mercati del lavoro e delle professioni siano *realmente* modelli neutrali rispetto al genere. Ove lo fossero, il superamento del *gender gap* dovrebbe essere veicolato da (e potrebbe limitarsi a) misure volte a *incrementare* la partecipazione delle donne ai modelli esistenti.

Ove, invece, non lo fossero, e ci si avvedesse che essi rappresentano invece il risultato di una disciplina originariamente ideata dagli uomini e per gli uomini, secondo un paradigma che con un lessico che si credeva ormai desueto

⁸ Cfr. *infra*, § 7.

⁹ GROSSI, P. (2020), p. 70.

¹⁰ Lo stesso Autore citato nel testo ha argomentato, ad esempio, che l’unificazione dei regimi dei diritti sui beni sotto l’unica categoria ordinante del diritto di proprietà sia stata il frutto di una ben precisa direttiva giuspolitica borghese; utile a favorire lo sviluppo dei mercati, là dove semplificava un sistema prima caratterizzato da una pluralità di norme per lo più consuetudinarie, ma irrimediabilmente lesivo degli interessi *collettivi*, mal rappresentati dal binomio proprietà privata/pubblica imposta dal sistema introdotto all’esito della codificazione italiana, erede della codificazione napoleonica: P. GROSSI (2020).

potrebbe definirsi “patriarcale” – ovviamente: nella sua accezione moderna¹¹ (che, ad esempio, considerava quale dato lo svolgimento dei lavori domestici e l'accudimento dei figli e dei membri fragili della famiglia da parte delle donne, *implicitamente* destinate a tali attività), allora il superamento del *gender gap* non potrebbe andare disgiunto dal ripensamento dei modelli stessi.

Una precisazione. Il presente scritto non si pone l'obiettivo della trattazione esauriente della materia; obiettivo che andrebbe ben al di là dei limiti concessi dalla sua natura e destinazione editoriale. Sin d'ora, pertanto, si segnala la necessaria, e consapevole, incompletezza dei richiami alle fonti normative e alla letteratura. Lo scopo della presente riflessione è, invece, quello di contribuire al dibattito in materia di *gender gap* evidenziando come esso sia radicato negli stereotipi di genere che accompagnano da secoli la nostra cultura e come, pertanto, in un'ottica di lungo periodo, esso vada affrontato *disinnescando* tali stereotipi e *non solo* apportando semplici correttivi al modo in cui essi si traducono in comportamenti.

2. Il “paradigma” culturale sottostante gli stereotipi di genere. Una qualsivoglia riflessione che abbia ad oggetto la discriminazione delle donne all'interno della società civile non può eludere la questione per la quale la questione della suvalenza femminile non è delimitata nel tempo (ora), nello spazio (in Italia) e nella materia (i mercati del lavoro e delle professioni) oggetto della presente riflessione. Essa ha, invece, valenza *epistemica*¹²; in altri termini, attiene alle stesse teorie e convinzioni di vertice (al *paradigma* di riferimento,

¹¹ KEITH, T. (2017); LERNER, G. (1986).

¹² GUARALDO, O. (2023). Sul tema cfr. anche SISSA, G. (2023), di cui l'articolo appena citato rappresenta la recensione.

diremmo con Kuhn¹³) sulla base delle quali tale suvalenza è praticata nei fatti¹⁴. Per tale ragione, riteniamo che l'analisi del problema di cui si tratta e dei dati sociali di contesto in cui esso va esaminato non possa andare disgiunta da un pur breve richiamo alle convinzioni fondanti una tradizione, che stipulativamente definiremo in questa sede "patriarcale", che inevitabilmente continua a influire, pur se spesso solo implicitamente o inerzialmente, sulla società dei nostri tempi.

La discriminazione delle donne è attestata nella storia dell'umanità *ininterrottamente* per quasi tutte le civiltà che si sono succedute nel corso dei secoli. La storia mostra come i rappresentanti del genere maschile abbiano, quasi senza eccezioni, considerato le componenti femminili delle loro comunità in termini di subalternità. Le poche eccezioni, quali l'antico Egitto e Sparta¹⁵, non scalfiscono quella che sembra essere una costante della storia dell'umanità.

Nella Grecia classica, culla della filosofia occidentale, Aristotele, padre della logica moderna, riteneva le donne "assolutamente inutili" e capaci di causare "più confusione del nemico"¹⁶. Non sorprende rilevare, di conseguenza, una politica di segregazione in ginecei e la limitazione nell'accesso all'istruzione, consistente perlopiù nell'apprendimento di nozioni di gestione ed economia domestica¹⁷.

¹³ T. KUHN (1962). Con la nozione di paradigma si intende l'insieme de "i metodi, la gamma dei problemi, e i modelli di soluzione accettati da una comunità scientifica matura di un determinato periodo" (KUHN, *op. cit.*, p. 131 s., che ragiona, a tal proposito, delle funzioni "conoscitive" dei paradigmi, intesi come "veicoli della teoria scientifica": p. 137). Per quanto interessa in questa sede, giova soffermarsi su due caratteristiche del paradigma. Da una parte, esso fornisce le lenti che permettono di vedere cose e relazioni che *quel* paradigma consente di vedere, ma impedisce la visione di cose e relazioni con tale paradigma incompatibili o semplicemente "nascoste" (p. 151): il paradigma, in altri termini, fornisce le caselle concettuali entro cui ordinare ("forzare") il mondo (p. 44), senza le quali altro non potrebbe esserci al mondo se non "una assordante confusione da far girare la testa" (p. 141, citando William James). In secondo luogo, e di conseguenza, il paradigma accettato in un dato momento svolge un ruolo essenziale nel selezionare i problemi che, nel tempo in cui si accetta il paradigma, sono ritenuti solubili (p. 58), e i relativi modelli di soluzione (p. 60): "le discussioni sui paradigmi implicano sempre la questione: quali problemi è più importante risolvere?" (p. 138, che ragiona, a tal proposito, delle funzioni "normative" dei paradigmi, intesi come strumenti "per una ulteriore articolazione e determinazione sotto nuove o più restrittive condizioni": p. 43).

¹⁴ GUARALDO, O. (2023); SISSA, G. (2023).

¹⁵ POMEROY, S.B. (1975), pp. 60–62; POMEROY, S.B. (2002), p. 137; TIERNEY, H. (1999), pp. 609–10.

¹⁶ O PRY, K. (2012).

¹⁷ O PRY, K. (2012).

Lo stesso nel diritto ateniese classico¹⁸ e in Roma antica, il cui sistema giuridico fu elaborato, come è stato notato, dai maschi in favore dei maschi¹⁹. La situazione non è andata migliorando in epoca bizantina²⁰ né durante il medioevo²¹ o il rinascimento²². Tra le prime, rare, voci favorevoli ad un sistema di egual trattamento tra uomini e donne spiccano, nella storia del pensiero, John Locke²³ e Thomas Paine²⁴ - uomini. Molto più frequenti le opinioni contrarie: si pensi che Jean-Jacques Rousseau, filosofo illuminista egualitario ed anti-assolutista, riteneva che la donna, “*quando cerca di usurpare i nostri diritti, è nostra inferiore*”²⁵.

I diritti delle donne iniziarono a trovare voce solo a partire dalla fine del XVIII secolo, epoca di grandi rivendicazioni politiche, economiche e sociali in tutta Europa²⁶. Sia consentito limitare i riferimenti, in questa sede, all’abolizione della *coverture*²⁷ nell’Elettorado del Palatinato nel 1707, legata al nome di Dorothea von Velen; alla *Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina* pubblicata nel 1791 da Olympe de Gouges²⁸; alla *Rivendicazione dei diritti della donna* pubblicata nel 1792 da Mary Wollstonecraft²⁹; allo scritto *The Subjection of*

¹⁸ BLUNDELL, S. (1995); UTE, G. (2001), p. 35; BLUNDELL, S. (1995); O PRY, K. (2012); ROBINSON, E.W. (2004), p. 302.

¹⁹ SMITH, B.G. (2008), pp. 422 ss.. Cfr. altresì SHERWIN-WHITE A.N. (1979), pp. 211 e 268; FRIER, B.W., MCGINN, TH.A.J. (2004), pp. 19–20 e 31–32, 457 *et passim*; JOHNSTON, D. (1999), chapter 3.3 and 4; YAN, TH. (1991), p. 134.

²⁰ SMITH, B.G. (2008), pp. 440 ss..

²¹ WARD, J. (2006), pp. 3 s.; BARDSLEY, S. (2007); JEWELL, H.M. (2007a), pp. 37 ss..

²² MITCHELL, J. (2010); JEWELL, H.M. (2007b), pp. 123 s.; SMITH, B.G. (2008), pp. 428 s.; RORABAUGH, W.J., CRITCHLOW, D.T., BAKER, P.C. (2004), p. 75; MAINE, H.S. (1861).

²³ IKECHUKWU, A., KANU, O.S.A. (2012).

²⁴ JEHLLEN, M., WARNER, M. (2013).

²⁵ LAUREN, P.G. (2003), pp. 29 s..

²⁶ SWEET, W. (2003), p. 4.

²⁷ Istituto giuridico di diritto inglese che BLACKSTONE, W. (1769) così descrive: “*by marriage, the husband and wife are one person in law: that is, the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband*”.

²⁸ La Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina fu pubblicato nel 1791 da Olympe de Gouges, pseudonimo della scrittrice Marie Gouze. Il testo ricalca, nella struttura, la Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789 e risulta essere il primo documento avente ad oggetto la promozione dell’uguaglianza giuridica delle donne rispetto agli uomini. L’autrice, val la pena ricordare, fu ghigliottinata nel novembre 1793 per aver denunciato gli eccessi della rivoluzione francese, “*per aver dimenticato le virtù che convengono al suo sesso*” ed “*essersi immischiata nelle cose della Repubblica*”. Sul tema cfr. GROULT, B. (2012); MOUSSET, S. (2005); REID, M. (2014).

²⁹ BRODY, M. (1983); WALTERS, M. (2005); LAUREN, P.G. (2003), p. 32.

Women di John Stuart Mill, edito nel 1869, cui seguì la proposta del medesimo Mill, membro del Parlamento, di attribuire alle donne il diritto di voto – proposta, a quel che risulta, rigettata con un numero di voti contrari pari al doppio di quelli favorevoli³⁰.

Nella seconda metà del XIX secolo le donne appartenenti al ceto medio hanno visto la propria posizione sociale rimodellata dallo sviluppo del consumismo e dalla nascita dei grandi centri commerciali, che hanno determinato un incremento delle loro possibilità di gestione delle spese familiari ed una maggiore libertà di movimento fuori dalle mura domestiche³¹. Tale sviluppo, tuttavia, è rimasto entro i ridotti confini di una visione culturalmente misogina.

È solo con il XX secolo che la condizione femminile ha iniziato ad evolvere non nel senso della *estensione selettiva* alle donne di singole facoltà concesse dalla popolazione maschile ma della *equiparazione* nella posizione giuridica di uomini e donne, in primo luogo per quanto riguardava i diritti politici (suffragio femminile in testa)³².

Certo: il percorso dell'uguaglianza è andato procedendo per tappe ed alcune di queste sono state così recenti da far temere che la loro vigenza abbia riguardato un lasso di tempo certamente insufficiente a determinare un mutamento culturale effettivo.

Si pensi che fino al 1975, quarantanove anni fa, nel diritto italiano la moglie era, di diritto, in una posizione normativamente *subordinata e suvvalente* rispetto a quella del marito³³. Un lasso di tempo relativamente breve e certamente

³⁰ TITA, M. (2018), p. 61. Fu proprio la lotta contro le limitazioni contenute nel Reform Act 1832 e nel Municipal Corporations Act 1835 ed in favore del suffragio (anche) femminile a rappresentare l'occasione per la costituzione del primo movimento "femminista" [VAN WINGERDEN, S.A. (1999), pp. 1 s.; PHILLIPS, M. (2004)], (spregiativamente) definito delle "suffragette", che portò, nel 1918 e grazie all'opera di Millicent Fawcett ed Emmeline Pankhurst, ad un disegno di legge favorevole, nel Regno Unito, al diritto di voto delle donne con più di trent'anni: PHILLIPS, M. (2004).

³¹ LYSACK, K. (2008); RAPPAPORT, E.D. (2000).

³² TRECCANI, Enciclopedia *online*, voce "femminismo". Per un esame dei profili storici del femminismo cfr., tra gli infiniti: FREEDMAN, E. (2022); SMITH, B.G., ROBINSON, N. (2022); SMITH, B.G. (2000).

³³ La parità di uomo e donna all'interno del matrimonio risale, in Italia, alla riforma del diritto di famiglia introdotta con l. 19 maggio 1975, n. 151. Fino al 1975, a titolo di esempio, si prevedeva che il marito fosse "il capo della famiglia" e la moglie, oltre ad assumere il cognome del marito, fosse "obbligata ad accompagnarlo dovunque egli cred[esse] opportuno di fissare la sua residenza" (art. 144 c.c. previg.). La moglie aveva inderogabilmente il domicilio del marito, salvo

inadeguato a promuovere una evoluzione sociale nella direzione della piena eguaglianza tra i generi. E infatti, nonostante la raggiunta parità normativa, la valenza paradigmatica ed epistemica della discriminazione tra i sessi consolidata nei secoli trova, ancora oggi, ampia testimonianza *non solo* nelle vicende di prevaricazione più chiaramente percepite, quali quelle aventi rilievo penale (quali i cc.dd. femminicidi³⁴ e la violenza sessuale) ma, anche ed in modo ben più generalizzato e “sotto soglia”, in molteplici istituzioni culturali quali il linguaggio – che, limitando l’attenzione alla lingua italiana, non può dirsi neutrale rispetto al genere in una pluralità di utilizzi³⁵.

Questo è un dato che non può, e non deve, essere ignorato ai fini della presente riflessione. L’influenza, spesso neanche percepita, del principio di suvalenza femminile nelle istituzioni del vivere quotidiano (come il linguaggio, appunto, ma anche la scuola, il lavoro, le professioni *etc.*), appare idonea, quale *pre-giudizio*³⁶, ad orientare la comprensione della realtà e le scelte che vi si operano, così perpetuando nel tempo gli stereotipi di genere di cui ora si tratta.

3. L’uguaglianza di genere in senso formale (rassegna antologica).

Con l’emanazione della Costituzione italiana e la menzionata riforma del diritto di famiglia del 1975 (introdotta con l. 19 maggio 1975, n. 151), per citare due dei testi normativi fondamentali, si è fatta progressivamente più stringente,

che quest’ultimo fosse interdetto, avesse trasferito il domicilio all’estero o i due fossero separati (art. 45 c.c. previg.). Si prevedeva anche che il marito avesse il “*dovere di proteggere la moglie, di tenerla presso di sé e di somministrarle tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita in proporzione delle sue sostanze*” (art. 145 c.c. previg.).

³⁴ Si intende con “femminicidio” l’omicidio, doloso o preterintenzionale, in cui l’uccisione di una donna da parte di un uomo è determinata da motivi basati sul genere: COLUCCIA, R. (2013), ove anche la storia del termine. Il recepimento in Italia dell’esigenza di tutela penale in relazione alla violenza di genere, pur senza l’introduzione di un reato di femminicidio in quanto tale, è avvenuto con d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito con modificazioni e integrazioni in l. 15 ottobre 2013, n. 119.

³⁵ Tra le infinite cfr.: SAPEGNO, M.S. (2010); ROBUSTELLI, C. (2000); SABATINI, A. (1993).

³⁶ Nel senso di *Vorverständnis*, che proietta sull’oggetto della percezione il senso attribuito a tale oggetto dal soggetto che lo interpreta e dalla comunità di cui questi fa parte: così GADAMER, H.G. (1960).

nell'ordinamento italiano, la necessità di eliminare le discriminazioni *ingiustificate*³⁷ fondate sulle differenze di genere³⁸.

La prima, ed inevitabile, tappa nella *costruzione giuridica* dell'eguaglianza passa, ad una analisi di tecnica normativa, per l'affermazione del principio dell'uguaglianza in senso *formale*. Questo fa riferimento al principio liberale classico di pari dignità di tutti gli esseri umani, cui consegue una pari posizione *astratta* nell'ordinamento giuridico³⁹.

Nell'ordinamento italiano, essa è sanzionata nell'art. 3, co. 1, Cost., a mente del quale "*tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso*" etc.⁴⁰. In questa accezione, il principio di uguaglianza proibisce, per quanto ora interessa, che il sesso di una cittadina o di un cittadino possa essere *di per sé* ragione di un trattamento differenziato rispetto alle cittadine e ai cittadini dell'altro sesso. Pertanto, l'uguaglianza in senso formale è, essenzialmente, una "libertà *da*" trattamenti (ingiustificatamente) differenziati e rappresenta un *divieto* alla discriminazione.

Tale divieto si rinviene anche in altre fonti di natura sovranazionale: gli artt. 10 e 19 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE); l'art. 2 della

³⁷ Come si vedrà *infra*, infatti, la discriminazione rappresenta, in sé, semplicemente una difformità di trattamento. Se ingiustificata, può essere lesiva del principio di uguaglianza in senso *formale*; se giustificata, al contrario, può rappresentare lo strumento per il perseguimento dell'eguaglianza in senso *sostanziale*: cfr. *infra*, § 4.

³⁸ MONTUSCHI, L., ROMAGNOLI, E., FINOCCHIARO, F., DELL'ORO A., PROVERA, G., FERRI, L., TALAMANCA, M., FORCHELLI, P., GORLA, G. (1976); FINOCCHIARO, A. (1975).

³⁹ Specificamente sul tema cfr., uno per tutti: AGRÒ, A.S. (1975). Per la distinzione tra uguaglianza in senso *formale* e in senso *sostanziale* cfr., tra gl'infiniti: ESPOSITO, C. (1954), PALADIN, L. (1965); ROSSANO, C. (1966); CERRI, A. (2005).

⁴⁰ La Costituzione Italiana, inoltre, prevede due disposizioni che, sebbene oggi anacronistiche, implicitamente denunciano l'estensione e l'intensità della discriminazione basata sul sesso presente nell'ordinamento italiano meno d'un secolo fa. La prima, l'art. 48 Cost., dichiara essere elettori tutti i cittadini, "*uomini e donne*", che hanno raggiunto la maggiore età. Per limitarsi al caso italiano, basterà osservare che le prime elezioni che hanno visto la partecipazione delle donne sono state le elezioni amministrative della primavera del 1946, seguite dal *referendum* del 2 giugno dello stesso anno per l'elezione dell'Assemblea costituente e per il Referendum per la scelta tra monarchia e repubblica.

La seconda, l'art. 51 Cost., manifestando l'intento di combattere una discriminazione nei diritti politici evidentemente all'epoca ben presente, si fa carico di precisare come l'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive sia garantita a tutti i cittadini, "*dell'uno o dell'altro sesso ... in condizioni di eguaglianza*" – principio reiterato nella legislazione successiva, quale, ad esempio, la l. 9 febbraio 1963, n. 66 ("*Ammissione della donna ai pubblici uffici ed alle professioni*"): SCARPONI S. (2019).

Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (DUDU); l'art. 21 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE); l'art. 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) e l'art. 1 del Protocollo n. 12 alla CEDU.

Più specificamente, in materia di eguaglianza nei mercati del lavoro e delle professioni, l'art. 23, co. 1, CDFUE assicura la parità tra uomini e donne, oltre che ad un livello generale, *“in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione”*. L'art. 157, co. 1, TFUE definisce il principio della *“parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore”*, che si rinviene, in termini sostanzialmente equivalenti, anche nell'art. 37 Cost. e, se pure implicitamente riferito al sesso, nell'art. 23, co. 2, DUDU.

Nella legislazione italiana, la regola dell'uguaglianza di genere sui mercati del lavoro è stata confermata dalla legislazione ordinaria: ad esempio, la l. 20 maggio 1970, n. 300, il c.d. *“Statuto dei lavoratori”*, il cui art. 15, co. 2, proibisce la discriminazione basata sul sesso sul luogo di lavoro – ma, si noti, solo a seguito della modifica introdotta con l'art. 13, l. 9 dicembre 1977, n. 903. Prima di tale modifica, il divieto di discriminazione si applicava ai soli ambiti sindacali, politici e religiosi.

Ai soli fini di un richiamo antologico, il d. lgs. 11 aprile 2006, n. 198, recante *“Codice delle pari opportunità tra uomo e donna”*, emanato in attuazione dell'art. 6, l. 28 novembre 2005, n. 246, prevede espressamente il divieto di discriminazione nell'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e nelle condizioni di lavoro (art. 27); nella retribuzione (art. 28); nella prestazione lavorativa e nella progressione di carriera (art. 29); nell'accesso alle prestazioni previdenziali (art. 30) e nelle forme pensionistiche complementari collettive (art. 30 *bis*); nell'accesso agli impieghi pubblici (art. 31); nonché il divieto di licenziamento per causa di matrimonio (art. 35).

Ai limitati fini della presente ricostruzione e all'esito della pur brevissima rassegna normativa sopra riportata, pertanto, può sicuramente concludersi che, nell'ordinamento italiano, sia indiscutibilmente e assolutamente vietato, in ambito lavorativo e professionale, qualsiasi trattamento discriminatorio *peggiorativo*,

rispetto a posizioni eguali, la cui applicazione sia fondata esclusivamente sul sesso.

4. L'uguaglianza di genere in senso sostanziale (rassegna antologica). Il mero riconoscimento di una uguaglianza *formale* tra donne e uomini, tuttavia, non è sufficiente a dare soddisfazione all'esigenza di riconoscere parità di trattamento e pari dignità sociale a tutte le cittadine e i cittadini. In termini di tecnica normativa, infatti, la disciplina a presidio dell'uguaglianza in senso formale produce i suoi risultati quando oggetto di comparazione sono situazioni eguali.

L'idea che le cittadine e i cittadini siano (e debbano essere considerati) tutti e *solamente* uguali ed ugualmente liberi, tuttavia, rappresenta una ipersemplicificazione che non è né è mai stata rappresentativa di una situazione realmente esistente. Essa, al contrario, rappresenta una elaborazione concettuale, un'astrazione introdotta dal pensiero liberale, originariamente funzionale a emancipare la società dalle pastoie dell'ordinamento feudale e dalle discriminazioni di trattamento condizionate *esclusivamente* dall'appartenenza ad una classe o a un ceto⁴¹.

Essa ha ben svolto la propria funzione nel perseguimento di tale fine ma, nella sua formulazione assolutistica, non è apparsa più compatibile con l'evoluzione dell'ordinamento italiano in senso pluralistico, che ha determinato il ripensamento del "semplice" modello liberal borghese ("semplice" perché dogmaticamente costruito su individui astratti⁴² e abbienti⁴³) ed ha rilevato, in maniera sempre più marcata, la necessità di rendere il sistema giuridico *permeabile* alle nuove istanze socio-economiche emerse a seguito dell'evoluzione dell'ordinamento indotto, tra le altre cause, dal suffragio universale⁴⁴.

⁴¹ MARCHISIO, E. (2007).

⁴² Così, nella sostanza, ROMANO, S. (1969), pp. 13 s..

⁴³ Così P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860 - 1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 151, che definisce lo Stato liberal-borghese "una creatura artificialmente pensata e costruita come semplice, sui due unici pilastri dell'apparato statale e dell'individuo abbiente".

⁴⁴ Si pensi, per limitarsi alla materia civilistica, all'istanza di "socialismo nel diritto contrattuale" [GIANTURCO, E. (1891), p. 262]; alla richiesta di una "funzione sociale del diritto" [CHIRONI, G. (2014)]; alla condanna di "mummificazione" derivante dalla contemplazione sterile, talora fatta,

L'idea alla base di tale evoluzione paradigmatica è consistita nell'osservare che quando i cittadini, destinatari della regola di uguaglianza, si trovano in situazioni oggettivamente *diverse*, il semplice divieto di differenziare il loro trattamento non è più idoneo a raggiungere l'istanza di *giustizia* che accompagna il principio di eguaglianza alla luce dell'imperativo costituzionale di *solidarietà*⁴⁵. Anzi: tale accezione *formale* di eguaglianza può rappresentare, esattamente al contrario, uno strumento di mantenimento delle ingiustizie sociali esistenti⁴⁶ proprio là dove impone il trattamento uguale di posizioni tra loro differenti.

È per tale motivo che il principio di uguaglianza viene declinato, nel pensiero giuridico e nella tecnica normativa, anche in una accezione *sostanziale*, volta, allora, a favorire *in concreto* l'obiettivo dell'eguaglianza tra i cittadini che, invece, l'eguaglianza formale considera, in premessa, ricorrere in astratto. Nel lessico del secondo comma dell'art. 3 Cost., si prevede che sia "*compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana*". In tale secondo significato, l'art. 3 Cost. prende atto della differente condizione in cui possono versare le cittadine e i cittadini e, conseguentemente, prevede l'adozione di misure differenziate volte a consentire la concretizzazione, nella realtà, del principio astratto di pari dignità individuale⁴⁷. La distinzione tra uguaglianza formale e sostanziale rappresenta un criterio di alterazione semantica delle misure di *discriminazione* – dovendosi riconoscere come tale ultimo vocabolo si limiti a veicolare il significato di "distinzione, diversificazione o differenziazione operata fra persone, cose, casi o situazioni" sulla base di un dato parametro⁴⁸. Se, infatti, la discriminazione può

del diritto romano [VENEZIAN, G. (1918), come citato da GROSSI, P. (2000), p. 49, nota n. 42]; alla denuncia de "I difetti sociali del codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operaie" [SALVIOLI, G. (1890)]; alla presa d'atto de "La penetrazione del socialismo nel diritto privato" [è il titolo di VIVANTE, C. (1902)]. Sul tema, in generale, cfr. MARCHISIO, E. (2007).

⁴⁵ Tra gli infiniti cfr., per limitarsi ai più recenti: MORELLI A. (2015); GIUFFRÈ F. (2002).

⁴⁶ Il concetto è stato chiarito, con perspicace ironia, da Anatole France: "*la legge, nella sua maestosa equità, proibisce ai ricchi così come ai poveri di dormire sotto i ponti, mendicare per le strade e rubare il pane*".

⁴⁷ Specificamente, in materia di *gender gap*, si vedano, tra le altre: ZUCARO, R. (2022a); MARINELLI, F. (2021); SPENA, M.C. (2020).

⁴⁸ Treccani, Dizionario *online*, voce "discriminazione".

rappresentare una *violazione* dell'uguaglianza in senso formale, essa può qualificarsi invece come *strumento* per perseguire l'uguaglianza in senso sostanziale, là dove la rimozione degli ostacoli allo sviluppo della persona umana presuppone una differenza di condizioni e l'adozione di misure differenziate in favore di una sola classe di cittadini⁴⁹.

La legislazione vigente in Italia presenta un'ampia e articolata considerazione del principio di uguaglianza in senso *sostanziale*. Il già citato art. 3, co. 2, Cost. attribuisce alla Repubblica il compito di *“rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”*. A livello comunitario, l'art. 8 TFUE richiede all'Unione il perseguimento dell'obiettivo (non solo di eliminare le ineguaglianze, ma anche) di *“promuovere la parità, tra uomini e donne”*. L'art. 23, para 2, CDFUE formula il medesimo concetto in termini di regola/eccezione, là dove *“il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato”*.

Per quanto più specificamente attiene alla materia del lavoro, l'art. 153 TFUE prevede che, per conseguire, tra gli altri, gli obiettivi del miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, il dialogo sociale e la lotta contro l'emarginazione, previsti al precedente art. 151, l'Unione sostenga e completi l'azione degli Stati membri anche per quanto attiene alla *“parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro ed il trattamento sul lavoro”*.

Inoltre, l'art. 157 TFUE, para 3, attribuisce alla procedura legislativa ordinaria (previa consultazione del Comitato economico e sociale) la possibilità di adottare misure *“che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della*

⁴⁹ Osserviamo, incidentalmente, come la natura *discriminatoria* della regola valga, invece, per dir così, ad invertire l'onere della prova sulla legittimità della disposizione che la prevede. Una regola che disponga un trattamento *egualitario*, pertanto, deve ritenersi in principio conforme a costituzione, *salvo che* non sia dimostrato in concreto che essa non sia in concreto lesiva degli interessi costituzionalmente tutelati in favore di una data classe di persone; una che introduca nell'ordinamento una *discriminazione*, al contrario, deve ritenersi in principio illegittima, *salvo che* non sia dimostrato che essa sia in concreto giustificata dalla necessità di tutelare un interesse di rango costituzionale, idonea allo scopo e proporzionata.

parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego”, mentre il successivo para 4 consente, allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, che *“uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali”*.

L'art. 37 Cost., oltre a riconoscere alla donna lavoratrice *“gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore”* uomo, prende atto del diverso ruolo della donna (biologico, non socio-culturale, anche se l'auspicio veicolato da tale disposizione è ancora ben lungi dall'aver trovato riconoscimento in Italia) nell'ambito della famiglia e, pertanto, impone che le condizioni di lavoro debbano *“consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione”*.

Ancora: l'art. 51 Cost., al fine di perseguire in concreto l'obiettivo di garantire l'accesso *“agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza”*, prevede che la Repubblica promuova *“con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini”*. 117, co. 7, Cost., infine, rimette alle leggi regionali la competenza a rimuovere *“ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica”*, oltre che promuovere la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive.

4.1 Le misure “asimmetriche” (cc.dd. “azioni positive”) volte al riequilibrio tra i generi. In ossequio al principio di uguaglianza “sostanziale”, l'ordinamento italiano contempla “azioni positive” volte ad eliminare le disparità di fatto di cui le donne sono oggetto nella vita lavorativa e favorire il loro inserimento nei mercati del lavoro. La prima disciplina generale in materia è stata introdotta dalla l. 10 aprile 1991, n. 125, rubricata *“Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro”* ed emanata in attuazione della Raccomandazione del Consiglio delle Comunità Europee 13 dicembre 1984, n. 635. Essa è stata abrogata dal d. lgs. 11 aprile 2006, n. 198, noto come *“Codice*

delle pari opportunità tra uomo e donna”, emanato in attuazione dell’art. 6, l. 28 novembre 2005, n. 246.

Il Codice, oltre a riformulare il principio di parità tra i sessi (art. 1), ha attribuito al Presidente del Consiglio dei Ministri “*promuovere e coordinare le azioni di Governo volte ad assicurare pari opportunità*” (art. 2, co. 1) ed ha istituito presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali il “Comitato nazionale per l’attuazione dei principi di parità di trattamento ed uguaglianza di opportunità tra lavoratori e lavoratrici” (art. 8, co. 1), prevedendo altresì il ruolo dei “Consiglieri di parità” (art. 12). Ha definito le azioni positive e le relative finalità (art. 42), prevedendo la disciplina del relativo finanziamento (artt. 44 e 45). Ha dedicato un articolo specifico alla definizione dei principi in materia di azioni positive per l’imprenditoria femminile (art. 52).

La disciplina delle “azioni positive” ha trovato ulteriore riconoscimento, limitatamente al settore pubblico, nel d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, che, agli artt. 7 e 61, prevedeva l’obbligo per le amministrazioni pubbliche di garantire parità e pari opportunità tra uomini e donne per l’accesso al lavoro ed il trattamento sul lavoro. Tali disposizioni sono state, poi, abrogate dal d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che ha riformulato il principio di parità e pari opportunità tra uomini e donne all’art. 7. Il d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 ha incluso le “pari opportunità” tra le proprie finalità (art. 1) e tra i principi generali della misurazione e valutazione della *performance* (artt. 3; 8, co. 1, lett. h; 14, co. 4, lett. h). L’art. 48 del citato “*Codice delle Pari Opportunità tra uomo e donna*” ha reiterato l’obbligo, per la PA, di predisporre “azioni positive” “*tendenti ad assicurare ... la rimozione degli ostacoli che, di fatto, impediscono la piena realizzazione di pari opportunità di lavoro e nel lavoro tra uomini e donne*”, redigendo in materia appositi piani triennali.

Tra gli ultimi provvedimenti normativi, si segnala la l. 5 novembre 2021, n. 162 (c.d. “legge Gribaudo”), che ha modificato il d. lgs. 11 aprile 2006, n. 198, introducendo il “certificato della parità di genere”, assistito da specifiche misure di premialità⁵⁰. L’emissione del certificato avviene sulla base della prassi

⁵⁰ Sul tema cfr. LAMBERTI F. (2023); MATARAZZO A.E. (2022); ZUCARO R. (2022b); NUNIN R. (2022).

UNI/PdR 125:2022, che prevede l'adozione di specifici indicatori (cc.dd. "Key Performance Indicator" o KPI) in relazione a sei diverse aree di valutazione⁵¹.

5. I dati sulla persistente disuguaglianza di fatto basata sul genere nei mercati del lavoro e delle professioni. L'apparato normativo a presidio dell'uguaglianza in senso formale e sostanziale tra donne e uomini nel mercato del lavoro è, come visto, ampio ed articolato. Esso, tuttavia, si è palesato, fino ad oggi, *manifestamente inadeguato* a consentire il raggiungimento degli obiettivi che si era prefissati. Le donne, infatti, appaiono ancora discriminate, in modo sistematico e rilevante, all'interno dei mercati del lavoro e delle professioni in Italia – e non solo⁵².

Sia consentito richiamare, in via estremamente sintetica, alcuni dati. Il rapporto di Banca d'Italia su "Le donne, il lavoro e la crescita economica" ha confermato, nel mese di giugno 2023, la persistente difformità di trattamento su tutte e tre le variabili di maggior rilevanza nei mercati di cui si tratta: minor tasso di occupazione (nell'età compresa tra i 15 e i 64 anni si attesta al 51,1%, meno del 18% rispetto agli uomini); minor guadagno per l'attività svolta (all'ingresso nel mercato del lavoro si osserva una differenza del 16% tra i diplomati e del 13% tra i laureati e si accentua ulteriormente con la maternità e l'avanzamento della carriera); minor presenza nei ruoli apicali (solo il 20% delle donne sono titolari di posizioni di reddito elevato) e maggiore diffusione di contratti a termine (18% delle donne occupate dipendenti, rispetto al 16% degli uomini) e *part-time* (31,7% delle lavoratrici, rispetto al 7,7% degli uomini)⁵³.

Rileviamo, per inciso, come il dato non sia percepibile nel solo mercato italiano ma sia, al contrario, ampiamente diffuso. Ad esempio, uno studio basato sul censimento Longitudinal Employer-Household Dynamics (LEHD)⁵⁴ 2000 ha

⁵¹ Una descrizione sommaria del sistema di certificazione di genere si trova sulla pagina web: <https://certificazione.pariopportunita.gov.it/public/certificazione>.

⁵² Cfr., ad esempio, per gli Stati Uniti: GOLDIN C. (2015).

⁵³ CARTA, F., DE PHILIPPIS, M., RIZZICA, L., VIVIANO, E. (2023).

⁵⁴ Il censimento viene effettuato nell'ambito di un programma nell'ambito del quale gli Stati appartenenti agli USA condividono i dati sui redditi dell'assicurazione di disoccupazione e i dati del Censimento Trimestrale dell'Occupazione e dei Salari (QCEW) con il Census Bureau. Il programma LEHD combina questi dati amministrativi con altri dati e informazioni, anche derivanti

mostrato come, negli USA, il divario nell'occupazione tra donne e uomini laureati tra i 26 e i 39 anni si amplia di 34 punti logaritmici, la maggior parte dei quali si verifica nei primi 7 anni. Circa il 44% è dovuto a spostamenti sproporzionati degli uomini verso posizioni, settori e imprese più remunerative, mentre circa il 56% è dovuto agli avanzamenti differenziati per genere all'interno delle imprese. La disparità si amplia maggiormente per le persone sposate e per coloro che lavorano in settori specifici⁵⁵.

Il *Global Gender Gap Index* redatto dal *World Economic Forum* per l'anno 2023⁵⁶ vede l'Italia al 79mo posto, in un elenco di 146 Paesi, per uguaglianza di genere. A mero titolo di confronto, l'Uganda si trova alla 78ma posizione, il Kenya alla 77ma, il Botswana alla 64ma, il Bangladesh alla 59ma, il Burundi alla 35ma⁵⁷. Nei due anni precedenti il nostro Paese aveva guadagnato il 63mo posto. Nell'anno 2020⁵⁸ si vedeva attribuita la 76ma posizione. Nel 2019 era ancora al 76mo posto, nel 2018 al 70mo, nel 2017 all'82mo mentre solo nel 2015, su 145 Paesi, l'Italia si trovava al 41mo posto⁵⁹.

I dati relativi al mercato italiano, tuttavia, ove esaminati in ulteriore dettaglio mostrano alcune peculiarità che meritano di essere evidenziate. Le donne risultano impiegate in percentuali maggioritarie *“nelle attività domestiche, ricreative e culturali (con l'88,8 per cento di donne), quelle specialiste della formazione (79,0 per cento), quelle dedicate al lavoro d'ufficio o di assistenza clienti (70,3 per cento) e quelle dedicate a servizi di istruzione, sanitari e alle famiglie (65,2 per cento)”*, mentre risultano essere figure a preponderante presenza maschile quelle, tra le altre, di *“imprenditori e dirigenti d'impresa (23,5 per cento donne)”*⁶⁰.

da ulteriori censimenti e sondaggi, per produrre statistiche sull'occupazione, sui redditi e sui flussi di lavoro a livelli dettagliati di area geografica e settore e per diversi gruppi demografici: <https://lehd.ces.census.gov/>.

⁵⁵ GOLDIN C., KERR S.P., OLIVETTI C., BARTH E. (2017).

⁵⁶ WORLD ECONOMIC FORUM (2022).

⁵⁷ WORLD ECONOMIC FORUM (2022), p. 11.

⁵⁸ WORLD ECONOMIC FORUM (2019).

⁵⁹ WORLD ECONOMIC FORUM (2015).

⁶⁰ ISTAT (2020), p. 152.

L'impiego pubblico vede dati non molto discordanti: nel 2003 è stato osservato che le donne impiegate nella pubblica amministrazione rappresentavano più della metà del totale ma, approfondendo il dato, si è rilevato come tale risultato derivasse dalla stragrande preponderanza femminile tra gli insegnanti, soprattutto nei gradi inferiori della scuola, mentre le qualifiche più elevate, soprattutto dirigenziali, erano in massima parte detenute da uomini: ogni 100 dirigenti generali 89 erano uomini⁶¹.

Infine, il lavoro a tempo parziale è in gran parte ricoperto da donne (73,2%) *“con una componente involontaria molto ampia”*; infatti, *“oltre il 64 per cento del lavoro a tempo parziale non è volontario, evidenziando che la sua diffusione è largamente spiegata da carenza di domanda”*⁶².

6. Le ragioni della persistente discriminazione. Una proposta di lettura. Il legislatore italiano ha preso atto, da non meno di trent'anni (prendendo come pietra miliare la l. 10 aprile 1991, n. 125), dell'esistenza di una discriminazione sostanziale tra donne e uomini nei mercati del lavoro e delle professioni e della necessità di porvi rimedio mediante azioni positive. I dati relativi alla situazione presente mostrano come la situazione non sia migliorata in misura rilevante e, anzi, come l'attuale situazione sia ben lungi dal potersi considerare soddisfacente. Se ne deve dedurre che la discriminazione basata sul sesso presenti caratteristiche tali da consentirle di *sfuggire* agli obblighi e ai divieti stabiliti per legge a presidio della parità di trattamento.

Tale osservazione impone all'attenzione dell'interprete una necessità metodologica ineludibile. Riteniamo condivisibile, se non pacifico *tout court*, che la soluzione del problema del *gender gap* debba valersi *anche* di azioni positive idonee a determinare un riequilibrio sostanziale tra donne e uomini sui mercati del lavoro e delle professioni. Se, tuttavia, quelle sinora adottate (o, in gran parte, dichiarate ma mai attuate) non hanno prodotto i risultati sperati, appare necessario che si identifichi, a monte, quali siano *le ragioni* a fondamento della

⁶¹ ISTAT (2003).

⁶² ISTAT (2020), p. 149.

sostanziale discriminazione delle donne in tali mercati e per quale ragione esse non sembrano venir scalfite dalla legislazione in materia.

In tale prospettiva, anche al fine di circoscrivere il problema affrontato e l'analisi delle strategie per la sua soluzione⁶³, proponiamo di condurre la presente riflessione sulla base di due ipotesi di lavoro – ipotesi che ci sembra di poter desumere dai dati esaminati, riportati al precedente § 5.

Innanzitutto, si ipotizza che il divario di retribuzioni tra uomini e donne sui mercati del lavoro e delle professioni (soprattutto nei mercati dei lavori subordinati) non dipenda, se non in casi statisticamente relativamente trascurabili, da una differenza retributiva al livello *individuale* e di compenso unitario. Ipotizziamo, invece, che la differenza retributiva dipenda dalla diversa distribuzione di donne e uomini nelle diverse occupazioni e dalla diversa loro disponibilità all'impegno lavorativo a tempo pieno (e alla prestazione lavorativa relativa ad ore di lavoro straordinario, trasferte *etc.*)⁶⁴. In altri termini, riteniamo che il *gender gap* retributivo non tanto dipenda, al livello *individuale*, dalla diversa retribuzione per il medesimo lavoro o attività di uomini e donne ma, al contrario e soprattutto, al livello *aggregato*, dalla diversa quantità e intensità di utilizzo di uomini e donne in ambito lavorativo e professionale da cui consegue una diversa loro retribuzione e progressione di carriera.

Si ipotizza, in secondo luogo, che la diversa quantità e intensità di utilizzo di uomini e donne in ambito lavorativo e professionale, da cui consegue la disparità di trattamento rilevata a livello aggregato, dipenda, per quanto l'affermazione possa apparire banale, da ragioni *considerate rilevanti* (questo non significa né giuste né condivisibili, ovviamente, ma solo rilevanti) dal mercato. Il "mercato", infatti, quale ipostasi dell'agire aggregato degli operatori economici⁶⁵, rappresenta un prezioso strumento di trasferimento di informazioni

⁶³ Non c'è dubbio, infatti, che il problema del *gender gap* presenti una molteplicità di concause che possono, peraltro, essere lette secondo una pluralità di chiavi di lettura: THE EUROPEAN EVALUATION CONSORTIUM 2007 (2009), p. vii.

⁶⁴ Variabili riconosciute senz'altro quali concause del *gender gap*: THE EUROPEAN EVALUATION CONSORTIUM 2007 (2009), p. vii.

⁶⁵ Ipostasi spesso evocata da riferimento, metaforico, alla c.d. "mano invisibile", attribuita a SMITH, A. (1759); SMITH, A. (1776).

attraverso la variazione dei prezzi e degli scambi di beni e servizi, che rappresentano veri e propri "indici di scarsità"⁶⁶. Ciò, lo si ripete, non veicola alcuna informazione sulla conformità a giustizia del dato rilevato ma, nondimeno, fornisce una informazione che, se ben decifrata, può contribuire a progettare con migliore efficacia le misure correttive eventualmente necessarie al riequilibrio di genere nei mercati di cui si tratta⁶⁷.

Dalle due ipotesi sopra formulate discende la necessità di comprendere, sulla base dei dati disponibili, quali siano le ragioni per le quali i mercati del lavoro e delle professioni valorizzino in modo differente, *a livello aggregato*, donne e uomini (si posizionino su un diverso equilibrio tra domanda e offerta di donne e uomini sui mercati del lavoro e delle professioni, potremmo dire), come testimoniato dalla più elevata disoccupazione delle donne rispetto agli uomini, dalla loro remunerazione in misura *complessivamente* inferiore, dal numero ridotto di donne in posizione apicale e dall'elevato numero di donne impiegate con lavori a termine o *part-time*⁶⁸.

6.1 Il problema delle scelte scolastiche e del grado di istruzione. La prima variabile che deve essere considerata, al fine di comprendere le ragioni sottostanti il diverso equilibrio tra domanda e offerta di donne e uomini sui mercati del lavoro e delle professioni, è quella delle diverse scelte formative e del diverso grado di istruzione.

La verifica di una ipotetica correlazione positiva tra livello di istruzione, da una parte, e qualità⁶⁹ e quantità della presenza sui mercati del lavoro e delle

⁶⁶ Il riferimento principale, sul tema, è VON HAYEK, F.A. (1945). Rileviamo, per curiosità storica, come SCHUMPETER J. (1954) attribuisca la prima formulazione consapevole della teoria per la quale il prezzo di scambio di un bene derivi dalla sua scarsità relativa a GALIANI, F. (1750).

⁶⁷ L'idea per la quale il sistema dei prezzi sia un meccanismo eticamente neutro ma il suo corretto funzionamento consenta l'acquisizione di informazioni utili al fine di intervenire con interventi correttivi sul mercato cfr. MARCHISIO, E. (2021).

⁶⁸ CARTA, F., DE PHILIPPIS, M., RIZZICA, L., VIVIANO, E. (2023).

⁶⁹ Il riferimento qualitativo viene fatto, in questa sede, limitatamente al reddito medio, senza tener conto di altri fattori. Sotto tale profilo, risulta che in Italia i diplomati abbiano un reddito superiore del 34% a chi ha al più la licenza media e la laurea conferisce un premio aggiuntivo di un ulteriore 37%. Nell'UE il differenziale tra laureati e persone meno istruite è appena più elevato (il 72%) ma il discrimine principale è tra diplomati e laureati: ISTAT (2020), p. 246.

professioni, dall'altra, non fornisce alcuna indicazione utile ai fini della presente riflessione. Le studentesse, infatti, in Italia risultano studiare mediamente di più ed avere voti mediamente più alti dei loro colleghi maschi⁷⁰. Le donne sono mediamente più scolarizzate degli uomini, più laureate e meglio classificate in termini di voto. Ad esempio, in un campione di persone in età compresa tra i 30 e i 34 anni, nel 2019 avevano un titolo universitario il 33,8% delle donne e appena il 21,6% degli uomini⁷¹. Ancora nel 2020 le donne rappresentano la maggioranza dei laureati (il 56,8 per cento)⁷².

Indicazioni più utili ai fini della presente riflessione provengono dalla circostanza per la quale, nonostante i migliori risultati formativi complessivi, le studentesse tendano, mediamente, a scegliere percorsi formativi differenti da quelli degli studenti, con una netta predilezione per la letteratura, l'arte e le scienze della formazione e una ridotta selezione di percorsi di studio, soprattutto universitari, di tipo ingegneristico, matematico, fisico, chimico (cc.dd. STEM, acronimo di *science, technology, engineering and mathematics*), con conseguente minore appetibilità sui mercati del lavoro e delle professioni più remunerativi⁷³.

Tale osservazione appare fondata (ma solo in parte e in misura non determinante, come osserveremo subito oltre, alla fine del presente § 6.1). La parziale fondatezza consiste in ciò: che i percorsi di studio che risultano prevalentemente prescelti dalle ragazze risultano, in effetti, dare accesso a

Sia consentito riportare un ampio stralcio da ISTAT (2020), p. 245: "l'istruzione rappresenta uno strumento essenziale per l'emancipazione degli individui attraverso il lavoro. I tassi d'occupazione degli adulti tra i 25 e 64 anni con titolo universitario sono, in Italia e nell'UE27, più elevati di quasi 30 punti rispetto a quelli con al più la licenza media: di questi, circa 10 punti percentuali rispetto ai possessori di diploma secondario superiore, che a loro volta hanno tassi d'occupazione più elevati di quasi 20 punti percentuali rispetto a chi è meno istruito. Nel caso delle donne, nel nostro Paese il differenziale complessivo è di quasi 42 punti (3 in più della media europea). Gli adulti con titolo universitario hanno più probabilità di essere nel mercato del lavoro e, nel contempo, sperimentano tassi di disoccupazione inferiori: in Italia, nel 2019 pari al 5,7%, contro il 9,4% dei diplomati e il 13,8% per le persone con al più la licenza media".

⁷⁰ Dato relativo agli anni 2011-2018: BOVINI, G., DE PHILIPPIS, M., RIZZICA, L. (2023).

⁷¹ ISTAT (2020), p. 245.

⁷² ISTAT (2023), p. 88.

⁷³ Dato relativo agli anni 2011-2018: BOVINI, G., DE PHILIPPIS, M., RIZZICA, L. (2023). Cfr. anche THE EUROPEAN EVALUATION CONSORTIUM 2007 (2009), p. vii.

impieghi con rendimenti potenziali più bassi rispetto a quelli scelti dai ragazzi⁷⁴. Il che può rappresentare un elemento rilevante ai fini del *gender gap* nei mercati del lavoro e delle professioni⁷⁵.

Nonostante l'opportunità di interventi volti a promuovere percorsi di studio STEM per le studentesse, tuttavia, le differenti scelte formative tra studentesse e studenti, pur rilevabili a livello aggregato, non sembrano decisivi ai fini dell'indagine. Ed infatti, se il problema del *gender gap* fosse determinato, a livello aggregato, dalle diverse scelte formative e professionali, all'interno delle *medesime* professioni e impieghi di area STEM, che presuppongono il medesimo percorso formativo, sarebbe ragionevole attendersi una *parità sostanziale* di trattamento tra donne e uomini. Così non è⁷⁶.

D'altra parte, stando al rapporto annuale ISTAT dell'anno 2023, anche nella maggioranza delle coppie italiane in cui la donna è più istruita del compagno uomo, essa non lavora (21%) o è una percettrice secondaria (31,8%) rispetto al compagno. Ciò testimonia come le variabili determinanti del *gender gap* non siano, in Italia, le scelte scolastiche e la formazione.

Si noti, peraltro, come tali differenziazioni siano percepite anche in altri Paesi. Si prendano, ad esempio, le carriere dei lavoratori che hanno conseguito l'MBA (*Master in Business Administration*) di una prestigiosa scuola di business degli USA, esaminati da Bertrand, Goldin e Katz. Si è osservato come gli MBA maschili e femminili abbiano guadagni quasi identici all'inizio della loro carriera ma i maschi raggiungano un vantaggio di guadagno che raggiunge circa 60 punti logaritmici dieci anni dopo il conseguimento dell'MBA⁷⁷.

6.2 Il diverso ruolo, socialmente attestato, delle donne nell'accudimento domestico e familiare. I dati appena esaminati suggeriscono

⁷⁴ Dato relativo agli anni 2011-2018: BOVINI, G., DE PHILIPPIS, M., RIZZICA, L. (2023).

⁷⁵ Così, espressamente, THE EUROPEAN EVALUATION CONSORTIUM 2007 (2009), p. vii.

⁷⁶ In PLAN INTERNATIONAL E UNIVERSITÀ BOCCONI (2021) si rileva la presenza del *gender gap* anche in discipline STEM, sia relativamente al primo impiego (92.5% degli uomini contro 85% delle donne), in quelli che hanno un lavoro stabile dopo cinque anni dalla laurea (62.5% degli uomini contro 45.1% delle donne) e nelle retribuzioni (i laureati uomini guadagnano il 23.6% in più).

⁷⁷ BERTRAND M., GOLDIN C., KATZ L.F. (2010).

una diversa chiave di lettura del *gender gap* in Italia. Se i fenomeni di discriminazione si verificano anche tra conviventi quando la donna sia maggiormente qualificata dell'uomo, può ritenersi che la variabile determinante del *gender gap* sia da rinvenire in un dato socio-culturale di contesto, in particolare: nel diverso ruolo attribuito ai due sessi nella vita di coppia e familiare. Quello che l'ISTAT rileva nei dati annuali e definisce "*prassi di negoziazione interna alla coppia nella distribuzione degli impegni di lavoro e di cura della famiglia*"⁷⁸. Questa ipotesi è confermata anche, nel diverso contesto statunitense, dallo studio di Bertrand, Goldin e Katz appena citato, nel quale si identificano tre fattori che contribuiscono alla segnalata differenza di genere nei guadagni tra i titolari di MBA: oltre alle differenze nella formazione prima del conseguimento dell'MBA, infatti, appaiono determinanti le differenze nelle interruzioni di carriera e nelle ore settimanali di lavoro, per le donne in gran parte associate alla maternità⁷⁹.

L'esistenza di prassi culturalmente attestate e statisticamente rilevanti all'interno del Paese può *certamente* rappresentare una variabile determinante il diverso equilibrio tra domanda e offerta di uomini e donne nei mercati del lavoro e delle professioni, di cui si è detto al precedente § 5. Occorre, pertanto, comprendere in che cosa tali prassi consistano, che fondamento abbiano e se ed in che misura esse possano essere modificate o quantomeno ne possa essere disinnescato l'effetto.

Il diverso ruolo della donna nella relazione di coppia eterosessuale ha una componente, per dir così, biologicamente inevitabile, in ragione del diverso impegno fisico sopportato dalla donna nella procreazione. Inutile, infatti, rimarcare come uomini e donne siano *diversi* per quanto riguarda gli aspetti fisiologici della genitorialità: è la donna, e solo la donna, che può portare in grembo una nuova vita, che può partorire, che può allattare al seno⁸⁰.

⁷⁸ ISTAT (2023), p. 98.

⁷⁹ BERTRAND M., GOLDIN C., KATZ L.F. (2010).

⁸⁰ Si osserva, solo per completezza di esame e per inciso, che il tema dell'allattamento dei neonati sia complesso nei suoi diversi significati e si presti, pertanto, a letture alternative. Se, infatti, da una parte l'allattamento può ben essere effettuato mediante biberon, sia con latte materno (spremendo il latte materno manualmente, o con gli appositi tiralatte reperibili in commercio) che

I dati confermano l'esistenza di una correlazione tra la procreazione e un minor accesso nel mercato del lavoro, un maggior tasso di abbandono e la scelta di percorsi di carriera meno premianti per le donne rispetto agli uomini⁸¹. A titolo d'esempio, il 73% delle dimissioni "volontarie" rassegnate in Italia nel 2017 sono state di lavoratrici madri, che hanno lamentato una incompatibilità tra attività lavorativa e ruolo materno⁸². Nel 2018 le dimissioni motivate dalla nascita di figli sono aumentate del 24%; esse hanno riguardato anche uomini ma per due terzi a fare tale scelta è stata la donna. Anche stando ai dati del 2023 la presenza di figli, soprattutto se più di uno, ha incrementato l'esclusione delle donne dal mercato del lavoro e delle professioni: le coppie monoreddito maschile risultavano essere il 19,75 tra quelle senza figli, il 24,7% se con un solo figlio, il 39,8% se i figli erano almeno tre⁸³.

Questa prima variabile giustifica una maggior difficoltà di inserimento e carriera per le madri di figli neonati ma non fornisce, in sé, la ragione della discriminazione basata sul sesso in mancanza di figli o dopo che i figli abbiano guadagnata una sufficiente autonomia dai genitori. Stando ai dati del 2018, il 42,6% delle madri modifica orario o altri aspetti del lavoro, per esigenze familiari, in presenza di figli di età compresa tra 0 e 5 anni (mentre la percentuale scende al 12,6% dei padri)⁸⁴. Può tranquillamente assumersi che, superati i cinque anni (ma probabilmente anche prima), entrambi i genitori siano fungibili nell'assistenza ai figli indipendentemente dal sesso. E, invece, si nota che, indipendentemente dall'età, le madri modificano le proprie condizioni lavorative

con latte artificiale, nondimeno l'allattamento al seno materno presenta vantaggi peculiari sia sotto il profilo alimentare e medico [si ritiene che l'allattamento al seno riduca il rischio di contrarre malattie: MINISTERO DELLA SALUTE (2019), p. 6] che sotto quello relazionale nella costruzione e nel rafforzamento del rapporto madre-figlia o figlio.

⁸¹ ISTAT (2020), p. 154. Cfr. altresì GOLDIN C., KERR S.P., OLIVETTI C. (2022); GOLDIN C., KERR S.P., OLIVETTI C. (2021). Cfr., anche in una prospettiva storica, in relazione al mercato statunitense: GOLDIN C. (2004); GOLDIN C. (1997).

⁸² ISTAT (2017).

⁸³ ISTAT (2023), p. 98.

⁸⁴ Per una simile conseguenza in relazione agli USA cfr. GOLDIN C., KERR S.P., OLIVETTI C. (2022); GOLDIN C., KERR S.P., OLIVETTI C. (2021).

per esigenze familiari per una percentuale pari al 38,3%, mentre la percentuale scende all'11,9% dei padri⁸⁵.

Ciò dipende da una pluralità di ragioni. Con la crescita dei figli si riduce, ovviamente, la c.d. “motherhood penalty”, cioè lo svantaggio competitivo derivante in capo alle donne a seguito della maternità e dei conseguenti compiti di accudimento. Nondimeno, autorevoli studi hanno osservato come si mantenga, se pure in misura minore, il “fatherhood premium”, cioè la posizione di vantaggio relativo derivante agli uomini dalla loro maggiore libertà nell'organizzazione del tempo da dedicare al lavoro e alle professioni. Essi, infatti, riescono a migliorare la loro posizione relativa in modo tale che la disparità di genere nelle retribuzioni tra genitori rimane considerevole. Anche dopo la crescita dei figli, insomma, permane il “price of being female”⁸⁶.

Il differente ruolo biologico nei processi procreativi, allora, non giustifica sempre e comunque le differenti scelte lavorative e professionali conseguenti all'inequale distribuzione dei carichi di cura della famiglia, e non solo dei figli (inclusi, senz'altro, familiari fragili e anziani), tra uomini e donne⁸⁷. Se, pure, si può immaginare che la differente attribuzione dei ruoli possa avere origine come conseguenza del maggior coinvolgimento biologico della donna nella cura dei neonati, si deve rilevare come essa permanga ben oltre e indipendentemente da qualsivoglia giustificazione oggettiva. Tale convinzione trova conferma con i dati sul diseguale impegno dei coniugi all'interno delle mura domestiche *indipendentemente dalla presenza di figli*: a dati del 2014, nelle coppie con figli, in cui entrambi i coniugi lavoravano, le donne dedicavano in media il 22% del proprio tempo al lavoro familiare, mentre gli uomini il 9%⁸⁸.

Alla luce dei dati esaminati, facendo seguito al programma metodologico definito al precedente § 6, si ritiene possibile concludere nel senso che la diversa quantità e intensità di utilizzo di uomini e donne in ambito lavorativo e

⁸⁵ ISTAT (2018).

⁸⁶ GOLDIN C., KERR S.P., OLIVETTI C. (2022); GOLDIN C., KERR S.P., OLIVETTI C. (2021).

⁸⁷ ISTAT (2020), p. 149.

⁸⁸ ISTAT (2016); EURISPES (2020). Si noti anche l'esame effettuato sul tema in WORLD ECONOMIC FORUM (2022).

professionale da cui consegue la disparità di trattamento rilevata a livello aggregato dipenda, in modo determinante, dal diverso ruolo *culturalmente* svolto (e, a monte, *assegnato*) all'interno del nucleo familiare. In altri termini: non da un vincolo biologico ma da un problema di organizzazione della società⁸⁹.

Come visto, appare, infatti, statisticamente confermato che il ruolo delle donne nell'accudimento dei figli, non solo neonati, e dei familiari bisognosi, oltre che nello svolgimento dei lavori domestici, contribuisce in modo determinante alle scelte relative all'impegno lavorativo e professionale delle donne stesse. Esso, pertanto, costituisce la ragione (o, quantomeno, una tra le ragioni più rilevanti), *considerata rilevante* dal mercato, da cui deriva la diversa quantità e intensità di utilizzo di uomini e donne in ambito lavorativo e professionale e, a cascata, la loro diversa retribuzione e progressione di carriera⁹⁰.

7. Le “azioni positive” in favore delle pari opportunità. Alcune riflessioni di sistema. Il *gender gap*, in quanto risultato di una difformità di trattamento di natura *sistemica* tra uomini e donne, rappresenta un ostacolo “*di ordine economico e sociale*” idoneo a limitare di fatto la libertà e l'eguaglianza delle cittadine e da impedire loro “*il pieno sviluppo della persona umana*” e, in quanto tale, un ostacolo “*di ordine economico e sociale*” che la Repubblica ha il compito di rimuovere ai sensi del secondo comma dell'art. 3 Cost..

Tale considerazione legittima senz'altro, nell'ordinamento italiano, la legittimità di “azioni positive” volte ad affrontare, e auspicabilmente dare soluzione, al problema⁹¹; sia nel breve-medio periodo, mediante la promozione di un regime di *favore* per il miglioramento delle condizioni lavorative e professionali delle donne, sia nel medio-lungo periodo, al fine di superare quel

⁸⁹ Per un'analisi storica di come le donne hanno risposto al problema di bilanciare carriera e famiglia nel corso dell'ultimo secolo cfr.: GOLDIN C. (2021b).

⁹⁰ Cfr., ad esempio: THE EUROPEAN EVALUATION CONSORTIUM 2007 (2009), p. vii, ove si osserva che “the division of household and care work is still very gender-biased such that many more women than men interrupt their careers or reduce their working time thus lagging behind in terms of skill acquisition and experience”; MARINELLI, F. (2021).

⁹¹ Cfr., al proposito, la disciplina esaminata al precedente § 4.1.

vincolo paradigmatico che, come visto al precedente § 2, rappresenta la premessa epistemica dello stereotipo di genere esaminato al precedente § 6.2.

Come si è notato al precedente § 6.2, le azioni positive di riduzione del *gender gap*, per essere efficaci (e legittime), dovrebbero operare sulle cause della discriminazione femminile e creare le precondizioni perché le scelte lavorative e professionali siano frutto di una *posizione* di libertà e non solo di una scelta formalmente libera ma *socialmente e culturalmente condizionata*. Questo sembra essere il problema nel sistema italiano: alcune misure adottate sembrano poco utili a risolvere il problema del *gender gap* nella sua dimensione *sistemica* mentre le azioni maggiormente efficaci nella direzione auspicata tardano ad essere attuate.

7.1 Le cc.dd. “quote di genere”. Se queste sono le ragioni della discriminazione femminile nel mondo del lavoro, riteniamo che alcuni modelli di “azione positiva” adottati per porvi rimedio si rivelino, almeno nel lungo periodo, meno utili di quel che può sembrare a prima vista.

Come visto al precedente § 6, la variabile determinante della discriminazione delle donne nei mercati del lavoro e delle professioni riguarda il ruolo imposto loro dal paradigma culturale dominante nello svolgimento dei lavori domestici e nell'accudimento dei figli e dei familiari bisognosi di cura. Le conseguenze di tale stereotipo, come si desume dai dati a disposizione, non ha dimensioni individuali ma *sistemiche*; in altri termini: esso riguarda, nel sistema italiano, l'intero genere delle cittadine di sesso femminile, con un numero di eccezioni che può considerarsi tendenzialmente *poco rilevante* a far ritenere tale stereotipo superato o in via di superamento⁹².

Non sempre il sistema delle “pari opportunità” disegnato nell'ordinamento italiano appare adeguato a rimuovere gli ostacoli, che si è visto essere essenzialmente *culturali*, del *gender gap*. Ed infatti, in alcune ipotesi, invece di intervenire sulle *cause* del *gender gap* (cioè sull'imposizione alle donne del ruolo

⁹² Si vedano i dati richiamati ai precedenti §§ 5 e 6.

di accudimento domestico e familiare e sulla corrispondente maggiore appetibilità lavorativa e professionale degli uomini che da tali impegni sono, invece, “liberi”), talvolta si interviene imponendo al di fuori del meccanismo di mercato un riequilibrio nella titolarità di posizioni lavorative o professionali, imponendo quote minime di presenza del genere meno rappresentato (*quasi* inevitabilmente: quello femminile) all’interno di determinati ambiti professionali, politici *etc.*⁹³.

Questo è il paradigma delle “quote di genere”. Nonostante esse possano essere interpretate *anche* quali strumenti a presidio del miglior funzionamento dell’organo o del sistema cui sono applicabili⁹⁴, non sembra potersi contestare che esse assolvano anche alla funzione di azione positiva in favore delle donne⁹⁵;

⁹³ Più precisamente, la l. 12 luglio 2011, n. 120 ha introdotto nel d. lgs 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF) una disciplina che *impone* la parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo delle società quotate in mercati regolamentati; disciplina poi modificata dalla l. 27 dicembre 2019, n. 160. Il regolamento attuativo è stato emanato con DPR 30 novembre 2012, n. 251, che dispone, all’art. 4, meccanismi di monitoraggio e vigilanza sull’applicazione della normativa.

Gli artt. 147 *ter*, co. 1 *ter* (quanto al modello tradizionale e monistico) e 147 *quater*, co. 1 *bis* (quanto al consiglio di gestione delle società organizzate secondo il modello dualistico, a condizione che sia costituito da un numero di componenti non inferiore a tre) TUF prevedono che il riparto dell’organo di gestione da eleggere debba essere effettuato in modo da assicurare l’equilibrio tra i generi, in modo tale che “*il genere meno rappresentato [ottenga] almeno due quinti degli amministratori eletti*”. La violazione di tale regola comporta, nell’ordine, la diffida della Consob, la sanzione amministrativa e, in caso di ulteriore inottemperanza, la decadenza dalla carica dei componenti eletti. Ovviamente l’equilibrio tra i generi deve essere mantenuto anche in caso di sostituzione in corso di mandato. Una disciplina equivalente si applica anche all’organo di controllo, *ex art.* 148, co. 1 *bis*, TUF, al collegio sindacale e, *ex art.* 148, co. 4 *bis*, TUF, al consiglio di sorveglianza.

Tale disciplina è stata, poi, estesa alle società controllate dalla pubblica amministrazione mediante il d.P.R. 30 novembre 2012, n. 251.

Cfr., in materia, altresì la Direttiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 novembre 2022, riguardante il miglioramento dell’equilibrio di genere fra gli amministratori delle società quotate e relative misure.

In materia cfr., tra le opere monografiche: PRESTI G.M.G., DESANA E.R. (a cura di) (2022); PROFETA P. (2021); DHIR AARON A. (2016); CASARICO A., PROFETA P. (2010). Cfr. altresì CALLEGARI M., DESANA E.R., MASSA FELSANI F. (2022); DESANA E.R., MASSA FELSANI F. (2022); CALLEGARI M., DESANA E.R. (2021); DESANA E.R. (2017); DESANA E.R. (2015).

⁹⁴ MORERA, U. (2014).

⁹⁵ L’idea dietro la disciplina delle “quote di genere”, infatti, discende *anche* dall’osservazione per la quale le donne sono presenti solo in minima percentuale nei ruoli dirigenziali, per quanto ora interessa nel mondo dell’impresa. E sono quantomeno influenzate dall’idea, conseguente, per la quale l’imposizione di una quota in favore del genere meno rappresentato rappresenta uno strumento idoneo a consentire, in tempi più rapidi, un riequilibrio di genere all’interno degli organi gestori e di controllo delle società quotate e pubbliche. Cfr., tra gli altri: BROLLO, M. (2016).

L’effetto di riequilibrio tra i generi derivante dalle “quote di genere” è confermato dai dati, che evidenziano come la presenza delle donne ai vertici delle imprese è aumentata sensibilmente, negli ultimi anni, per le imprese soggette alla disciplina introdotta dalla l. 12 luglio 2011, n. 120 mentre è aumentata in misura sensibilmente inferiore per le altre: BALLACCI, F., BALTRUNAITE, A.,

come, peraltro, espressamente dichiarato nelle premesse della Direttiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 novembre 2022. Nella misura in cui le “quote di genere” sono considerate azioni positive in favore del riequilibrio lavorativo e professionale tra i generi, esse mostrano, a ben vedere, profili di criticità sotto diversi profili.

Innanzitutto, esse si palesano poco utili a raggiungere l’obiettivo nel medio-lungo periodo, nonostante nel breve periodo esse hanno senza dubbio portato ad un almeno parziale riequilibrio tra i generi⁹⁶: essendo indirizzate a *specifiche donne in specifiche posizioni* lavorative o professionali o politiche e non alle cause sociali di sotto-rappresentazione femminile nei mercati del lavoro e nelle professioni, infatti, esse consentono la progressione di carriera di un numero limitato di beneficiarie, peraltro perlopiù già titolari di una posizione socio-economica di privilegio, e *non promuovono invece l’emancipazione collettiva delle donne dallo stereotipo di genere di natura sistemica che le discrimina*. Ciò secondo l’idea per la quale la discriminazione femminile sia un problema che deve essere affrontato in termini sistemici in favore dell’emancipazione dell’intero *genere*, non nella forma del sostegno a singole donne o a classi di donne più o meno limitate⁹⁷.

Come si è ben evidenziato, in ogni momento della storia *alcune* donne hanno raggiunto posizioni lavorative e professionali notevoli. Tali esempi sono

CIAVARELLA, A., CUCINOTTA, F., BENEDETTO, M.D., STEFANO, G.D., FABRIZIO, R., SGROI, A., SIGNORETTI, R., TORCHELLA, V. (2021); DEL PRETE, S., PAPINI, G., TONELLO, M. (2022).

⁹⁶ PRESTI G.M.G., DESANA E.R. (a cura di) (2022).

I dati disponibili, ad esempio, mostrano come la presenza delle donne ai vertici delle imprese sia aumentata sensibilmente, negli ultimi anni, per le imprese soggette alla disciplina introdotta dalla l. 12 luglio 2011, n. 120 mentre è aumentata in misura sensibilmente inferiore per le altre: BALLACCI, F., BALTRUNAITE, A., CIAVARELLA, A., CUCINOTTA, F., BENEDETTO, M.D., STEFANO, G.D., FABRIZIO, R., SGROI, A., SIGNORETTI, R., TORCHELLA, V. (2021); DEL PRETE, S., PAPINI, G., TONELLO, M. (2022). Rileva come sia emerso “chiaramente che la percentuale delle donne che ricoprono ruoli di vertice è sensibilmente aumentata in Italia, nel triennio 2013-2016” la PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI (2016), p. 18; tre anni dopo, “se si analizzano i dati complessivi partendo dall’entrata in vigore della normativa sull’equilibrio di genere nelle società pubbliche non quotate, emerge chiaramente che la percentuale delle donne che ricoprono ruoli di vertice è sensibilmente aumentata in Italia”, secondo PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI (2019), p. 23.

⁹⁷ Secondo l’idea per la quale la discriminazione femminile è un problema che deve essere affrontato in termini sistemici in favore dell’emancipazione dell’intero *genere*, non nella forma del sostegno a singole donne o a classi di donne più o meno limitate: ARRUZZA, C., BHATTACHARYA, T., FRASER, N. (2019).

stati, spesso, richiamati quale prova che le donne potessero raggiungere qualunque obiettivo. Il punto, tuttavia, attiene alla possibilità che *un numero sostanziale* di donne possa raggiungere i propri obiettivi lavorativi e professionali e passare, così, dall'aver *un lavoro* alla possibilità di avere *una carriera*⁹⁸.

Non deve tacersi come l'aumento della rappresentanza delle donne nei consigli di amministrazione possa contribuire ad attrarre un maggior numero di donne a tutti i livelli, dirigenti e dipendenti, come osservato nel Considerando n. 17 della citata Direttiva (UE) 2022/2381. In tal senso, tali misure possono contribuire a modificare quel paradigma discriminatorio osservato al precedente § 2, ma tale contributo, come si vedrà in seguito, corre il rischio di avere effetti limitati in mancanza di (misure volte alla) riorganizzazione sociale dei compiti di accudimento domestico e familiare.

In secondo luogo, *riservare* alle donne posizioni lavorative o professionali senza aver precedentemente disinnescato lo stereotipo di genere che le vuole presenti nel ruolo di accudimento domestico e familiare può rafforzare, nei confronti delle donne, il "doppio legame" (per utilizzare un concetto mutuato dalle discipline psicologiche⁹⁹) per il quale viene loro garantito l'accesso a posizioni apicali a condizione che esse conformino le proprie scelte esistenziali al modello paradigmatico che abbiamo definito *patriarcale*.

Limitando l'attenzione alla situazione italiana, infatti, tanto i luoghi di lavoro che le attività professionali sono disegnate secondo un modello fortemente radicato negli stereotipi di genere acquisiti dal passato, caratterizzati dalla tendenziale irrilevanza del ruolo di accudimento domestico e familiare del lavoratore/professionista, tradizionalmente uomo, in ragione dalla altrettanto tendenziale presenza della donna in funzione di accudimento domestico e

⁹⁸ GOLDIN C. (2005).

⁹⁹ Il doppio legame, nella sua originaria accezione psicologica, indica la situazione in cui due individui, legati tra loro da una relazione emotivamente rilevante, interagiscono tra loro inviandosi messaggi caratterizzati da incongruenze tra la comunicazione verbale (quello che viene detto a parole) e quella non verbale (gesti, atteggiamenti, tono di voce *etc.*); la situazione si caratterizza ulteriormente per il fatto che il ricevente del messaggio si trova nella posizione di non poter uscire fuori da questo schema stabilito dal messaggio, né metacomunicando né chiudendosi in se stesso: BATESON, G., JACKSON, D.D., HALEY, J., WEAKLAND, J.H. (1956); WATZLAWICK, P., BEAVIN, J.H., JACKSON, D.D. (1967).

familiare. Essi, infatti, prevedono, specialmente per le fasce di reddito e posizioni di carriera più elevate, un reclutamento ed una progressione il più delle volte *incompatibile* con tali attività di accudimento, che la cultura dominante *impone* alla donna e cui la maggior parte delle donne risulta, statisticamente, essere soggetta. Come rilevato ancora dall'ISTAT, ancora nel 2022 i dati testimoniano che *“il lavoro di cura resta appannaggio pressoché esclusivo delle donne”*¹⁰⁰.

La rete sociale che dovrebbe assistere le famiglie è, in Italia, inadeguata¹⁰¹. Ciò lascia la cura dei bambini (ben oltre il limite della procreazione biologica e dell'allattamento) e dei familiari più fragili in capo ai membri della famiglia di appartenenza. Come già notato ampiamente, è pratica socialmente e culturalmente prevalente quella di attribuire tali compiti, unitamente a quelli di cura domestica, alla popolazione femminile – essendo proprio questa la causa del *gender gap*.

Pertanto, la *riserva* di posizioni apicali in favore delle donne in mancanza di una riorganizzazione sociale dei compiti di accudimento domestico e familiare determina, come conseguenza, che la scelta di progressione lavorativa o professionale delle donne possa accompagnarsi alla necessità che esse adeguino la propria vita lavorativa e professionale ad un ambiente pensato e costruito intorno a stereotipi di genere e alla non dichiarata premessa della donna accudente. Cioè: alla rinuncia a sviluppare la propria personalità *anche* in una famiglia in quanto tale; scelta che, soprattutto quando accompagnata dalla procreazione, imporrebbe loro un ruolo di accudimento domestico e familiare che potrebbe rivelarsi incompatibile con l'esercizio di funzioni apicali¹⁰². Salvo,

¹⁰⁰ ISTAT (2022), p. 99

¹⁰¹ Gli interventi di sostegno, infatti, “si dirigono per lo più verso singoli obiettivi e sembrano non privilegiare la famiglia in quanto tale”: ISTAT (2022), p. 100.

¹⁰² Questo rappresenta un passaggio estremamente delicato ed a forte rischio di fraintendimento. Riteniamo, pertanto, opportuno, oltre che doveroso, dedicare qualche ulteriore parola a chiarirne il contenuto. La presente riflessione rende palese, ci auguriamo, la ferma convinzione di chi scrive per la quale ciascuna donna debba essere libera di svolgere la propria personalità liberamente, senza condizionamenti di ruolo o di genere. In altri termini, che la donna possa sentirsi parimenti realizzata e libera da giudizi o condizionamenti esterni sia che si sposi sia che non lo faccia; sia che metta al mondo figli sia che non voglia o possa farlo; indipendentemente dall'adesione a qualsivoglia stereotipo di genere.

Se, tuttavia, occorre affrancare la donna dai condizionamenti derivanti da stereotipi precostituiti, è necessario che ciò avvenga nella direzione di una effettiva libertà e non semplicemente

ovviamente, che la donna e la relativa famiglia non siano in grado di provvedere autonomamente ai servizi di assistenza e supporto, così aggravando la questione di genere anche con i profili propri della discriminazione di reddito.

Ciò non significa, ovviamente, che le scelte lavorative e professionali di *tutte* le donne siano necessariamente influenzate da vincoli di accudimento. Significa, però, che come confermato dai dati statistici esaminati, tali vincoli sono tali da determinare le scelte di una elevata percentuale di donne, donde l'emancipazione di poche non sembra potersi considerare sufficiente a negare il peso della discriminazione sulle altre.

In terzo luogo, le quote di genere devono ritenersi sistemicamente rischiose, là dove, in principio, aggirano il principio di attribuzione dei ruoli lavorativi, professionali e politici in ragione esclusivamente della *competenza* e della *preferenza* in favore di un meccanismo di *attribuzione riservata*. Con ciò non si intendere dire, ovviamente, che il meccanismo delle quote di genere consenta in alcun modo di aggirare i requisiti di formazione, conoscenza e competenza richiesti per ricoprire un dato incarico, come peraltro espressamente indicato nella già menzionata Direttiva (UE) 2022/2381¹⁰³. Il punto può apprezzarsi, invece, in prospettiva futura, là dove il meccanismo delle quote riservate venga percepito (come pare stia già avvenendo) come “bottino di guerra” di *lobby* organizzate, interessate a “riservare” ai propri appartenenti posizioni lavorative e professionali¹⁰⁴.

sostituendo un *cliché* all'altro. Ciò significa che se non deve essere un disvalore la scelta di rimanere *single* o di non avere figli, *altrettanto* non può essere una penalizzazione lavorativa o professionale (anche solo *di fatto*) o un disvalore quella di sposarsi e riprodursi. L'affermazione sembra banale ma, a ben vedere, nel dibattito femminista è talvolta presente la proposta *separatista* che sembra orientata più a *proporre* un modello alternativo di donna, tipicamente in chiave conflittuale con il genere maschile (e non a caso rivendicata soprattutto da movimenti di femminismo lesbico), che a promuovere l'uguaglianza della donna indipendentemente dalle proprie scelte esistenziali: HOAGLAND, S. (1997). Cfr., altresì, con una impostazione di tipo divulgativo: ADICHIE, C.N. (2014).

Traducendo tale affermazione teorica in termini applicativi, ne consegue che le misure a sostegno della partecipazione al mondo del lavoro e delle professioni delle donne *devono* spiegare il loro effetto in maniera tale che il loro effetto possa prodursi utilmente ed a parità di condizioni indipendentemente da quale sia la scelta esistenziale di ciascuna donna. Incluso il caso in cui essa abbia programmato, oltre alla propria carriera professionale, anche un futuro genitoriale.

¹⁰³ Cfr., in particolare, il Considerando n. 22 e l'art. 6, co. 2.

¹⁰⁴ Se l'ordinamento riserva determinati posti alle donne, in quanto “classe sottorappresentata”, perché non estendere la prospettiva dal sesso biologico all'orientamento di genere e riservare

Infine, le misure di *preferenza* operanti sul risultato invece che sui presupposti che lo determinano paiono pure lesive dell'obiettivo dell'uguaglianza nel lungo termine. Insomma: l'emancipazione femminile dagli stereotipi di genere non può pensare di valersi di strategie paternalistiche quale quella, adottata dall'Università di Oxford nel 2018 e passata agli onori della cronaca, consistente nel concedere alle studentesse dei corsi di laurea in Matematica e *Computer Sciences* quindici minuti in più rispetto ai colleghi maschi¹⁰⁵. Misure di questo tipo possono rischiare di apparire, al contrario, *irrispettose*, là dove sembrano richiamare, più che una misura positiva di pari opportunità, una forma di tutela di persone (infondatamente ed erroneamente) considerate *meno abili*.

7.2 Azioni positive per *disinnescare* gli stereotipi di genere nelle scelte formative. Al contrario, le azioni positive di riduzione del *gender gap*, per essere efficaci (e, probabilmente, legittime), dovrebbero operare sulle cause della discriminazione femminile e creare le precondizioni perché le scelte lavorative e professionali siano frutto di una *posizione* di libertà e non solo di una scelta formalmente libera ma *socialmente e culturalmente condizionata*¹⁰⁶.

posti anche alle minoranze LGBTQIA+? Una proposta in tal senso è stata formulata dal Nasdaq alla US Securities and Exchange Commission il 1 dicembre 2020: NASDAQ (2020) ed è stata approvata dalla SEC il 6 agosto 2021 ed è contenuta nella *Rule 5605(f)* del *Nasdaq Rulebook*. La *diversity rule* approvata, in realtà, prevede un meccanismo di *comply or explain*, là dove richiede di rendere pubblico il grado di *diversity* dell'organo amministrativo e, in caso di mancata presenza del requisito, darne motivazione.

Ma allora: perché non anche riservare quote in favore delle minoranze culturali, etniche, religiose? Perché non anche in base alle scelte esistenziali (riservare posti ai vegani, ad esempio, o agli animalisti)? Sulla base di quale criterio, soprattutto, scegliere quale "minoranza sottorappresentata" ha diritto ad una quota riservata e quale no?

Ciò non significa, ovviamente, che non sia un bene la varietà di visioni in seno agli organi collegiali. Né significa che si abbia alcunché contro alcuno dei gruppi appena richiamati. Significa, invece, fare in modo che gli appartenenti a tutti i gruppi e le minoranze siano messi in condizione di poter competere ad armi pari ma lasciare poi ai meccanismi selettivi o elettivi di fare in modo che i ruoli soggetti ad elezione siano scelti sulla base delle competenze e, se del caso, delle preferenze della maggioranza degli aventi diritto. Il sistema giuridico, infatti, in principio e almeno come obiettivo, dovrebbe consentire a uomini e donne le stesse opportunità e non garantire loro il medesimo risultato occupazionale o elettivo.

¹⁰⁵ Cfr., tra i numerosi: DIVER, T. (2018).

¹⁰⁶ Si distingue, infatti, correttamente tra la libertà come mera possibilità astratta di scelta, indipendentemente dall'esistenza di condizionamenti derivanti da situazioni concrete di vincolo derivanti dall'altrui potere economico, e la libertà come *condizione* effettiva di autonomia, che presuppone l'indipendenza dai condizionamenti provenienti dall'esterno: ARRUZZA, C., BHATTACHARYA, T., FRASER, N. (2019).

Si prendano le mosse dalla determinante delle differenti scelte formative di studentesse e studenti. Si è notato, al precedente § 6.1, come esse, pur rilevabili a livello aggregato, non sembrano influire in modo determinante sul *gender gap*. Nondimeno, esse contribuiscono a influire sulle diverse opportunità di donne e uomini sui mercati del lavoro e delle professioni e, pertanto, appare opportuno prevedere interventi volti a *disinnescare* tali stereotipi di genere e promuovere percorsi di studio STEM per le studentesse. Analoghi interventi potrebbero essere previsti anche per altri percorsi di studio rilevanti ai fini dell'accesso a lavori e professioni meglio retribuiti e ancora oggi meno frequentati dalla popolazione universitaria femminile, come, ad esempio, negli Stati Uniti risultano essere gli studi in economia¹⁰⁷.

In particolare, se è vero che le scelte dei percorsi di studio sono determinati, in modo principale, da differenze nelle preferenze individuali, è pur vero che tali preferenze non dipendono da variabili innate ma dal contesto sociale, scolastico e familiare di appartenenza¹⁰⁸, in particolare dai condizionamenti derivanti da stereotipi impliciti¹⁰⁹. L'insegnamento delle materie scientifiche da parte di insegnanti donne, ad esempio, risulta determinare un miglioramento dei voti delle studentesse e una più ampia iscrizione in facoltà tecnico-scientifiche¹¹⁰. Tale conclusione è confermata dal confronto con i paesi in cui la parità di genere è più avanzata, nei quali i rendimenti scolastici in matematica delle studentesse sono mediamente migliori¹¹¹.

In questa prospettiva, può auspicarsi che la disciplina delle “quote di genere” richiamata al precedente § 7.1 possa contribuire ad attrarre un maggior numero di donne a tutti i livelli, dirigenti e dipendenti, come suggerito anche dal Considerando n. 17 della già citata Direttiva (UE) 2022/2381.

¹⁰⁷ GOLDIN C. (2013).

¹⁰⁸ DE PHILIPPIS, M. (2023).

¹⁰⁹ CARLANA, M. (2019). L'insegnamento delle materie scientifiche da parte di insegnanti donne risulta determinare un miglioramento dei voti delle studentesse e una più ampia iscrizione in facoltà tecnico-scientifiche: CARRELL, S. E., PAGE, M. E., WEST, J. E. (2010).

¹¹⁰ CARRELL, S. E., PAGE, M. E., WEST, J. E. (2010).

¹¹¹ DE PHILIPPIS, M. (2023), p. 19.

Questo tipo di problema richiede un approccio volto a incrementare le opportunità di scelta delle donne, emancipandole da scelte formative vincolate da stereotipi di genere; a *disinnescare*, già nel periodo scolastico, gli stereotipi inerenti la correlazione tra sesso e materie di studio e contrastare le barriere culturali che incidono sulle scelte dei percorsi scolastici. Ad esempio, risultano essere efficaci la promozione di figure femminili in ambiti professionali diversi da quelli tradizionalmente preferiti dalle donne e azioni che “*limitano la discriminazione anche involontaria (come prove di selezione anonimizzate) o che aumentano la consapevolezza sugli stereotipi di genere*”¹¹².

7.3 Azioni positive per *disinnescare* gli stereotipi di genere in relazione al diverso ruolo nell'accudimento domestico e familiare. Il problema del diverso ruolo di donne e uomini nell'accudimento domestico e familiare, che si è visto rappresentare la principale causa del *gender gap*, può essere affrontato, ad una prima approssimazione, alla luce di due variabili fondamentali. La prima variabile attiene alla necessità di alleggerire, nel breve-medio periodo, e disinnescare, nel medio-lungo periodo, il ruolo della donna quale *esclusiva designata a tali funzioni di cura*.

Nel breve-medio periodo, allora, potrebbe innanzitutto coordinare le diverse istituzioni sociali alla luce delle esigenze della famiglia in cui entrambi i genitori siano impegnati nei mercati del lavoro e delle professioni, abbandonando l'assunto implicito della famiglia monoreddito e della presenza domestica della donna. Ad esempio: estendendo l'apertura delle scuole anche al periodo estivo e facendo coincidere le relative vacanze con i periodi di ferie lavorative¹¹³. O, ancora, prevedendo un incremento delle ore giornaliere di scuola, che comporterebbe effetti relativamente modesti sul rendimento scolastico delle

¹¹² DE PHILIPPIS, M. (2023), p. 27.

¹¹³ La proposta di consentire l'apertura estiva delle scuole è stata formulata, in Italia, in più occasioni, da ultimo dal Ministro dell'Istruzione e del Merito Giuseppe Valditara Italia: ANSA (2023).

bambine e dei bambini ma significativi in termini di maggiore occupazione femminile, senza che ciò comporti conseguenze sull'occupazione dei padri¹¹⁴.

Indipendentemente da ciò, dovrebbe procedersi ad incrementare i servizi di assistenza ai bambini ed agli anziani, al fine di “liberare” tempo in capo alle donne, ingiustificatamente (ma effettivamente) gravate in misura quasi esclusiva della loro cura¹¹⁵. È necessario potenziare, in particolare, la creazione di nidi e servizi educativi per l'infanzia, soprattutto all'interno di imprese e uffici. Si pensi che l'obiettivo europeo per il 2010, fissato nel Consiglio europeo di Barcellona, era quello di una dotazione a copertura del 33% del potenziale bacino d'utenza mentre l'Italia, ancora nel 2017-2018 arrivava a coprire solo il 24,7%, con il record negativo della Campania con una copertura pari all'8,6% - dovendosi rilevare in particolare il *deficit* di strutture dedicate alle bambine e ai bambini al di sotto dei tre anni¹¹⁶, posto che la scuola d'infanzia risulta ben più adeguata alla domanda in quanto storicamente all'interno delle politiche scolastiche nazionali¹¹⁷.

In questa prospettiva, appare da salutare con favore la già citata l. 5 novembre 2021, n. 162, che ha modificato il d. lgs. 11 aprile 2006, n. 198, introducendo il “certificato della parità di genere”, ed ha inserito tra i *Key Performance Indicator* condizionanti le misure di premialità ivi previste alle prassi UNI/PdR 125:2022, che includono, per quanto ora più interessa, “tutela della genitorialità e conciliazione vita-lavoro”¹¹⁸.

¹¹⁴ BOVINI, G., CATTADORI, N., DE PHILIPPIS, M., SESTITO, P. (2023), *The Short and Medium Term Effects of Full-Day Schooling on Learning and Maternal Labor Supply*, Discussion paper series n. 16378, Bonn, IZA Institute of Labor Economics, 2023.

¹¹⁵ Non c'è dubbio, infatti, che l'affrancamento delle donne da compiti, socialmente e culturalmente imposti loro da stereotipi di genere, possa consentire loro di indirizzare l'impegno quotidiano in favore di attività differenti, ivi incluse quelle sui mercati del lavoro e delle professioni. Chi dubiti dell'efficacia di tale misura, potrebbe considerare la correlazione rinvenuta tra l'emancipazione femminile e la distribuzione di massa della lavatrice, nel secondo dopoguerra, che ha drasticamente ridotto la durata dei lavori di casa, all'epoca *esclusivamente* rimessi alle donne in ragione del medesimo stereotipo di genere: ASQUER, E. (2005).

¹¹⁶ <https://www.istat.it/it/archivio/244117>; PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI (2022), p. 67.

¹¹⁷ Essa, infatti, ha seguito un diverso percorso, rispetto alla quale in Italia la percentuale dei bambini di età compresa fra i 3 e i 5 anni che frequenta una struttura educativa (93,2%) è più alta della media europea (89,6%) e ha superato già da qualche anno l'obiettivo dichiarato nel 2002, in sede di Consiglio europeo, di offrire assistenza all'infanzia per almeno il 90% dei bambini di età compresa fra i 3 anni e l'inizio dell'obbligo scolastico: PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI (2022), p. 7

¹¹⁸ Cfr. *supra*, note nn. 51 e 52.

La pandemia da COVID-19 che ha afflitto il mondo nell'anno 2020 ha consentito di verificare che una buona parte delle attività professionali e lavorative può essere svolta, con pari profitto, anche in modalità "da remoto"¹¹⁹. Sempre in una prospettiva di breve-medio termine, l'occasione potrebbe essere propizia per recepire, in materia giuslavoristica, quella istanza di organizzazione del lavoro in termini di minore rigidità, per consentire di conciliare più agevolmente il lavoro con la cura dei figli e, più in generale, della famiglia¹²⁰.

Nel medio-lungo periodo, è da auspicare che gli interventi di riequilibrio di breve-medio termine possano produrre, insieme ad altre misure di sostegno ed emancipazione, un cambiamento culturale nella direzione del ridisegno dei ruoli maschile e femminile all'interno della famiglia e della società (nei limiti, inevitabili, delle differenze biologiche che caratterizzano i due sessi in relazione ai processi riproduttivi).

La seconda variabile alla luce della quale affrontare il problema attiene alla *inevitabile* diversa disponibilità temporale di uomini e donne nei mercati del lavoro e delle professioni conseguente alla riproduzione¹²¹.

Non c'è dubbio che l'assunzione di una donna comporta, a differenza dell'assunzione di un uomo, il "rischio" di periodi di assenza legati al congedo di maternità, che è un periodo di (almeno) cinque mesi di astensione *obbligatoria* dal lavoro riconosciuto alle lavoratrici dipendenti durante la gravidanza e il puerperio¹²².

¹¹⁹ Al proposito, è tuttavia opportuno richiamare quell'opinione per la quale la possibilità di lavoro da remoto potrebbe creare un'area di lavoro *separata* per le donne rispetto agli uomini. Si è, infatti, osservato come le esigenze di accudimento che rendono il lavoro da remoto più agevole rispetto a quello in presenza siano socio-culturalmente imposte per lo più sulle donne. Ne consegue che saranno le donne a chiedere la possibilità di usufruire di tale modalità, in tutto o in parte, mentre gli uomini avranno la possibilità di prestare le proprie attività lavorative e professionali in presenza. Le donne, pertanto, perderanno una parte importante delle interazioni con i colleghi e i clienti, con prevedibile aggravamento del divario di bonus, aumenti di stipendio e promozioni: GOLDIN C. (2022); GOLDIN C. (2021a).

¹²⁰ ISTAT (2020), p. 172; così anche GOLDIN C. (2021b).

¹²¹ Ciò rappresenta una variabile particolarmente rilevante specialmente nei lavori e nelle professioni che sono stati qualificati come "ingordi", per la loro caratteristica di remunerare in modo sproporzionatamente più elevato le ore di lavoro straordinario e il lavoro nei fine settimana; lavori e professioni nei quali si perpetua e si aggrava la disparità tra donne e uomini: GOLDIN C. (2021b).

¹²² Art. 16, co. 1, d. lgs. 26 marzo 2001, n. 151. Si noti come il congedo di paternità obbligatorio sia pari a soli dieci giorni, da utilizzare anche in via non continuativa nel periodo che va da due

Ad esempio, sotto il profilo economico, durante il congedo la donna percepisce, per legge, l'80% della sua retribuzione¹²³, ma la quasi totalità dei contratti collettivi prevede la corresponsione della retribuzione per intero, ponendo la differenza a carico del datore di lavoro¹²⁴. Non sembra che tale differenza possa rappresentare un reale disincentivo all'assunzione di donne, in quanto il costo a carico del datore ammonta, in effetti, al solo 1,4% della retribuzione, in ragione del fatto il datore di lavoro eroga alla donna la differenza risultante tra l'indennità INPS "lordizzata" e la retribuzione normale che sarebbe spettata alla lavoratrice non in congedo¹²⁵.

Il vero costo economico diretto sopportato dal datore di lavoro è quello del contratto di sostituzione maternità, di durata compresa da 6 mesi (5 mesi di astensione obbligatoria dal lavoro + 1 mese di affiancamento) a 12 mesi (5 mesi di astensione obbligatoria + 6 mesi di astensione facoltativa + 1 mese di affiancamento)¹²⁶, che è *integralmente* a carico del datore di lavoro e che prevede, quale unico incentivo, la riduzione del 50% dei contributi INPS a carico del datore di lavoro, qualora abbia meno di 20 dipendenti¹²⁷. Meglio sarebbe, sotto tale profilo, se *anche* il contratto di sostituzione maternità fosse posto dalla legge, in tutto o in parte, a carico dell'INPS. O, in alternativa, che fossero adottate misure tali da *neutralizzare* il disincentivo economico conseguente al ruolo riproduttivo della donna¹²⁸.

mesi precedenti la data presunta del parto ed entro i cinque mesi successivi: art. 27 *bis*, co. 1, d. lgs. 26 marzo 2001, n. 151. È concesso al padre il congedo di paternità alternativo, per tutta la durata del congedo di maternità o per la parte residua che sarebbe spettata alla lavoratrice, solo in caso di morte o di grave infermità della madre ovvero di abbandono, nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre: art. 28, co. 1, d. lgs. 26 marzo 2001, n. 151.

¹²³ Art. 22, co. 1, d. lgs. 26 marzo 2001, n. 151.

¹²⁴ Cfr., ad esempio, l'art. 39, co. 1, del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro "Commercio, Terziario, Distribuzione e Servizi"; l'art. 39, co. 1, del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro "Distribuzione delle Merci, della Logistica e dei Servizi Privati"; l'art. 39, co. 1, del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro "Addetti all'Industria Metalmeccanica privata e alla Installazione Impianti".

¹²⁵ Di ROSA, D. (2021).

¹²⁶ Cfr. art. 4 d. lgs. 26 marzo 2001, n. 151.

¹²⁷ Art. 4, co. 3, d. lgs. 26 marzo 2001, n. 151.

¹²⁸ Si rinvia, ad esempio, in letteratura, un dibattito sulla c.d. "gender tax", o tassazione di genere, consistente nell'introduzione di una tassazione agevolata dei redditi da lavoro per le donne volta a renderne relativamente più conveniente l'assunzione – il che equivale a dire, nell'approccio utilizzato nel testo: a ridurre il disincentivo esistente di fatto all'assunzione di donne.

È ragionevole ritenere, altresì, che il disincentivo derivante dalla maternità, soprattutto ai livelli dirigenziali, dipenda non solo dal costo economico sopportato dal datore di lavoro per la sostituzione della donna in congedo ma anche dal “costo” consistente nella discontinuità temporale conseguente alla maternità. Non è questa la sede per sviluppare una proposta per porre rimedio a tale problema; può, tuttavia, chiedersi se ed in quale misura sia possibile *sterilizzare* tale svantaggio competitivo, immaginando misure alternative idonee a *disinnesicare* lo svantaggio competitivo derivante dal congedo obbligatorio¹²⁹.

8. Considerazioni conclusive. All’esito della presente riflessione non può omettersi di prendere atto come il *gender gap* sia, in Italia, un problema ancora grave. Se pure i dati a disposizione consentono di rilevare un generale miglioramento delle condizioni delle donne nel lungo periodo¹³⁰, essi non mostrano miglioramenti nella posizione *relativa* del nostro Paese nel contesto mondiale nel corso degli ultimi anni. Si è già richiamato il dato, poco confortante, del 79mo posto dell’Italia, su 146 Paesi, nel *Global Gender Gap Index* redatto dal *World Economic Forum* per l’anno 2023¹³¹. Nel 2015, su 145 Paesi, l’Italia si trovava al 41mo posto¹³².

Appare ragionevole ritenere che tale non lusinghiera posizione derivi innanzitutto da un pre-giudizio di natura socio-culturale ma anche dalla inefficacia delle misure poste in essere per porvi rimedio. Il sistema giuridico italiano, infatti, prevede un robusto apparato normativo a presidio, astratto, dell’uguaglianza sia sotto il profilo formale che sostanziale ma appare estremamente carente di misure utili a tal fine sotto il profilo concreto.

Ciò non significa, ovviamente, che l’attuale disciplina non possa svolgere una funzione utile, almeno in via temporanea e nel breve-medio periodo: quanto alle “quote di genere”, ad esempio, al fine di *imporre* un bilanciamento nella

Sul tema cfr.: CHRISTIANSEN, L., LIN, H., PEREIRA, J., TOPALOVA, P., TURK, R. (2016); COLONNA, F., MARCASSA, S. (2013); ALESINA, A., ICHINO, A., KARABARBOUNIS, L. (2007).

¹²⁹ Cfr. le considerazioni sulla “*gender tax*” alla precedente nota n. 130.

¹³⁰ Cfr., in relazione agli Stati Uniti: GOLDIN C. (2015); GOLDIN C. (2014).

¹³¹ WORLD ECONOMIC FORUM (2022).

¹³² WORLD ECONOMIC FORUM (2015).

presenza dei sessi che, ove lasciato all'adattamento spontaneo, potrebbe richiedere tempi ben più lunghi. I dati disponibili, ad esempio, mostrano come la presenza delle donne ai vertici delle imprese sia aumentata sensibilmente, negli ultimi anni, per le imprese soggette alla disciplina introdotta dalla l. 12 luglio 2011, n. 120 (cc.dd. "quote di genere"¹³³) mentre è aumentata in misura sensibilmente inferiore per le altre¹³⁴. Parimenti, può auspicarsi che la disciplina delle "quote di genere" possa contribuire ad attrarre un maggior numero di donne a tutti i livelli, dirigenti e dipendenti, nei mercati del lavoro e delle professioni.

La più recente legislazione sembra più attenta a inquadrare le variabili rilevanti ai fini della riduzione del *gender gap* nell'ambito del sistema socio-economico che le alimenta, come testimoniato dalla disciplina del "certificato della parità di genere" introdotto dalla l. 5 novembre 2021, n. 162 (c.d. "legge Gribaudo"), di modifica del d. lgs. 11 aprile 2006, n. 198¹³⁵.

La via della pari dignità professionale e lavorativa tra uomini e donne, tuttavia, non può essere costruita sull'assimilazione delle seconde a modelli, inclusi quelli adottati più o meno implicitamente nei mercati del lavoro e delle professioni, disegnati sugli stereotipi di genere storicamente definiti, per lo più, dai primi.

Viene in mente, al proposito, un parallelo con lo studio effettuato dal *National Center for Biotechnology Information* americano, commissionato dal *Trauma Audit and Research Network*¹³⁶, che ha rilevato, tra le altre, come, all'esito di incidenti automobilistici, le conseguenze per le donne siano

¹³³ Pur meritevoli di critica sotto alcuni punti di vista, come osservato al precedente § 7.1.

¹³⁴ BALLACCI, F., BALTRUNAITE, A., CIAVARELLA, A., CUCINOTTA, F., BENEDETTO, M.D., STEFANO, G.D., FABRIZIO, R., SGROI, A., SIGNORETTI, R., TORCHELLA, V. (2021); DEL PRETE, S., PAPINI, G., TONELLO, M. (2022).

Rileva come sia emerso "chiaramente che la percentuale delle donne che ricoprono ruoli di vertice è sensibilmente aumentata in Italia, nel triennio 2013-2016" la PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI (2016), p. 18; tre anni dopo, "se si analizzano i dati complessivi partendo dall'entrata in vigore della normativa sull'equilibrio di genere nelle società pubbliche non quotate, emerge chiaramente che la percentuale delle donne che ricoprono ruoli di vertice è sensibilmente aumentata in Italia", secondo PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI (2019), p. 23.

¹³⁵ Il tema è stato sommariamente trattato *supra*, § 4.1.

¹³⁶ NUTBEAM, T., WEEKES, L., HEIDARI, SH., FENWICK, R., BOUAMRA, O., SMITH, J., STASSEN, W. (2022)

statisticamente peggiori, e comunque *diverse* rispetto a quelle per gli uomini¹³⁷. All'esito dello studio si è concluso che tali differenze sono causate dal fatto che le misure di sicurezza per le automobili sono sviluppate all'esito di *crash test* effettuati con manichini disegnati sul corpo maschile; lo stesso manichino che viene utilizzato come ipotetico guidatore femminile è, in realtà, una versione ridotta di quello maschile che, peraltro, non tiene conto delle differenze fisiologiche tra i due generi (ad esempio, quanto alle dimensioni relative delle anche). Ne consegue che il manichino maschile risulta coerente con l'uomo medio statunitense degli anni '70 mentre il manichino femminile risulta compatibile con il 5% delle donne statunitensi della stessa epoca – essendo simile non a una donna ma ad una ragazza di dodici anni¹³⁸.

Al fine di superare il problema e rendere le automobili più sicure per le donne, la direttrice della ricerca sulla sicurezza del traffico presso l'Istituto nazionale svedese di ricerca sulle strade e i trasporti, Astrid Linder, ha sviluppato un prototipo di manichino che rappresenta davvero e con precisione il corpo femminile e sta promuovendo l'adozione di una disciplina che renda obbligatorio, nei *crash test*, l'utilizzo di manichini con le corrette misure antropometriche¹³⁹.

Analogamente potrebbe, e dovrebbe, farsi anche nella materia oggetto della presente riflessione: occorrerebbe ridurre in misura progressivamente sempre più ampia le misure volte ad adattare le scelte delle donne a modelli disegnati sugli stereotipi di genere storicamente definiti dagli uomini e, al contrario, sviluppare *nuove* soluzioni che consentano a donne e uomini di svolgere la propria personalità *a parità di condizioni, nella libertà dagli stereotipi e indipendentemente dalle differenze biologiche e dalle scelte procreative e, più in genere, familiari ed esistenziali*¹⁴⁰.

¹³⁷ Ad esempio, il 16% delle donne risulti rimanere intrappolato tra le lamiere, contro solo il 9% degli uomini; donne e uomini risultassero avere lesioni differenti (le donne più lesioni all'anca e alla colonna vertebrale, gli uomini più lesioni alla testa, al viso, al torace e agli arti) e le donne risultassero maggiormente esposte a specifiche forme di lesione quali il colpo di frusta negli impatti posteriori (probabilità fino a tre volte maggiore rispetto a un uomo)

¹³⁸ La notizia è disponibile, con ulteriori dati e chiarimenti, in BBC (2022).

¹³⁹ BBC (2022).

¹⁴⁰ Come notato anche da Claudia Goldin, leggi antidiscriminazione e manager imparziali possono contribuire alla soluzione del problema ma non sono sufficienti a raggiungere l'obiettivo

Bibliografia

- ADICHIE, C.N. (2014), *We Should All Be Feminist*, Fourth Estate, Glasgow, 2014
- AGRÒ, A.S. (1975), "Il principio di eguaglianza formale", in AA.VV., *Principi fondamentali*, in BRANCA, G. (a cura di), Commentario della Costituzione, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, p. 123
- ALESINA, A., ICHINO, A., KARABARBOUNIS, L. (2007), *Gender-based taxation and the Division of Family Chores*, Mimeo, Harvard University and CEPR DP, 2007
- ARRUZZA, C., BHATTACHARYA, T., FRASER, N. (2019), *Feminism for the 99%: A Manifesto*, Verso, London, 2019
- ASQUER, E. (2005), "Per una storia sociale della lavatrice in Italia", in *Italia contemporanea*, dicembre 2005, n. 241, p. 449
- BALLACCI, F., BALTRUNAITE, A., CIAVARELLA, A., CUCINOTTA, F., BENEDETTO, M.D., STEFANO, G.D., FABRIZIO, R., SGROI, A., SIGNORETTI, R., TORCHELLA, V. (2021), *La partecipazione femminile negli organi di amministrazione e controllo delle società italiane. Rapporto dell'osservatorio interistituzionale sulla partecipazione femminile negli organi di amministrazione e controllo delle società italiane*, Banca d'Italia, Dipartimento delle Pari Opportunità, Consob, 2021.
- BARDSLEY, S. (2007), *Women's Roles in the Middle Ages*, Greenwood Publishing Group, 2007
- BATESON, G., JACKSON, D.D., HALEY, J., WEAKLAND, J.H. (1956), *Toward a Theory of Schizophrenia*, in *Behavioral Science*, 1, p. 251, trad. It. "Verso una teoria della schizofrenia", in BATESON, G., *Verso un'ecologia della mente*, Milano, Adelphi, 1972
- BERTRAND M., GOLDIN C., KATZ L.F. (2010), "Dynamics of the Gender Gap for Young Professionals in the Financial and Corporate Sectors", in *American Economic Journal: Applied Economics*, 2010, 2(3), p. 228
- BLACKSTONE, W (1769), "Of husband and wife", in *Commentaries on the Laws of England*, 1765–1769.
- BLUNDELL, S. (1995), *Women in ancient Greece, Volume 1995, Part 2*, Harvard University Press, 1995
- BOVINI, G., CATTADORI, N., DE PHILIPPIS, M., SESTITO, P. (2023), *The Short and Medium Term Effects of Full-Day Schooling on Learning and Maternal Labor Supply*, Discussion paper series n. 16378, Bonn, IZA Institute of Labor Economics, 2023
- BOVINI, G., DE PHILIPPIS, M., RIZZICA, L. (2023), *The origins of Gender Wage Gaps: the Role of School to Work Transition*, Temi di Discussione (Working Papers), in corso di pubblicazione, Roma, Banca d'Italia, 2023 [citazioni tratte da F. CARTA, M. DE PHILIPPIS, L. RIZZICA AND E. VIVIANO, *Women, labour markets and economic growth*, Seminari e Convegni (Workshops and Conferences) n. 26, Roma, Banca d'Italia, 2023]
- BRODY, M. (1983), "Mary Wollstonecraft: Sexuality and women's rights (1759–1797)", in Spender, D. (a cura di), *Feminist theorists: Three centuries of key women thinkers*, Pantheon, New York, 1983, p. 40
- BROLLO, M. (2016), "Le "quote di genere" negli organi di governo delle società: dalle norme agli strumenti", in *Labor*, 2016, p. 349
- CALLEGARI M., DESANA E.R. (2021), "Speriamo che sia femmina: l'equilibrio fra i generi nelle società quotate a controllo pubblico nell'esperienza italiana e comparata", in *Rivista delle società*, 2021, p. 1442
- CALLEGARI M., DESANA E.R., MASSA FELSANI F. (2022), "Why Diversity? Gender Balance in Corporate Bodies. Notes on the Recent Amendments to the Equal Opportunities Code and the Final Approval of the Women on Boards Directive", in *The Italian Law Journal*, 2022, p. 715
- CANTARELLA, E. (1987), *Pandora's Daughters: The Role and Status of Women in Greek and Roman Antiquity*, Johns Hopkins University Press, 1987

dell'uguaglianza di genere nei mercati del lavoro e delle professioni e dell'equità all'interno delle coppie eterosessuali: GOLDIN C. (2014). È necessario, invece, promuovere cambiamenti fondamentali al modo in cui lavoriamo e in cui valorizziamo le attività di accudimento domestico e familiare: GOLDIN C. (2021b). Del resto, è empiricamente verificabile che le evoluzioni tecnologiche e di mercato possono portare al superamento del *gender gap*: GOLDIN C., KATZ L.F. (2016).

- CARLANA, M. (2019), "Implicit Stereotypes: Evidence from Teachers' Gender Bias", in *The Quarterly Journal of Economics*, 134 (3), 2019, p. 1163
- CARRELL, S. E., PAGE, M. E., WEST, J. E. (2010), "Sex and Science: How Professor Gender Perpetuates the Gender Gap", *The Quarterly Journal of Economics*, 125 (3), 2010, p. 1101
- CARTA, F., DE PHILIPPIS, M., RIZZICA, L., VIVIANO, E. (2023), *Women, labour markets and economic growth*, Seminari e Convegni n. 26, Banca d'Italia, giugno 2023, https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/collana-seminari-convegni/2023-0026/women_labour_markets_growth_n26.pdf
- CASARICO A., PROFETA P. (2010), *Donne in attesa. L'Italia delle disparità di genere Copertina flessibile*, Milano, EGEA, 2010
- CERRI, A. (2005), *L'eguaglianza*, Roma-Bari, Laterza, 2005
- CHIRONI, G. (2014), prolusione tenuta all'Università di Torino nel 1898, ora in Id., *Studi e questioni di diritto civile*, I, Torino, Bocca, 1914, p. 21
- CHRISTIANSEN, L., LIN, H., PEREIRA, J., TOPALOVA, P., TURK, R. (2016), *Individual choice or policies? Drivers of female employment in Europe*, IMF Working Paper, European Department WP/16/49, Washington, D.C., International Monetary Fund, 2016
- COLONNA, F., MARCASSA, S. (2013), *Taxation and Labor Force Participation: The Case of Italy*, Banca d'Italia, Occasional Paper No. 191, 2013
- DEL PRETE, S., PAPINI, G., TONELLO, M. (2022), *Gender quotas, board diversity and spillover effects. Evidence from Italian banks*, Temi di Discussione (Working Papers) n. 1395, Roma, Banca d'Italia, 2022
- DESANA E.R. (2015), "L'equilibrio di genere: la Legge Golfo-Mosca nel quadro delle azioni positive", in *Giurisprudenza italiana*, 2015, p. 2515
- DESANA E.R. (2017), "La legge n. 120 del 2011: luci, ombre e spunti di riflessione", in *Rivista di diritto societario*, 2017, p. 539
- DESANA E.R., MASSA FELSANI F. (2022), "'Corporate governance" e diversità di genere. Equilibri in divenire", in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2022, p. 53
- DHIR A.A. (2016), *Challenging Boardroom Homogeneity: Corporate Law, Governance, and Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016
- ESPOSITO, C. (1954), "Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Cost.", in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954
- FINOCCHIARO, A., *Riforma del diritto di famiglia. Commento teorico pratico alla legge 19 maggio 1975 n. 151*, Milano, Giuffrè, 1975
- FREEDMAN, E. (2022), *No Turning Back: The History of Feminism and the Future of Women*, London, Ballantine Books, 2002
- FRIER, B.W., MCGINN, TH.A.J. (2004), *A Casebook on Roman Family Law*, Oxford University Press, 2004
- GADAMER, H.G. (1960), *Wahrheit und Methode*, 1960, trad. it. G. VATTIMO, *Verità e metodo*, Milano, Bompiani, 2001
- GALIANI F. (1750), *Della moneta, libri cinque*, Napoli, Giuseppe Raimondi, 1750
- GIANTURCO, E. (1891), "L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale", prolusione tenuta all'Università di Napoli nel 1891, ora in Id., *Opere giuridiche*, II, Roma, Libreria dello Stato, 1947, p. 262
- GIUFFRÈ F. (2002), *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002
- GOLDIN C. (2022), *Understanding the Economic Impact of COVID-19 on Women*, Brookings Papers on Economic Activity, 2022 (Spring), p. 65
- GOLDIN C. (2021b), *Career and Family: Women's Century-Long Journey toward Equity*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2021
- GOLDIN C. (2021a), *Assessing Five Statements about the Economic Impact of COVID-19 on Women*, in https://www.nber.org/sites/default/files/2021-06/GOLDIN_SEANWhitePaper.pdf
- GOLDIN C. (2015), "How to Achieve Gender Equality", in *Milken Institute Review*, 2015 (July) (Q3), p. 24
- GOLDIN C. (2014), "A Grand Gender Convergence: Its Last Chapter", in *American Economic Review*, 2014, 104(4), p. 1091

- GOLDIN C. (2013), "Notes on Women and the Undergraduate Economics Major", in *CSWEP Newsletter*, 2013;(Summer), 4-6, p. 15
- GOLDIN C. (2005), "From the Valley to the Summit: The Quiet Revolution that Transformed Women's Work", in *Regional Review*, 2005, Q1, p. 5
- GOLDIN C. (2004), "The Long Road to the Fast Track: Career and Family", in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 2004 (November) (596), p. 20
- GOLDIN C. (1997), "Career and Family: College Women Look to the Past", in EHRENBERG. R., BLAU, F. (eds.), *Gender and Family Issues in the Workplace*, New York, Russell Sage Foundation Press, 1997, p. 20
- GOLDIN C., KERR S.P., OLIVETTI C. (2022), *When the Kids Grow up: Women's Employment and Earnings Across the Family Cycle*, National Bureau of Economic Research Working Paper Series, Working Paper 30323, 2022, in <http://www.nber.org/papers/w30323>
- GOLDIN C., KERR S.P., OLIVETTI C. (2021), *The Other Side of the Mountain: Women's Employment and Earnings over the Family Cycle*, in *IFS Deaton Review of Inequalities*, 2021, in <https://ifs.org.uk/inequality/womens-employment-and-earnings-over-the-family-cycle/>
- GOLDIN C., KERR S.P., OLIVETTI C., BARTH E. (2017), "The Expanding Gender Earnings Gap: Evidence from the LEHD-2000 Census", in *American Economic Review: Papers and Proceedings*, 2017, 107(5), p. 110
- GROSSI, P. (2020), *Il mondo delle terre collettive. Itinerari giuridici tra ieri e domani*, Macerata, Quodlibet, 2020
- GROSSI, P. (2000), *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860 - 1950*, Milano, Giuffrè, 2000
- GROULT, B. (2012), *Ainsi soit Olympe de Gouges: la Déclaration des droits de la femme et autres textes politiques*, Parigi, Grasset, 2012
- HOAGLAND, S. (1997), *Lesbian Ethics*, Venice (CA), LE publications, 1997
- IKECHUKWU, A., KANU, O.S.A. (2012), "Gender and Good Governance in John Locke", in *American Journal of Social Issues and Humanities*, vol. 2, n. 4, 2012, p. 252
- ISTAT (2023), *Rapporto annuale 2023*, ISTAT, Roma, 2023, <https://www.istat.it/storage/rapporto-annuale/2023/Rapporto-Annuale-2023.pdf>
- ISTAT (2020), *Rapporto annuale 2020*, ISTAT, Roma, 2020, <https://www.istat.it/storage/rapporto-annuale/2020/Rapportoannuale2020.pdf>
- ISTAT (2006), *Statistiche sulle amministrazioni pubbliche 2003*, ISTAT, Roma, 2006, <https://ebiblio.istat.it/digibib/Pubblica%20Amministrazione/Statistiche%20amministrazioni%20pubbliche%202003.pdf>
- JEHLEN, M., WARNER, M. (2013), *The English Literatures of America: 1500-1800*, New York, Routledge, 2013
- JEWELL, H.M. (2007a), *Women In Dark Age and Early Medieval Europe*, New York, Palgrave Mcmillan, 2007
- JEWELL, H.M. (2007b), *Women in Late Medieval and Reformation Europe*, New York, Palgrave Macmillan, 2007
- JOHNSTON, D. (1999), *Roman Law in Context*, Cambridge University Press, 1999
- KEITH, T. (2017), *Masculinities in Contemporary American Culture: An Intersectional Approach to the Complexities and Challenges of Male Identity*, New York, Routledge, 2017, esp. chapter 1: "Patriarchy, Male Privilege, and the Consequences of Living in a Patriarchal Society"
- KUHN, T. (1962), *The structure of Scientific Revolutions*, Univ. of Chicago, 1962 e 1970, tr. it. a cura di CARUGO, A., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, Einaudi, 1999
- LAMBERTI F. (2023), "I "Key Performance Indicators" della certificazione della parità di genere. Una lettura critica", in *Federalismi.it*, 2023, p. 212
- LAUREN, P.G. (2003), *The evolution of international human rights: visions seen*, University of Pennsylvania Press, 2003.
- LENER, G. (1986), *The Creation of Patriarchy*, New York, Oxford University Press, 1986
- LYSACK, K. (2008), *Come buy, come buy: shopping and the culture of consumption in Victorian women's writing*, Athens, Ohio University Press, 2008
- MAINE, H.S. (1861), *Ancient Law*, London, John Murray, 1861

- MARCHI, G. (2022), "La questione di genere nella prospettiva di contrasto al lavoro povero: tra esigenze di conciliazione, discriminazioni e "gender pay gap"", in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2022, p. 63
- MARCHISIO, E. (2021), "Reflections on the 'Just Price' in Times of Crisis (with Reference to Coronavirus ... but not only)", in *European Review of Contract Law*, 2021, 17(3), 285
- MARCHISIO, E. (2007), *Sulle "funzioni" del diritto privato nella costituzione economica fascista*, Macerata, CEUM, 2007
- MARINELLI, F. (2021), ""Gender gap" e mercato del lavoro alla luce della pandemia: il "punctum dolens" è la ripartizione tra i generi dei compiti di cura genitoriale", in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2021, 1, p. 65
- MATARAZZO A.E. (2022), "Legge 5 novembre 2021.n. 162: verso la certificazione della parità di genere", in *Stato Civ. It.*, 2022, p. 69
- MITCHELL, J. (2010), *Killing Women – Gender, Sorcery, and Violence in Late Medieval Germany*, GRIN Verlag, 2010
- MONTUSCHI, L., ROMAGNOLI, E., FINOCCHIARO, F., DELL'ORO A., PROVERA, G., FERRI, L., TALAMANCA, M., FORCHELLI, P., GORLA, G., *Aggiornamento sulla base della legge di riforma del diritto di famiglia. Legge 19 maggio 1975 n. 151*, Bologna, Zanichelli, 1976
- MORELLI A. (2015), "I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà", in VENTURA, L., MORELLI, A. (a cura di), *Principi costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2015
- MORERA, U. (2014), "Sulle ragioni dell'equilibrio di genere negli organi delle società quotate e pubbliche", in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2014, 2, p. 155
- MOUSSET, S. (2005), *Olympe de Gouges e i diritti della donna*, Lecce, Argo, 2005
- NUNIN R. (2022), "Contrasto al gender gap e sostegno all'occupazione femminile: le novità della legge n. 162/2021", in *Fam. Dir.*, 2022, p. 203
- NUNIN, R. (2021), ""Gender pay gap" e nozione di "lavoro di pari valore"", in *ADL Argomenti di diritto del lavoro*, 2021, 2, p. 1393
- NUTBEAM, T., WEEKES, L., HEIDARI, SH., FENWICK, R., BOUAMRA, O., SMITH, J., STASSEN, W. (2022), "Sex-disaggregated analysis of the injury patterns, outcome data and trapped status of major trauma patients injured in motor vehicle collisions: a prespecified analysis of the UK trauma registry (TARN)", in *BMJ Open*, 2022, 12(5), e061076, 10.1136/bmjopen-2022-061076
- PALADIN, L. (1965), *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, Giuffrè, 1965
- O PRY, K. (2012), *Social and Political Roles of Women in Athens and Sparta*, in *Sabre and Scroll Vol 1 Issue 2*, 2012
- PHILLIPS, M. (2004), *The Ascent of Woman: A History of the Suffragette Movement*, Abacus, 2004
- POMEROY, S.B. (1975), *Goddess, Whores, Wives, and Slaves: Women in Classical Antiquity*, New York, Schocken Books, 1975
- POMEROY, S.B. (2002), *Spartan Women*, Oxford University Press, 2002
- PRESTI G.M.G., DESANA E.R. (a cura di) (2022), *L'equilibrio di genere dieci anni dopo la legge Golfo-Mosca: a long and winding road*, Milano, Giuffrè, 2022
- PROFETA P. (2021), *Parità di genere e politiche pubbliche. Misurare il progresso in Europa*, Milano, Università Bocconi Editore, 2021
- RAPPAPORT, E.D. (2000), *Shopping for pleasure: women in the making of London's West End*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2000
- RAWSON, B. (1986), "The Roman Family", in *The Family in Ancient Rome: New Perspectives*, Cornell University Press, 1986
- REDAZIONE COM NUOVI TEMPI (1976), "La donna e il lavoro", in *Com Nuovi Tempi*, 1976, 9, p. 6
- REID, M. (2014), *"Femme, réveille-toi!". Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne et autres écrits*, Parigi, Gallimard, 2014
- ROBINSON, E.W. (2004), *Ancient Greek democracy: readings and sources*, Wiley-Blackwell, 2004
- ROBUSTELLI, C. (2000), "Lingua e identità di genere", in *Studi Italiani di Linguistica Teorica e Applicata*, XXIX, 2000, p. 507
- ROMANO, S. (1969), *Lo Stato moderno e la sua crisi – Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969

- RORABAUGH, W.J., CRITCHLOW, D.T., BAKER, P.C. (2004), *America's promise: a concise history of the United States*, Rowman & Littlefield, 2004
- ROSSANO, C. (1966), *Il principio di eguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1966
- SABATINI, A. (1993), *Il sessismo nella lingua italiana*, Presidenza del Consiglio dei Ministri Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1993
- SALVIOLI, G. (1890), prolusione tenuta all'Università di Palermo nel 1890 e ora in *Annuario della R. Università degli studi di Palermo*, a.a. 1890-1891, Palermo, tip. Statuto, 1890
- SAPEGNO, M.S. (a cura di) (2010), *Che genere di lingua? Sessismo e potere discriminatorio delle parole*, Roma, Carocci, 2010.
- SCARPONI S. (2019), *L'art. 51 della Costituzione e l'accesso delle donne ai pubblici uffici e al lavoro nel settore pubblico*, Centre for the Study of European Labour Law "Massimo D'Antona", Working Paper n. 406/2019, University of Catania, 2019,
http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20191211-080421_Scarponi_n406-2019itpdf.pdf
- SHERWIN-WHITE A.N. (1979), *Roman Citizenship*, Oxford University Press, 1979
- SCHUMPETER J. (1954), *History of Economic Analysis*, New York, Oxford University Press, 1954
- SISSA, G. (2023), *L'errore di Aristotele. Donne potenti, donne possibili, dai Greci a noi*, Roma, Carocci, 2023
- SMITH A. (1759), *The Theory of Moral Sentiments*, 1759
- SMITH, A. (1776), *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776
- SMITH, B.G. (2008), *The Oxford Encyclopedia of Women in World History: 4 Volume Set*, London, UK, Oxford University Press, 2008
- SMITH, B.G. (2000), *Global Feminisms: A Survey of Issues and Controversies (Rewriting Histories)*, New York, Routledge, 2000
- SMITH, B.G., ROBINSON, N. (a cura di) (2022), *The Routledge Global History of Feminism*, New York, Routledge, 2022
- SPENA, M.C. (2020), "Oltre le pari opportunità: verso una nuova strategia per l'inclusione e la parità di genere", in *Rivista Giuridica Europea*, 2020, p. 65
- STANCATI, R. (1977), "Riflessi del principio della parità retributiva sui licenziamenti delle lavoratrici anziane", in *Il Diritto del lavoro*, 1977, 2, p. 308
- SULLIVAN, J.P. (1979), "Martial's Sexual Attitudes", in *Philologus*, 123, 1979, p. 296
- SWEET, W. (2003), *Philosophical theory and the Universal Declaration of Human Rights*, University of Ottawa Press, 2003
- TIERNEY, H. (1999), *Women's studies encyclopaedia, Volume 2*, Greenwood Publishing Group, 1999
- TITA, M. (2018), *Logiche giuridiche dell'esclusione*, Torino, Giappichelli, 2018
- TREU, T. (1977), "Lavoro femminile e principio di uguaglianza", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1977, p. 1
- UTE, G. (2001), *Debating women's equality: toward a feminist theory of law from a European perspective*, Rutgers University Press, 2001
- VAN WINGERDEN, S.A. (1999), *The women's suffrage movement in Britain, 1866-1928*, Palgrave Macmillan, 1999
- VENEZIAN, G. (1918), *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, Roma, Athenaeum, 1918
- VIVANTE, C. (1902), "La penetrazione del socialismo nel diritto privato", in *Critica sociale*, 1902, p. 345
- VON HAYEK F.A. (1945), "The use of knowledge in society", in *Amer. Econ. Rev.*, 1945, p. 519
- WALTERS, M. (2005), *Feminism: A very short introduction*, Oxford, 2005
- WARD, J. (2006), *Women in England in the middle ages*, New York, A & C Black, 2006
- WATZLAWICK, P., BEAVIN, J.H., JACKSON, D.D. (1967), *Pragmatics of Human Communication, A Study of Interactional Patterns, Pathologies, and Paradoxes*, New York, WW Norton & Company, 1967, trad. it. *Pragmatica della comunicazione umana*, Roma, Astrolabio, 1971
- WORLD ECONOMIC FORUM (2015), *Global Gender Gap Report 2016*, World Economic Forum, Geneva, 2015, <https://www3.weforum.org/docs/GGGR2015/cover.pdf>

- WORLD ECONOMIC FORUM (2019), *Global Gender Gap Report 2020*, World Economic Forum, Geneva, 2019, http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2020.pdf
- WORLD ECONOMIC FORUM (2022), *Global Gender Gap Report 2023*, World Economic Forum, Geneva, 2022, http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2023.pdf
- YAN, TH. (1991), "The Division of the Sexes in Roman Law", in *A History of Women from Ancient Goddesses to Christian Saints*, Harvard University Press, 1991
- ZUCARO, R. (2022a), "Conciliazione vita-lavoro e "gender gap" nella cura. L'evoluzione legislativa nel prisma del quadro normativo europeo", in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2022, 1, p. 310
- ZUCARO R. (2022b), "Conciliazione vita-lavoro e "gender gap" nella cura. L'evoluzione legislativa nel prisma del quadro normativo europeo", in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2022, p. 310

Sitografia

- ANSA (2023), *Valditara: 'Tenere le scuole aperte anche d'estate per aiutare le famiglie'*, https://www.ansa.it/sito/notizie/politica/2023/07/22/valditara-tenere-le-scuole-aperte-anche-destate-per-aiutare-le-famiglie_7da6e23f-2ab7-476a-a67d-68620ea01ab2.html
- BBC (2022), *The crash dummy aimed at protecting women drivers*, <https://www.bbc.com/news/technology-62877930>
- COLUCCIA, R. (2013), *Femminicidio: i perché di una parola*, 28 giugno 2013, <https://accademiadellacrusca.it/it/consulenza/femminicidio-i-perche-di-una-parola/803>
- Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro "Commercio, Terziario, Distribuzione e Servizi", in vigore dal 1 febbraio 2023 al 31 gennaio 2026, in http://file.confavoro.it/pdf/ccnl/ccnl_commercio_terziario_distribuzione_e_servizi.pdf
- l'art. 39, co. 1, del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro "Distribuzione delle Merci, della Logistica e dei Servizi Privati", in vigore dal 1 maggio 2022 al 30 aprile 2025, in https://file.confavoro.it/pdf/ccnl/ccnl_trasporti_logistica_confavoro_pmi.pdf
- l'art. 39, co. 1, del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro "Addetti all'Industria Metalmeccanica privata e alla Installazione Impianti", in vigore dal 1 agosto 2020 al 31 luglio 2023, in https://file.confavoro.it/pdf/ccnl/ccnl_trasporti_logistica_confavoro_pmi.pdf
- DE PHILIPPIS, M. (2023), *Le donne, il lavoro e la crescita economica*, slide presentate al convegno organizzato da Banca d'Italia il 22 giugno 2023, <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/collana-seminari-convegni/2023-0026/1-dephilippis.pdf>
- DI ROSA, D. (2021), *Congedo obbligatorio di maternità: i costi effettivi per il datore di lavoro*, 13 maggio 2021, in <https://www.ipsoa.it/documents/quotidiano/2021/05/13/congedo-obbligatorio-maternita-costi-effettivi-datore-lavoro>
- DIVER, T. (2018), "Oxford University extends exam times for women's benefit", *The telegraph*, 1 febbraio 2018, <https://www.telegraph.co.uk/education/2018/02/01/oxford-university-extends-exam-times-womens-benefit/>
- EURISPES (2020), *Donne, 8 marzo: una festa a metà*, 7 marzo 2020, <https://eurispes.eu/news/eurispes-donne-8-marzo-una-festa-a-meta/>
- GUARALDO, O. (2023), "L'inferiorità femminile è una costruzione epistemica", il manifesto, 10 settembre 2023, <https://ilmanifesto.it/linferiorita-femminile-e-una-costruzione-epistemica>
- ISTAT (2022), *Famiglie, reti familiari, percorsi lavorativi e di vita*, Roma, ISTAT, 2022
- ISTAT (2019), *Conciliazione tra lavoro e famiglia 2018*, 18 novembre 2019, <https://www.istat.it/it/files//2019/11/Report-Conciliazione-lavoro-e-famiglia.pdf>
- ISTAT (2017), *Indagine conoscitiva sulle politiche in materia di parità tra donne e uomini*, Audizione del Presidente dell'Istituto nazionale di statistica Giorgio Alleva innanzi la I Commissione "Affari costituzionali" della Camera dei Deputati, Roma, 25 ottobre 2017, in <https://www.istat.it/it/files//2017/10/A-Audizione-parit%C3%A0-di-genere-25-ottobre-definitivo.pdf>
- ISTAT (2016), *I tempi della vita quotidiana*, 23 novembre 2016, https://www.istat.it/it/files//2016/11/Report_Tempidivita_2014.pdf
- MINISTERO DELLA SALUTE (2019), *Allattare al seno. Un investimento per la vita*, 2019, https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_opuscoliPoster_303_allegato.pdf

NASDAQ (2020), *Nasdaq to Advance Diversity through New Proposed Listing Requirements*, 1 dicembre 2020, https://www.nasdaq.com/press-release/nasdaq-to-advance-diversity-through-new-proposed-listing-requirements-2020-12-01?utm_source=Nasdaq_TWITTER_4264244680&utm_medium=CorpGov+%28New%29__

PLAN INTERNATIONAL E UNIVERSITÀ BOCCONI (2021), *Sfide attuali e future per la Parità di Genere in Italia: Il divario digitale di genere*, Vimercate (MB), Plan International, 2021, https://www.stampa.unibocconi.it/editor/archivio_pdf/GenderDigitalITA20210226080157.pdf

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI (2016), Dipartimento delle Pari Opportunità, *Relazione triennale sullo stato di applicazione della normativa di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 novembre 2012, n. 251, recante "Regolamento concernente la parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo nelle società, costituite in Italia, controllate da pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'articolo 2359, commi primo e secondo, del codice civile, non quotate in mercati regolamentati, in attuazione dell'articolo 3, comma 2, della legge 12 luglio 2011, n. 120"*, periodo dal 12 febbraio 2013 al 12 febbraio 2016, https://www.pariopportunita.gov.it/media/2062/relazione_-triennio-appl-dpr-251_2012-inviata-a-parlamento.pdf

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI (2019), Dipartimento delle Pari Opportunità, *Relazione triennale sullo stato di applicazione della normativa di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 novembre 2012, n. 251, recante "Regolamento concernente la parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo nelle società, costituite in Italia, controllate da pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'articolo 2359, commi primo e secondo, del codice civile, non quotate in mercati regolamentati, in attuazione dell'articolo 3, comma 2, della legge 12 luglio 2011, n. 120"*, periodo dal 12 febbraio 2016 al 12 febbraio 2019, https://www.pariopportunita.gov.it/media/2061/relazione_-ii-triennio-appl-dpr-251_2012.pdf

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI (2022), Dipartimento per le Politiche della Famiglia, *Nidi e servizi educativi per bambini tra 0 e 6 anni: un quadro d'insieme*, 2022, https://www.istat.it/it/files//2022/09/Report_servizi_infanzia.pdf

THE EUROPEAN EVALUATION CONSORTIUM 2007 (2009), *Evaluation of the effectiveness of the current legal framework on equal pay for equal work or work of equal value in tackling the gender pay gap*, 2009, <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=3894&langId=en>

Treccani, Vocabolario *online*, voce "discriminazione", <http://www.treccani.it/vocabolario/discriminazione/>

Treccani, Enciclopedia *online*, voce "femminismo", <https://www.treccani.it/enciclopedia/femminismo/>

La configurazione della sostenibilità ambientale e sociale come vantaggio competitivo per le imprese nel piano nazionale di ripresa e resilienza

di **GIUSEPPE PERCOCO**

SOMMARIO: **1. PREMessa: IL QUADRO UNIONALE DI RIFERIMENTO.** – **2. IL RISPETTO DEI CRITERI DI SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE QUALE PRESUPPOSTO PER L'ACCESSO ALLE MISURE PNRR.** – **3. IL RUOLO DEI CRITERI AMBIENTALI MINIMI.** – **4. IL SISTEMA DI PREMIALITÀ IN TEMA DI PARI OPPORTUNITÀ E LE POLITICHE DI INCLUSIONE LAVORATIVA.** – **5. LA PRIMAZIA DEL LUCRO NEL CONTRATTO DI SOCIETÀ.** – **6. LA PROPOSTA DI UN APPROCCIO METODOLOGICO.**

Abstract

The National Recovery and Resilience Plan (NRRP) signifies a substantial stride towards fostering economic growth while ensuring environmental protection. To access NRRP funds, companies are mandated to adhere to an "ecological method," which entails meeting minimum environmental standards and abiding by the principle of "Do No Significant Harm" (DNSH). Moreover, interventions must align with EU climate and environmental regulations outlined in the Taxonomy Regulation. Compliance with these environmental principles is pivotal for national plan approval and funding access. Companies seeking to participate in public tenders and vie for NRRP contracts must declare their compliance with these environmental standards. Corporate management is tasked with integrating these factors to ensure regulatory compliance and competitiveness within the market.

The article delves into this aspect, scrutinizing the impact of employment inclusion policies and environmental sustainability on business operations, particularly within public contracts funded by the NRRP. Furthermore, it engages in the discourse surrounding the prioritization of profit in company contracts, exploring various doctrinal stances and regulatory ramifications, particularly in light of recent legislation on sustainability and corporate social responsibility. Lastly, the article proposes a methodological approach that harmonizes profit with sustainable management, underscoring the imperative of integrating economic, environmental, and social sustainability into corporate strategies.

1. Premessa: il quadro unionale di riferimento. L'apertura sempre crescente dell'ordinamento dell'Unione Europea verso una certa attenzione ai profili ambientali è un dato di fatto, rinvenibile tanto a livello dei Trattati¹⁴¹ quanto

¹⁴¹ Attenendoci al livello delle fonti istitutive, «il diritto dell'Unione sembra ambire a requisiti severi in materia di ambiente e salute, posto che l'art. 191 Tfeue si propone gli obiettivi del «miglioramento della qualità dell'ambiente», unito a «un elevato livello di tutela», ribaditi dall'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali. Infatti, all'art. 37 da ultimo citato, rubricato "Tutela dell'ambiente", si sancisce: «Un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile» (PASSALACQUA 2022).

delle decisioni della Corte di Giustizia¹⁴². Ne troviamo tangibile riscontro sin dall'art. 3, 3° par. del Trattato sull'Unione Europea, ove non solo viene proposto il concetto di sviluppo sostenibile, ma questo è annoverato tra i valori fondanti che guidano la stessa Unione, la quale si impegna ad “adoperarsi per implementarlo nelle sue politiche puntando su una creazione economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento¹⁴³”.

Il fenomeno, in particolare, si è concretizzato in una certa attenzione – principalmente estrinsecatasi in ampliamento di tutele – nei confronti di centri di interesse (soggettivizzati e non) che a diverso titolo vengono in contatto con l'attività d'impresa e con una certa focalizzazione sulla responsabilità sociale d'impresa (RSI). Volendo individuare un primo tangibile intervento delle Istituzioni Unionali in questa direzione con il Libro verde, risalente al 2001, la Commissione offre una definizione di RSI, qualificandola come «l'integrazione su base volontaria dei problemi sociali e ambientali delle imprese nelle loro attività commerciali e nelle loro relazioni con le altre parti» (Commissione delle Comunità Europee 2001).

Ulteriore tassello di tale quadro è rappresentato dalla comunicazione «Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile» (Commissione Europea 2018)¹⁴⁴, che ha costituito il substrato per l'emanazione di norme precettive onde:

¹⁴² La tutela dell'ambiente, secondo i Giudici Europei, rappresenta uno degli obiettivi essenziali della Comunità, diversi arresti abbiamo in tal senso, *ex multis v. v.* Corte Giust. sent. 7 febbraio 1985, causa 240/83, ADBHU, Racc. p. 531, punto 13; ID, sent. 20 settembre 1988, causa 302/86, Commissione/Danimarca, Racc. p. 4607, punto 8, ID, sent. 2 aprile 1998, causa C-213/96, Outokumpu, Racc. p. I-1777, punto 32 e, più di recente, ID, sent. 13 settembre 2005, causa C 176/03, Racc. p. I 7879, punti 41 e 42.

¹⁴³ A riguardo bisogna convenire che «se si tiene ferma l'idea che i testi normativi debbano essere presi sul serio, tanto più quando contengano disposizioni di principio, deve anche riconoscersi che la formula usata nel Trattato non può essere considerata come una semplice declamazione o come una mera dichiarazione di sensibilità verso vaghe esigenze “sociali”. Il termine “economia sociale di mercato” (ESM) ha una propria, forte identità, nella storia delle dottrine politiche in Europa (ed è divenuto anche dottrina ufficiale, nella formazione e nello sviluppo della Repubblica Federale Tedesca). Si deve dunque riconoscere che il legislatore europeo abbia voluto “costituzionalizzare” almeno i punti fondamentali di tale dottrina» (LIBERTINI 2013).

¹⁴⁴ Questa si prefigge l'obiettivo di riorientare i flussi di capitali verso investimenti sostenibili al fine di realizzare una crescita sostenibile e inclusiva, gestire i rischi finanziari derivati dai cambiamenti climatici, l'esaurimento delle risorse, il degrado ambientale e le questioni sociali

- disciplinare la modalità con cui i partecipanti ai mercati finanziari e i consulenti sono tenuti a comunicare informazioni sulla sostenibilità agli investitori finali e ai proprietari di attivi (Cfr. regolamento (UE) 2019/2088 del Parlamento europeo e del Consiglio);
- delineare un sistema di classificazione delle attività economiche ecosostenibili allo scopo di potenziare gli investimenti sostenibili (Cfr. regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio);
- determinare gli obblighi di comunicazione per gli amministratori in materia ambientale, sociale e di *governance* («ESG») di indici di riferimento e norme minime per la realizzazione degli indici di riferimento UE di transizione climatica allineati con l'accordo di Parigi (Cfr. regolamento (UE) 2019/2089 del Parlamento europeo e del Consiglio, integrato dai regolamenti delegati (UE) 2020/1816, (UE) 2020/1817 e (UE) 2020/1818 della Commissione);
- imporre agli enti di dimensioni maggiori, con valori mobiliari ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato, obblighi di *disclosure* sui rischi ambientali, sociali e di *governance* (Cfr. regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio);
- implementare un sistema prudenziale per le imprese di investimento con disposizioni riguardanti l'introduzione della dimensione dei rischi ambientali, sociali e di *governance* nel processo di revisione e valutazione prudenziale da parte delle autorità competenti e prevedere obblighi di informativa a carico delle imprese di investimento per la segnalazione dei rischi ESG (Cfr. regolamento (UE) 2019/2033 del Parlamento europeo e del Consiglio e direttiva (UE) 2019/2034 del Parlamento europeo e del Consiglio).

Senz'altro un punto di svolta in questo processo evolutivo rappresenta il c.d. *Green Deal* europeo che ha chiara valenza programmatica (Commissione Europea 2019). Si tratta di una strategia di crescita dell'Unione che – partendo dai rilevanti traguardi già raggiunti¹⁴⁵ – si pone l'obiettivo di trasformarla in

nonché promuovere la trasparenza e la visione a lungo termine nelle attività economico-finanziarie.

¹⁴⁵ L'Unione ha raggiunto l'obiettivo di ridurre l'emissione dei gas a effetto serra del 20% rispetto ai livelli del 1990 entro il 2020 (il c.d. "impegno di Cancún"), in particolare al 2020 «le emissioni

un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva che entro il 2050 non avrà emissioni nette di gas a effetto serra così da offrire il proprio contributo al perseguimento dei risultati di cui al c.d. Accordo di Parigi. A tale Comunicazione ha fatto seguito l'approvazione del regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio che rende vincolante il raggiungimento della neutralità climatica nell'Unione entro il 2050¹⁴⁶.

Tra le finalità del piano – che non esitiamo a definire ambizioso – ritroviamo la salvaguardia della salute e il benessere dei cittadini dai rischi di natura ambientale e dalle relative conseguenze che l'UE intende perseguire dissociando la crescita economica dall'uso delle risorse per fare in modo che tutte le regioni e tutti i cittadini dell'Unione partecipino a una transizione socialmente giusta verso un sistema economico sostenibile¹⁴⁷.

2. Il rispetto dei criteri di sostenibilità ambientale quale presupposto per l'accesso ai fondi PNRR. In un già così complesso quadro unionale, benevolmente sbilanciato in favore di uno sviluppo compatibile con la preservazione dell'ambiente¹⁴⁸, si inserisce il dispositivo del piano nazionale di

totali di gas a effetto serra [...] sono diminuite del 34 % nell'UE-27 + Regno Unito rispetto ai livelli del 1990 (o del 32 % Regno Unito escluso), il che corrisponde a una riduzione di 1,94 miliardi di tonnellate di CO₂-eq entro il 2020 (o di 1,55 Gt CO₂-eq se si esclude il Regno Unito). [...] Tuttavia, i dati provvisori mostrano che le emissioni interne di gas a effetto serra dell'UE, escluse le emissioni prodotte dal trasporto aereo internazionale, sono aumentate del 4,8% nel 2021 rispetto al livello eccezionalmente basso registrato durante la pandemia del 2020, pur rimanendo al di sotto del livello del 2019 (ossia -4,0%)» (COMMISSIONE EUROPEA 2022).

¹⁴⁶ Con l'adozione del regolamento (UE) 2021/1119 l'Unione ha sancito nella legislazione l'obiettivo vincolante della neutralità climatica in tutti i settori dell'economia entro il 2050, così da realizzare l'azzeramento delle emissioni nette entro tale data, e l'obiettivo di conseguire successivamente emissioni negative. Tale regolamento stabilisce inoltre un obiettivo vincolante dell'Unione di riduzione interna netta delle emissioni di gas a effetto serra (emissioni al netto degli assorbimenti) di almeno il 55 % rispetto ai livelli del 1990 entro il 2030.

¹⁴⁷ Del resto «la strategia dell'Unione Europea, di porsi all'avanguardia delle tematiche ESG, è non solo moralmente apprezzabile, ma potrà rivelarsi anche economicamente assai più lungimirante di quanto appaia, per le stesse imprese» (VENTORUZZO 2021).

¹⁴⁸ A tal proposito, da ultimo, si segnala il regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sul ripristino della natura (c.d. Nature Restoration Law), in fase di approvazione, che – come si legge all'art. 1 -stabilisce norme destinate a contribuire: (a) alla biodiversità, alla resilienza e alla produttività degli ecosistemi in tutte le zone terrestri e marine degli Stati membri attraverso il ripristino degli ecosistemi degradati; (b) al conseguimento degli obiettivi generali dell'Unione in materia di mitigazione, adattamento ai cambiamenti climatici, comprese la sicurezza alimentare, la transizione energetica e l'edilizia sociale, e neutralità in termini di degrado del suolo; (c) all'adempimento degli impegni internazionali dell'Unione. Per fare ciò istituisce un quadro nel cui

ripresa e resilienza (PNRR) per mezzo del quale si raggiunge uno stadio più avanzato in tale direzione. Se fino alla sua predisposizione, infatti, la sostenibilità – e più in generale tutto ciò che afferisce alla più articolata tematica della RSI – si configurava come un’opzione per le imprese, libere di aderirvi o meno, con l’implementazione di questo piano si ha un radicale cambio di prospettiva con una svolta in senso ecologista: per le imprese presupposto necessario, sebbene non sufficiente, per rendersi protagonisti del piano è senz’altro l’operare con un “metodo ecologico”, infatti, partendo dai criteri ambientali minimi (CAM) – ora affiancati dal principio del non arrecare danno all’ambiente (*Do No Significant Harm* – DNSH) – si registra una significativa evoluzione regolamentare per favorire le società ecosostenibili.

Se analizziamo, in primo luogo, il pilastro centrale di *Next Generation EU* è il regolamento che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza (*Recovery and Resilience Facility* – RRF – Regolamento UE/2021/241), appare di tutta evidenza come questo si proponga di sostenere attivamente interventi che contribuiscano ad attuare l’Accordo di Parigi del 2015 e gli obiettivi di sviluppo sostenibile promossi dall’Organizzazione delle Nazioni Unite, in coerenza con il già ricordato *Green Deal* europeo¹⁴⁹.

ambito gli Stati membri attuano misure di ripristino efficaci basate sulla superficie con l'obiettivo di coprire congiuntamente, in quanto obiettivo dell'Unione, nell'insieme delle zone e degli ecosistemi, entro il 2030, almeno il 20 % delle zone terrestri e il 20 % delle zone marine e, entro il 2050, tutti gli ecosistemi che necessitano di ripristino (Art. 1, 2° par.).

Secondo il Legislatore europeo, infatti, è opportuno fissare un obiettivo generale per il ripristino degli ecosistemi al fine di favorire la trasformazione economica e sociale, la creazione di posti di lavoro di elevata qualità e una crescita sostenibile (Cfr. 13° considerando), del resto la disponibilità di ecosistemi ricchi di biodiversità e la lotta ai cambiamenti climatici sono intrinsecamente collegate. La natura e le soluzioni basate sulla natura, compresi gli stock e i pozzi naturali di assorbimento di carbonio, sono fondamentali per combattere la crisi climatica. Allo stesso tempo, la crisi climatica è già un fattore di cambiamento degli ecosistemi terrestri e marini e l'Unione deve prepararsi a un aumento dell'intensità, della frequenza e della pervasività dei suoi effetti (Cfr. 15° considerando).

Il provvedimento, evidentemente, coinvolge in modo trasversale tutti i settori economici del Mercato Unico e, più da vicino, quello agricolo. Con riferimento agli ecosistemi agricoli, in particolare, si stabilisce l'obbligo generale di migliorare la biodiversità nel loro interno e misurarne il rispetto.

¹⁴⁹ In base al considerando 23° del Regolamento UE/2021/241 «il dispositivo, riflettendo il Green Deal europeo quale strategia di crescita dell'Europa e l'importanza di far fronte ai cambiamenti climatici in linea con l'impegno dell'Unione di attuare l'accordo di Parigi e gli obiettivi di sviluppo sostenibile dell'ONU, contribuirà all'integrazione nelle politiche delle azioni per il clima e della

L'art. 17, 3° par., del RRF, in particolare, prevede espressamente che ogni intervento inserito in un piano per la ripresa e la resilienza (*Recovery and Resilience Plan – RRP*) debba essere realizzato nel pieno rispetto delle norme e delle priorità dell'Unione in materia di clima e ambiente, inoltre, si stabilisce che tali misure non debbano arrecare danno agli obiettivi ambientali ai sensi dell'articolo 17 del regolamento UE 2020/852, c.d. Regolamento Tassonomia¹⁵⁰.

Più in particolare gli Stati membri sono chiamati a produrre una valutazione ove si evidenzi che per ogni singola misura (ossia ciascuna riforma e ciascun investimento) inclusa nel piano sussista la conformità al principio "non arrecare un danno significativo"¹⁵¹.

In base all'art. 5, 2° par., regolamento UE/2021/241, nessuna misura inclusa in un piano nazionale può arrecare un danno significativo agli obiettivi ambientali e la Commissione non può valutare positivamente l'RRP se una o più misure non sono conformi al principio di cui in parola. Di conseguenza, gli Stati membri devono «individuare e dimostrare quale dei sei obiettivi ambientali del regolamento Tassonomia è sostenuto dalla misura. Gli Stati membri dovranno

sostenibilità ambientale e al conseguimento dell'obiettivo globale di dedicare il 30 % della spesa di bilancio dell'Unione al sostegno degli obiettivi climatici».

¹⁵⁰ Cfr. il considerando 32° e l'art. 2, 1° par. punto 6 del Regolamento UE/2021/241.

¹⁵¹ In considerazione del fatto che ai fini del regolamento RRF, il principio DNSH debba essere interpretato ai sensi dell'art 17 del regolamento Tassonomia, va ricordato come tale art definisca il "danno significativo" per i sei obiettivi ambientali contemplati dal regolamento Tassonomia e prevede che: 1. si considera che un'attività arreca un danno significativo alla mitigazione dei cambiamenti climatici se conduce a significative emissioni di gas a effetto serra; 2. si considera che un'attività arreca un danno significativo all'adattamento ai cambiamenti climatici se conduce a un peggioramento degli effetti negativi del clima attuale e del clima futuro previsto su sé stessa o sulle persone, sulla natura o sugli attivi; 3. si considera che un'attività arreca un danno significativo all'uso sostenibile e alla protezione delle acque e delle risorse marine al buono stato o al buon potenziale ecologico di corpi idrici, comprese le acque di superficie e sotterranee, o al buono stato ecologico delle acque marine; 4. si considera che un'attività arreca un danno significativo all'economia circolare, compresi la prevenzione e il riciclaggio dei rifiuti, se conduce a inefficienze significative nell'uso dei materiali o nell'uso diretto o indiretto di risorse naturali, o se comporta un aumento significativo della produzione, dell'incenerimento o dello smaltimento dei rifiuti oppure se lo smaltimento a lungo termine dei rifiuti potrebbe causare un danno significativo e a lungo termine all'ambiente; 5. si considera che un'attività arreca un danno significativo alla prevenzione e alla riduzione dell'inquinamento se comporta un aumento significativo delle emissioni di sostanze inquinanti nell'aria, nell'acqua o nel suolo; 6. si considera che un'attività arreca un danno significativo alla protezione e al ripristino della biodiversità e degli ecosistemi se nuoce in misura significativa alla buona condizione e alla resilienza degli ecosistemi o nuoce allo stato di conservazione degli habitat e delle specie, compresi quelli di interesse per l'Unione.

comunque dimostrare che la misura non arreca un danno significativo agli altri obiettivi ambientali» (Commissione Europea 2021) ¹⁵².

Evidentemente, si tratta di imposizione che deve essere interiorizzata nei progetti e veicolata a tutti gli attori che, a vario titolo, partecipano alla realizzazione. Anche le imprese, pertanto, sono chiamate a soddisfare tali specificità. Non è un caso, appunto, che l'allegato A "format di autodichiarazione relativa al rispetto dei principi previsti per gli interventi del PNRR", di cui alle istruzioni tecniche per la selezione dei progetti PNRR", preveda che le imprese partecipanti dichiarino tanto "che la realizzazione delle attività progettuali prevede di non arrecare un danno significativo agli obiettivi ambientali, ai sensi dell'articolo 17 del Regolamento (UE) 2020/852" quanto "che la realizzazione delle attività progettuali è coerente con i principi e gli obblighi specifici del PNRR relativamente al principio del "*Do No Significant Harm*" (DNSH) e, ove applicabili, ai principi del *Tagging* clima e digitale, della parità di genere (*Gender Equality*), della protezione e valorizzazione dei giovani e del superamento dei divari territoriali".

Le amministrazioni sono chiamate, in definitiva, a garantire concretamente che ogni misura non arrechi un danno significativo agli obiettivi ambientali, adottando specifici requisiti in tal senso nei principali atti programmatici e attuativi. L'obiettivo deve essere quello di indirizzare gli interventi finanziati e lo sviluppo delle riforme verso le ipotesi di conformità o sostenibilità ambientale previste, coerentemente con quanto riportato nelle valutazioni DNSH, operate per le singole misure nel PNRR.

¹⁵² Ivi si specifica che «la valutazione DNSH deve considerare il ciclo di vita dell'attività derivante dalla misura. In base all'art 17 («*Danno significativo agli obiettivi ambientali*») del regolamento Tassonomia, il «danno significativo» nell'ambito dell'RRF è valutato tenendo conto del ciclo di vita. Applicare considerazioni relative al ciclo di vita invece di effettuare una valutazione del ciclo di vita è sufficiente ai fini della valutazione DNSH nell'ambito dell'RRF. La valutazione dovrebbe includere la fase di produzione, la fase di uso e quella di fine vita – ovunque si prevedano i maggiori danni. Ad esempio per una misura che sostiene l'acquisto di veicoli, la valutazione dovrebbe tenere conto, tra l'altro, dell'inquinamento (ad es. emissioni nell'atmosfera) generato durante il montaggio, il trasporto e l'uso dei veicoli, e della gestione adeguata dei veicoli a fine vita. In particolare, una gestione adeguata a fine vita delle batterie e dei componenti elettronici (ad es. il loro riutilizzo e/o riciclaggio di materie prime critiche ivi contenute) dovrebbe assicurare che non è arrecato nessun danno significativo all'obiettivo ambientale dell'economia circolare».

Si consideri, a titolo d'esempio, che uno degli obiettivi del piano è minimizzare le inefficienze, pertanto, i piani punteranno su «un sensibile aumento della durabilità, della riparabilità, della possibilità di miglioramento e della riutilizzabilità dei prodotti o [.su] una considerevole riduzione delle risorse mediante la progettazione e la scelta dei materiali, l'agevolazione del cambio di destinazione, dello smontaggio e dello smantellamento, in particolare per ridurre l'uso dei materiali da costruzione e promuoverne il riutilizzo. A questo si aggiungono: la transizione verso modelli aziendali del tipo «prodotto-come-servizio» e catene di valore circolari, allo scopo di mantenere ai massimi livelli l'utilità e il valore dei prodotti, dei componenti e dei materiali il più a lungo possibile; una riduzione sostanziale del contenuto di sostanze pericolose nei materiali e nei prodotti, anche rimpiazzandole con alternative più sicure; una riduzione sostanziale dei rifiuti alimentari nella produzione, nella trasformazione, nella fabbricazione o nella distribuzione di cibo» (Commissione Europea 2021).

Dai finanziamenti del PNRR, pertanto, restano escluse tutte quelle «iniziative connesse con l'utilizzo di fonti fossili [...] che compromettono lo stato qualitativo delle risorse idriche con una indebita pressione sulla risorsa; iniziative che utilizzano in maniera inefficiente materiali e risorse naturali e producono rifiuti pericolosi per i quali non è possibile il recupero; iniziative che introducono sostanze pericolose o che compromettono i siti ricadenti nella rete *Natura 2000*» (Cozzio 2023). Ne deriva che le imprese che vorranno presentare un progetto a valere su tali fondi o, più verosimilmente, competere per l'affidamento di commesse mediante partecipazione ai bandi pubblici, dovranno essere rispettose di tali principi e in grado di dimostrarne la conformità.

Si impone, in altre parole, una gestione delle imprese – verosimilmente costituite in forma societaria – che tenga in considerazione tali fattori, sia nel target di prodotti o servizi offerti, sia sui processi produttivi implementati al proprio interno.

3. Il ruolo dei criteri ambientali minimi. L'aver effettuato la valutazione DNSH, ad ogni modo, non esonera gli Stati Membri – e le imprese – dal rispetto

della vigente normativa in tema ambientale, infatti, tutte le misure proposte negli RRP devono essere conformi alla pertinente legislazione dell'UE, compresa quella in materia di ambiente. Sebbene la valutazione di cui si diceva costituisca una chiara indicazione del fatto che la misura non comporti danni ambientali, la conformità alla legislazione pertinente non implica automaticamente che la misura rispetta il principio DNSH, anche perché alcuni degli obiettivi di cui all'articolo 17 del Regolamento Tassonomia non sono ancora pienamente rispecchiati nella legislazione ambientale dell'UE (Commissione Europea 2021).

A tal proposito è opportuno rilevare come nel nostro ordinamento vi fosse già una regolamentazione che pone in relazione la sostenibilità delle imprese e gli appalti pubblici. Entrando più nello specifico, gli "appalti verdi", quindi anche quelli afferenti al piano nazionale di ripresa e resilienza, devono seguire le prescrizioni contenute nei Criteri Ambientali Minimi (CAM), decreti del Ministero dell'Ambiente che definiscono procedure, modalità e caratteristiche ambientali di ogni categoria di acquisto della Pubblica amministrazione.

L'art. 30, 1° co., d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. Codice dei contratti pubblici), consente di subordinare il rispetto del principio di economicità "ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico". Ancora, l'art. 95, 6° co., precisa che «l'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto» e l'art. 100, 1° co., sancisce che «Le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti particolari per l'esecuzione del contratto [...]. Dette condizioni possono attenersi, in particolare, a esigenze sociali e ambientali»¹⁵³.

¹⁵³ Anche Il supremo organo della Giustizia Amministrativa, cfr. Cons. St., sez. V, sent. 20 ottobre 2021, n. 7053, si è soffermata sui «limiti normativi entro i quali lo strumento dei contratti pubblici può essere utilizzato in una più ampia prospettiva funzionale per il perseguimento di interessi e obiettivi di natura sociale, ambientale o, più in generale, di sostenibilità sia dal lato del prodotto acquisito dal mercato, sia dal lato del processo specifico di produzione dei beni e servizi idonei a soddisfare i bisogni sottesi alla decisione dell'amministrazione di rivolgersi al mercato». All'esito di un articolato ragionamento, i Giudici del Cons. Stato hanno rilevato come «l'introduzione di ulteriori interessi (di natura sociale) accanto all'interesse specifico all'acquisto di beni e servizi si

In questo contesto, il Codice Appalti attribuisce un ruolo centrale alle certificazioni ambientali, che, a determinate condizioni, possono facilitare l'accesso dei prodotti ecosostenibili agli "Appalti verdi": in altri termini un prodotto in possesso di una certificazione con un alto livello di credibilità (accreditata) si presume conforme alle richieste di un appalto verde, con un rilevante sgravio di impegni per l'impresa partecipante e conseguente facilitazione per un eventuale risultato favorevole¹⁵⁴.

realizza [...] mediante l'integrazione dei criteri di aggiudicazione, con la conseguenza che la valutazione di ammissibilità deve essere condotta alla stregua delle direttive ricavabili dall'art. 95 del Codice dei contratti», inoltre, «la stazione appaltante può discrezionalmente inserire tra i criteri di aggiudicazione anche particolari condizioni di esecuzione dell'appalto volte a conseguire obiettivi di natura sociale [...tuttavia] la condizione necessaria per il legittimo esercizio di tale potere discrezionale è costituita dalla verifica della sussistenza di una connessione tra i criteri e l'oggetto dell'appalto nei termini della definizione di cui all'art. 95, comma 11 che considera connessi all'oggetto dell'appalto i criteri di aggiudicazione che «riguardino lavori, forniture o servizi da fornire nell'ambito dell'appalto sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro ciclo di vita, compresi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio di questi lavori, forniture o servizi o in un processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale», «fermo restando il limite da tempo individuato dalla giurisprudenza europea, ossia che il requisito non trasmodi nella previsione di criteri sociali che, abbandonando il legame con l'oggetto del contratto, prendano in considerazione gli aspetti relativi alla politica generale dell'impresa o altri aspetti estranei al programma contrattuale».

I CAM, approvati con Decreto del Ministro della Transizione ecologica, mirano a selezionare prodotti e servizi o ad affidare lavori migliori dal punto di vista ambientale, vale a dire con minori impatti ambientali, rispetto alle opzioni prive di requisiti ambientali, ciò considerando l'approccio del ciclo di vita, a partire dalla scelta delle materie prime sino alla fase di smaltimento al termine della vita utile del prodotto o servizio. I CAM sono in costante e periodica evoluzione per tener conto delle innovazioni ambientali, dei progressi tecnici e tecnologici nei mercati di riferimento. Altresì, nell'ambito delle attività previste dal PAN GPP, il Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione adottato con decreto del Ministro dell'ambiente della tutela del territorio e del mare, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze e con il Ministro dello sviluppo economico è programmata, accanto alla revisione e l'aggiornamento dei CAM vigenti, anche la definizione dei CAM su nuove categorie di appalti o concessioni che riguardano diversi settori produttivi e filiere¹⁵³.

¹⁵⁴ In Italia, l'efficacia dei CAM è stata assicurata grazie all'art. 18 della L. 221/2015 e, successivamente, all'art. 34 recante "Criteri di sostenibilità energetica e ambientale" del D.Lgs. 50/2016 "Codice degli appalti" (modificato dal D.Lgs 56/2017), che ne hanno reso obbligatoria l'applicazione da parte di tutte le stazioni appaltanti; più in particolare l'art 57 comma 2 del d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36, prevede l'obbligo di applicazione, per l'intero valore dell'importo della gara, delle "specifiche tecniche" e delle "clausole contrattuali", contenute nei criteri ambientali minimi (CAM). Lo stesso comma prevede che si debba tener conto dei CAM anche per la definizione dei "criteri di aggiudicazione dell'appalto" di cui all'art. 108, commi 4 e 5, del Codice. Questo obbligo garantisce che la politica nazionale in materia di appalti pubblici verdi sia incisiva non solo nell'obiettivo di ridurre gli impatti ambientali, ma nell'obiettivo di promuovere modelli di produzione e consumo più sostenibili, "circolari" e nel diffondere l'occupazione "verde".

Ecco quindi, i Criteri Ambientali Minimi costituiscono le specifiche misure volte all'integrazione delle esigenze di sostenibilità ambientale per molteplici categorie di appalti della pubblica amministrazione e si inseriscono tra gli strumenti di politica per i cosiddetti "appalti pubblici verdi" (*green public procurement*). Il codice dei contratti pubblici ha ormai introdotto l'obbligo di prevedere "le specifiche tecniche e le clausole contrattuali" dei CAM nella documentazione progettuale e di gara e di tener conto dei criteri premianti dei CAM, laddove la gara sia aggiudicata con il criterio del miglior rapporto qualità-prezzo, per gli affidamenti di qualunque importo e relativamente a tutte le categorie di forniture, servizi e lavori di cui i medesimi CAM sono oggetto. Ne consegue che le imprese dovranno tenerne conto non solo nel corso della predisposizione della documentazione della gara e nella conseguente, eventuale, esecuzione ma – forse più significativamente – nella loro strategia, solo in questo modo saranno in grado di competere alla pari sul mercato. In caso di mancato adeguamento ad una "gestione sostenibile", in altre parole, l'impresa ne subirebbe uno svantaggio competitivo.

4. Il sistema di premialità in tema di pari opportunità e le politiche di inclusione lavorativa. Sempre con riguardo agli interventi finanziati dal piano nazionale di ripresa e resilienza, unitamente a quelli del piano nazionale complementare, l'art. 47 del D.L. 31 maggio 2021, n. 77 (convertito con modificazioni dalla L. 29 luglio 2021, n. 108), ha previsto una complessa disciplina volta ad assicurare le pari opportunità e ad implementare politiche di inclusione lavorativa nei contratti pubblici.

L'impostazione incide tanto sui contenuti dei documenti di gara quanto sulla documentazione di partecipazione del concorrente, infatti, per mezzo dell'art. 47, 8° co., D.L. 31 maggio 2021, n. 77 è stato demandato alla Presidenza del Consiglio dei ministri il compito di emanare apposito decreto onde definire, appunto, le modalità e i criteri applicativi, unitamente all'indicazione delle misure premiali e la predisposizione dei modelli di clausole da inserire nei bandi di gara differenziati per settore, tipologia e natura del contratto o del progetto.

In ottemperanza a tale previsione, nella G.U. del 30 dicembre 2021 è stato pubblicato il d.p.c.m.– Dipartimento per le pari Opportunità del 7 dicembre 2021 recante “Linee guida volte a favorire l’equità, l’inclusione e le pari opportunità nei contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR, Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, e del PNC, Piano Nazionale Complementare”. È in forza di tali Linee guida che – salvo per specifici casi eccezionali¹⁵⁵ – sono introdotte misure premiali e modelli di clausole all’interno dei bandi di concorso, debitamente differenziati in base a settore, tipologia e natura del progetto. Tra le misure più significative va annoverato sicuramente il rinnovato obbligo di rispettare le previsioni in tema di quote di assunzione di lavoratori con disabilità di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68¹⁵⁶, garantire le pari opportunità e riservare il 30% delle assunzioni funzionali all’attuazione del contratto ai giovani con meno di 36 anni e alle donne (Cfr. art. 47, 4° co., D.L. 31 maggio 2021, n. 77).

Vi sono, più nello specifico, indicazioni contenute nelle Linee guida direttamente applicabili, senza cioè che occorra inserire disposizioni specifiche nei bandi di gara da parte delle stazioni appaltanti. Tra queste assumono

¹⁵⁵ Prevede, a riguardo, l’art. 47, 7° co., D.L. 31 maggio 2021, n. 77 che le stazioni appaltanti possono escludere l’inserimento nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti dei «requisiti di partecipazione» di cui al comma 4 (quelli di cui si tratterà a seguire nel testo), o stabilire una quota inferiore, dandone adeguata e specifica motivazione, qualora l’oggetto del contratto, la tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati ne rendano l’inserimento impossibile o contrastante con obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche

¹⁵⁶ Nell’allegato 1 di cui al d.p.c.m.– Dipartimento per le pari Opportunità del 7 dicembre 2021, si specifica che «l’art 47, comma 3-bis [D.L. 31 maggio 2021, n. 77], impone agli operatori economici che occupano un numero pari o superiore a quindici dipendenti e non superiore a cinquanta di consegnare alla stazione appaltante, entro sei mesi dalla conclusione del contratto, una dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro delle persone con disabilità, nonché una relazione che chiarisca l’avvenuto assolvimento degli obblighi previsti a carico delle imprese dalla legge 12 marzo 1999, n. 68, e illustri eventuali sanzioni e provvedimenti imposti a carico delle imprese nel triennio precedente la data di scadenza della presentazione delle offerte. Tale relazione deve essere trasmessa anche alle rappresentanze sindacali aziendali. L’obbligo di cui al comma 3-bis si aggiunge a quello già previsto, in via generale, dall’art 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, ai sensi del quale le imprese che partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni devono presentare preventivamente alla controparte pubblica, a pena di esclusione dalla gara, la dichiarazione del proprio legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro delle persone con disabilità».

particolare importanza quelle in tema di reportistica che attengono alla predisposizione:

- del rapporto biennale sulla situazione del personale, ai sensi dell'art. 48 del Codice per le Pari Opportunità (cfr. D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 198);
- della relazione di genere riguardante la situazione del personale maschile e femminile sul posto di lavoro;
- della dichiarazione e della relazione sul rispetto del diritto al lavoro delle persone con disabilità.

Per un secondo gruppo di misure, viceversa, è richiesto apposito intervento attuativo da parte delle stazioni appaltanti, chiamate a trasformare in previsioni concrete i principi delineati dalla norma quali clausole da inserire all'interno dei bandi di gara¹⁵⁷.

Sono state implementate, infine, misure premiali per attribuire un vantaggio ai candidati che rispettano ulteriori requisiti¹⁵⁸ e penalizzazioni in caso di violazioni. Per ciò che attiene quest'ultimo aspetto – di particolare rilevanza ai fini della nostra indagine – va immediatamente rilevato come, in base alle linee guida di cui in parola, Non presentare il report sulla condizione del personale e non rispettare la normativa sui lavoratori con disabilità determini l'esclusione dalle procedure di gara, inoltre, la mancata consegna della relazione di genere determina un'interdizione per un periodo pari a 12 mesi “da ulteriori procedure di affidamento in ambito PNRR e PNC.

¹⁵⁷ Tra queste, si segnalano le regole che prevedono clausole contrattuali e misure premiali, l'aver assolto agli obblighi sul lavoro delle persone con disabilità, in base a quanto previsto dalla legge n. 68/1999, al momento della presentazione del progetto e riservare il 30% delle assunzioni alla realizzazione del progetto all'occupazione giovanile e femminile. Per il calcolo della quota si deve fare riferimento al numero di nuove assunzioni avvenute durante l'esecuzione del contratto. In questa clausola rientrano solo le assunzioni funzionali, cioè quelle volte a garantire l'esecuzione del progetto finanziato dal PNRR o PNC. Vengono esclusi dal computo i rapporti di lavoro non essenziali.

¹⁵⁸ In particolare, ove il candidato non risulti destinatario di accertamenti relativi ad atti discriminatori nei tre anni precedenti alla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte, usi, o si impegni ad utilizzare, modalità innovative di organizzazione del lavoro e strumenti che permettano la soddisfazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro dei dipendenti, si impegni ad assumere giovani, donne e disabili per una quota superiore al 30% delle assunzioni, abbia rispettato i principi di parità generazionale e di genere nell'ultimo triennio, abbia rispettato gli obblighi in materia di lavoro delle persone con disabilità, di cui alla legge n. 68/1999, presenti volontariamente una dichiarazione di carattere non finanziario per ciascuno degli esercizi finanziari ricompresi nella durata del contratto di appalto.

È di tutta evidenza, quindi, che la sostenibilità, sociale in questo caso, divenga un obbligo per le imprese – quantomeno per quelle (e sono tante) a vario titolo coinvolte nei progetti PNRR – tanto con riferimento alla reportistica, da dover implementare «a pena di esclusione» (così lapidariamente l’art. 47, 2° co., D.L. 31 maggio 2021, n. 77) quanto per ciò che attiene ai profili sostanziali, giacché assurge legislativamente a requisito necessario di partecipazione *l’inclusione lavorativa delle persone con disabilità*, la parità di genere e l’assunzione di giovani, con età inferiore a trentasei anni, e donne.

Il dato normativo, in altri termini, obbliga le imprese a perseguire gli obiettivi di sostenibilità, sociale e ambientale, sanzione l’esclusione dalle commesse di cui al piano nazionale di ripresa e resilienza con conseguente perdita di opportunità di espansione del proprio business e incremento dei profitti realizzabili.

Il risultato del nostro ragionamento è che il soddisfacimento delle esigenze ambientali e sociali da parte delle società non avviene sacrificando gli interessi dei propri soci, ciò inevitabilmente impraticabile nel mondo reale prospettandosi obiezioni teoriche e pratiche non agevolmente superabili su cui ci si soffermerà subito appresso. La prospettiva più convincente, rinforzata proprio dagli spunti di riflessione emersi nelle pagine che precedono, parrebbe quella che mira a realizzare una gestione aziendale che riduca le esternalità negative senza perdere di vista, *rectius* rinforzando, la finalità lucrativa (Amatucci 2022).

5. La primazia del lucro nel contratto di società. Siamo giunti, in tal modo, a lambire il mai sopito dibattito che ruota attorno alla tematica del rapporto tra società e perseguimento dello scopo di lucro. Possiamo, in esordio, rilevare come siano presenti diversi orientamenti – spesso tra loro incompatibili – secondo i quali: la società debba intendersi preordinata al conseguimento esclusivo dello scopo di lucro, l’ente possa essere orientato al perseguimento di soli scopi non lucrativi, ovvero, possa esservi una contaminazione che coinvolga tanto l’uno quanto gli altri.

L'art. 2247 c.c. non sembra lasci adito a dubbi dove stabilisce che «con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica *allo scopo di dividerne gli utili*», così vincolando l'attività societaria al profitto¹⁵⁹. Eppure questa formula normativa non ha convinto parte della dottrina, laddove ha rilevato la sua contraddittorietà ove legittima l'esistenza di modelli societari a scopo mutualistico e consortile, oltre che lucrativo (Marasà 1994, Navarrini 1924).

Occorre dar conto di come sussistano diverse argomentazioni a sostegno di questa tesi. In primo luogo non è specificato lo stesso per la nozione di imprenditore ex art. 2082 c.c., essendo ormai evidente che «la recessione dello scopo lucrativo in favore del principio di economicità (anche nella sua declinazione mutualistica) rappresenta un dato acquisito da decenni nella teoria giuridica dell'impresa» (Meo 2017).

E ancora, nel dibattito, assume centralità la c.d. "neutralità funzionale della società di capitali" (Santini 1973), che fonda le sue basi teoriche sulla mancata rilevanza della *causa societatis* quale ipotesi di nullità ex art. 2232 c.c., avallata dai diversi esempi di legislazione speciale che mostrano di prescindere da tale requisito. La non essenzialità dello scopo lucrativo, altresì, discenderebbe dalla diffusa prassi di utilizzare le società di capitali (per azioni o a responsabilità limitata) per gli scopi più diversi, determinando l'«evaporazione» dello scopo di lucro, al punto da rendere il contratto di società un negozio a tutti gli effetti astratto (Santini 1973).

Non è questa la sede per ripercorrere la fine ricostruzione e le attente argomentazioni proposte, è sufficiente rilevare come secondo questa dottrina, la società di capitali sia ormai divenuta pura struttura, destinata di volta in volta a servire scopi diversi, prestandosi a corrispondere non solo alla funzione tipica

¹⁵⁹ Elemento che, di fatto, distingue il fenomeno societario da situazioni di mero godimento di beni in contitolarità. Come osservato, ex multis, da CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO 2015, non sarebbe legittimo, poiché le due situazioni non sarebbero compatibili, un oggetto sociale consistente *"nell'acquisto di beni immobili e partecipazioni sociali, loro gestione e amministrazione, per la migliore conservazione e redditività"*, a riguardo, osservano CIAN-TRABUCCHI 2016 che costituisce « un'ipotesi eccezionale, quella prevista dall'art.1 comma 115, legge 208/2015, che consente alle società commerciali, che, di fatto, svolgono attività di mero godimento, di trasformarsi in società semplici, dichiaratamente dedicate a tali attività» . .

lucrativa, che ne rappresenta l'origine storica, ma ad altre funzioni diverse da essa ed eterogenee fra loro (Santini 1973)¹⁶⁰ e «non si vede perché l'autonomia privata debba trovare ostacolo, già a normativa vigente, a precisare lo scopo della società in senso (anche solo potenzialmente) non lucrativo o misto, lasciando poi agli organi della società stessa di determinare le strategie sociali senza i vincoli stabiliti dalle norme sulle imprese sociali o sulle società *benefit*» (Libertini 2019).

Dottrina maggioritaria, tuttavia, è giunta a diverse conclusioni, infatti, per molti Autori, una società di capitali con scopo diverso da quello di lucro non può considerarsi come tale, e deve essere classificata come associazione (Galgano 1992)¹⁶¹ e si è giunti all'estrema conclusione in base alla quale l'indicazione di uno scopo diverso dalla divisione degli utili costituirebbe violazione di una norma inderogabile e, quindi, saremmo dinanzi a una clausola da sostituire *ope legis* mediante disciplina legale (Zanarone 2007)¹⁶².

Se è vero che tali critiche colgono nel segno, bisogna dar conto che, oltre alle società consortili e mutualistiche presenti nel Codice Civile, negli ultimi decenni i modelli societari con scopo diverso da quello lucrativo sono aumentati¹⁶³. È indubbiamente il caso delle società *benefit di cui alla* l. 28 dicembre 2015, n. 208, in cui il perseguimento del beneficio comune e lo scopo di lucro convivono pacificamente, nonché dell'impresa sociale (in forma societaria), di cui al d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112, per la quale vige la regola del divieto di distribuzione degli utili; o ancora si pensi alle società sportive

¹⁶⁰ È necessario, nonché interessante, rilevare che l'A. assume una posizione opposta in riferimento alle società di persone, di cui sostiene l'essenzialità dello scopo di lucro ex art. 2247 c.c.; secondo l'A. la sua mancanza determina un difetto di causa, traducendosi inevitabilmente nella nullità del rapporto. L'essenzialità dello scopo di lucro sarebbe, inoltre, ricavabile dal divieto del patto leonino di cui all'art. 2265 c.c., il quale, appunto, sanziona con la nullità il patto che esclude completamente un socio dalla partecipazione agli utili o alle perdite (p. 171).

¹⁶¹ Sull'essenzialità dello scopo di lucro, quale requisito indispensabile del contratto di società, cfr. GALGANO 1992 e, in giurisprudenza Cfr. Cass. Civ. 12 aprile 2005, n. 7536;

¹⁶² Sulla scia di tale ricostruzione, dunque, il contratto di società, che risulti privo dell'indicazione dello scopo di lucro, sarebbe affetto da nullità (MARASÀ 2000).

¹⁶³ È noto come con riferimento allo scopo lucrativo si tende ad affermare che sia scomponibile in due diversi aspetti, quello del lucro oggettivo, coincidente fattualmente e temporalmente con la produzione degli utili, e quello del lucro soggettivo, che corrisponde al momento in cui gli stessi vengono distribuiti (Cian-Trabucchi 2016).

dilettantistiche, la cui compatibilità con la finalità lucrativa è stata introdotta per breve tempo (Codazzi 2021)¹⁶⁴.

Ciò posto, è sempre più difficile sostenere che i suddetti modelli societari siano mere e semplici eccezioni alla regola generale. Ecco, allora, che è stato riproposto il definitivo superamento della portata precettiva dell'art. 2247 c.c. (Tombari 2019), soprattutto alla luce della crescente portata degli interventi normativi in tema di sostenibilità e di *corporate social responsibility*, i quali ne avrebbero già imposto un'interpretazione meno restrittiva (Tombari 2021).

Sempre in chiave di superamento dello scopo lucrativo, è stata sostenuta la "pacifica convivenza" tra perseguimento dell'utile e fini di diversa natura, così da «escludere la unicità dello scopo di lucro quale elemento caratterizzante (*rectius* tipizzante) il modello societario» (Bevivino 2022).

L'intransigenza sulle proprie posizioni, come spesso accade, impedisce di ponderare ricostruzioni che possano portare a un equilibrio. Così rasenta la tautologia il sostenere che la società debba tendere al perseguimento dello scopo di lucro – quantomeno nella sua forma oggettiva (Asquini 1959) – ma, al contempo, ciò non comporta un'ermetica chiusura nei confronti di fini ulteriori che l'ente possa perseguire. Fermo restando che i soci – si ribadisce – senza eliminare la finalità lucrativa, possono impostare il loro assetto di interessi in modo da introdurre, con clausole *ad hoc*, ulteriori fini sociali; tuttavia, bisogna comprendere se, in assenza di tali previsioni, ciò sia possibile.

Risulta chiarificatore sul punto l'art. 1, 379° co., l. 28 dicembre 2015, n. 208 ove testualmente si prevede che «Le società diverse dalle società *benefit*, qualora intendano perseguire anche finalità di beneficio comune, sono tenute a modificare l'atto costitutivo o lo statuto, nel rispetto delle disposizioni che

¹⁶⁴ L'A. alla nota 10, specifica «Si veda da ultimo il d.lgs. n. 36/2021, art. 8 «Assenza dello scopo di lucro», che dopo aver stabilito il divieto di distribuzione, anche indiretta, degli utili tra soci nelle società sportive dilettantistiche (secondo comma), fa comunque salva la possibilità per le società di cui al titolo V di destinare una quota inferiore al cinquanta per cento degli utili o degli avanzi di gestione annuali (tra l'altro) alla distribuzione degli utili nei limiti di cui al terzo comma. Il modello lucrativo, introdotto con l. 27 dicembre 2017, n. 205, è stato successivamente abrogato con d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito in l. 9 agosto 2018, n. 96».

regolano le modificazioni del contratto sociale o dello statuto, proprie di ciascun tipo di società»¹⁶⁵.

Il Legislatore, per questa strada, segnala che una qualunque società è legittimata a perseguire “attività non propriamente lucrativa a condizione che ciò venga specificato nell’atto costitutivo dell’ente. Non è quindi dal 2015 che una società può perseguire fini non lucrativi – accanto al necessario, e tipizzante, lucro soggettivo – si specifica però che a far data dall’entrata in vigore di tale previsione il perseguimento deve essere legittimato da apposita clausola dell’atto costitutivo. Ciò si ricava dall’espressione “qualora intendano” usata dalla norma che, non essendo formulata in termini possibilistici, lascia intendere che tale *chance* fosse già accordata, a cambiare è la sua regolamentazione.

Si risponde, per questa strada, all’interrogativo lasciato in sospeso: in assenza di una clausola che espressamente lo preveda, una società non può perseguire uno scopo ulteriore rispetto a quello lucrativo. Non bisogna, tuttavia, cadere in facili fraintendimenti: una cosa è stabilire quale scopo possa essere perseguito da una società, cosa diversa – ci torneremo subito appresso nelle

¹⁶⁵ DENOZZA F. - STABILINI A. 2017 desumono, dalla disciplina delle società benefit, l'impossibilità per la società di perseguire scopi non lucrativi. Secondo gli AA. «quanto al tema della possibilità per la società non benefit di esercitare, in misura rilevante, attività volte al bene comune prive di qualsiasi finalità lucrativa, [...] questa possibilità, ammesso che esistesse prima della legge sulle società benefit [...] non è oggi più consentita nel nostro ordinamento e si porrebbe in espresso contrasto con il richiamato art. 379». *Di parere differente MONTALENTI 2018 secondo il quale* «vero è che le società non benefit potranno perseguire l'interesse sociale nei termini di “composizione” di interessi plurimi, e quindi anche — volontariamente — di interessi sociali, ambientali e culturali [...] mentre la società benefit, dovrà perseguire espressamente “la finalità di beneficio comune”, ma ravvisare una sorta di contrapposizione antinomica [...] non è, a mio parere, corretto». In quest’ultimo senso ANGELICI 2018. Quindi «qualunque società è ammessa a caricarsi di finalità di beneficio comune alla stessa maniera e, se i termini di tale assunzione corrispondono a quelli previsti dalla legge, le è concessa l'utilizzazione del “marchio”, allora con assunzione di una serie di ulteriori doveri comportamentali» (CIAN 2021). Sul punto, anche la Massima S.A.2 del Comitato Notarile del Triveneto– (società benefit - obbligo di indicare nell’oggetto sociale le finalità di beneficio comune – 1° pubbl. 9/19 – motivato 9/19).

L’obbligo di indicare nell’oggetto sociale le finalità di beneficio comune si applica non solo alle società Benefit di nuova costituzione, ma anche alle società diverse dalle società Benefit qualora intendano perseguire anche finalità di beneficio comune (comma 379) attraverso una modifica dei patti sociali o dello statuto nel rispetto delle disposizioni che regolano le modificazioni del contratto sociale o dello statuto proprie di ciascun tipo sociale.

pagine che seguono – è il metodo che deve essere impiegato nel suo perseguimento¹⁶⁶.

6. La proposta di un approccio metodologico. Il confronto dottrinale sul tema dello scopo sociale, dunque, si arricchisce sempre più di argomenti nuovi e soluzioni originali. Ad ogni buon conto, si deve, ferme le posizioni di ciascuno a riguardo, provare ad andare oltre al dibattito teleologicamente impostato che, peraltro, potrebbe essere inconcludente ai nostri fini, così da comprendere se si possa per altra strada indirizzare all'alveo della tematica ambientale l'attività sociale, eventualmente, sotto il profilo della strategia.

Per fare ciò partiamo dal presupposto in base al quale il perseguimento dello scopo di lucro costituisca l'obiettivo unico della società. Ebbene, l'art. 2247 c.c. individuerrebbe il risultato ultimo della gestione ma, inevitabilmente, si asterrebbe dal tracciare la strada che gli amministratori devono perseguire per giungere al risultato. Mentre il primo aspetto – di natura teleologica – sarebbe così agevolmente individuato, il profilo metodologico andrebbe ricondotto in quella discrezionalità della gestione che caratterizza l'agire degli amministratori.

È in questo contesto che riteniamo trovi terreno fertile e possa dispiegarsi il diverso – ma per questo non meno rilevante – concetto di sostenibilità o, più appropriatamente in questa sede, gestione sostenibile che, sia da subito chiaro, non è escludente rispetto al perseguimento del profitto. Si tratta, evidentemente, di piani non sovrapponibili e, di conseguenza, non direttamente in conflitto¹⁶⁷.

¹⁶⁶ In questa sede è sufficiente rilevare che gli amministratori devono «perseguire lo scopo di lucro nei confini loro imposti o da limiti legislativi (tutela ambientale, sicurezza sul lavoro, ecc.) oppure da vincoli contrattuali (contrattazione aziendale, partecipazione lavoratori, ecc.) oppure in ottemperanza di *self-restraint* dovuto ad atti di autonomia negoziale (adesione a codici etici, rispetto degli interessi degli stakeholders ecc.) oppure ancora in ragione di volontaria adesione a principi di *Corporate Social Responsibility*, se funzionali all'efficienza dell'impresa e perciò, in ultima istanza, allo scopo di lucro» (MONTALENTI 2018).

¹⁶⁷ Una questione di metodo parrebbe farne anche COSTI 2006 che – mentre subordina la validità di una clausola che preveda la partecipazione agli utili dei dipendenti, dei fornitori, dei clienti e della comunità nella quale la società svolge la propria attività alla condizione che «tale partecipazione [...sia] funzionale (in termini di consenso e di legittimazione) al più efficace perseguimento dello scopo di lucro, magari in una prospettiva di medio-lungo periodo» - ritiene sempre compatibile «con il dettato dell'art. 2247, una clausola con la quale si stabilisca che il perseguimento del lucro oggettivo deve avvenire nel rispetto degli interessi dei consumatori, dei fornitori e della comunità».

Lo stesso concetto di sostenibilità, quale manifestazione di nuovi modi di approcciarsi al mondo e, di conseguenza, di agire onde rispettare e favorire la vita nella sua totalità, è declinato con diverse gradazioni¹⁶⁸. L'idea di sostenibilità, peraltro, è multidimensionale giacché non si limita a quella di carattere ambientale, infatti, ingloba e sintetizza anche quella economica e sociale¹⁶⁹.

La prima tende all'integrità degli ecosistemi, unitamente alla qualità dell'ambiente, dal momento che è considerato il bene comune che rende possibile lo sviluppo degli esseri viventi da preservare grazie all'adozione di comportamenti rispettosi¹⁷⁰. È ricondotta alla capacità di mantenere *sine die*

¹⁶⁸ Si osserva che «alla base della sostenibilità debole si pone la possibilità di sostituire le risorse naturali (capitale naturale) con un capitale prodotto dall'uomo. Ogni generazione, secondo questa posizione, potrebbe quindi impoverire gli ambienti naturali, purché compensi tale degrado accrescendo il valore e la qualità dell'ambiente prodotto artificialmente [... in questo contesto] si è sviluppato un ramo sempre più autonomo definito come sostenibilità molto debole che non attribuisce importanza al capitale naturale poiché ritiene possa essere facilmente sostituito da prodotti dell'attività umana. A queste visioni di sostenibilità se ne contrappone l'idea di una forte, per la quale le risorse naturali sono parte integrante del patrimonio a disposizione dell'umanità, non sostituibili neanche con l'incremento di altri valori, come quelli sociali o economici. Secondo questa posizione, l'obiettivo principale di una società è il mantenimento di un determinato livello di capitale naturale, considerato non come un semplice serbatoio a cui attingere ma come un complesso di sistemi che tramite una delicata rete di equilibri e una molteplicità di funzioni, forniscono il supporto alla vita sul pianeta. Il quadro si completa con un'idea ancor più restrittiva di tale concetto, la sostenibilità molto forte, che propone una serie di vincoli da imporre all'azione dell'uomo, al fine di garantire le funzioni ambientali» (BACHIORRI 2022).

¹⁶⁹ Connubio rinvenibile anche a livello delle fonti dell'UE, infatti, va rilevato come dal 1997, con la firma del Trattato sull'Unione Europea avvenuta ad Amsterdam, la tematica fa il suo ingresso nelle fonti Eurounitarie. Nel preambolo di questo Trattato, in particolare, si sancisce l'impegno dei Paesi membri a promuovere «il progresso economico e sociale dei loro popoli, tenendo conto del principio dello sviluppo sostenibile nel contesto della realizzazione del mercato interno e del rafforzamento della coesione e della protezione dell'ambiente, nonché ad attuare politiche volte a garantire che i progressi compiuti sulla via dell'integrazione economica si accompagnino a paralleli progressi in altri settori». Dall'analisi di queste previsioni è chiaro che tra gli obiettivi dell'UE hanno un ruolo significativo la sostenibilità economica, sociale e ambientale. La crescita economica, infatti, è declinata unitamente alla sostenibilità sociale e ambientale.

¹⁷⁰ Per non arrecare danno all'ambiente, quindi per una sostenibilità effettiva, è opportuno (i) non consumare risorse rinnovabili oltre la loro naturale capacità di rigenerazione, (ii) non consumare le risorse non rinnovabili ad una velocità più alta di quella necessaria affinché se ne sviluppino di sostitutive, (iii) mantenere inalterati i processi alla base dell'adeguato funzionamento dell'ambiente e (iv) inquinare a ritmi uguali o inferiori a quelli della capacità di assimilazione da parte dell'ambiente. A riguardo, G. Rossi, *Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente per lo sviluppo*, in Riv. quad. dir. dell'ambiente, 2020, 1, pp. 11 s., osserva che «esistono delle attività che determinano un miglioramento oggettivo delle condizioni ambientali (come le bonifiche, il risanamento del territorio, l'agricoltura biologica, la lotta alla desertificazione e l'aumento del verde), o richiedono un consumo minimo dei beni ambientali, del tutto strumentale e sproporzionato rispetto ai vantaggi che ne derivano (come il trasporto su ferro, le energie rinnovabili, le produzioni che utilizzano i rifiuti, che da scarto diventano materia prima, secondo lo schema dell'economia circolare). Queste attività possono dar corpo a un nuovo tipo di sviluppo,

qualità e riproducibilità delle risorse naturali. L'ambiente posto al centro: unico capitale naturale ma in grado di fornire risorse limitate e, al contempo, destinatario degli scarti di produzione, responsabile delle condizioni necessarie al mantenimento della vita¹⁷¹.

Con riferimento alla dimensione economica, questa afferisce alla capacità di generazione di reddito e di lavoro per permettere il sostentamento della popolazione. L'efficienza economica, tuttavia, va perseguita mediante la gestione oculata delle risorse non rinnovabili e con il perseguimento di un'equità sostenibile nel lungo periodo. Al fine di non compromettere il benessere delle future generazioni, è indispensabile la conoscenza e la consapevolezza dei limiti e dell'impatto delle scelte economiche sulla società e sull'ambiente, per il suo perseguimento bisogna tendere al mantenimento del capitale attuale (Bachiorri 2022).

La terza dimensione, quella sociale, evoca la capacità di assicurare un benessere umano che sia distribuito in modo equo così da tendere ad un miglioramento. Equità come principio etico, infatti, non è possibile parlare di sviluppo in presenza di disuguaglianze nella distribuzione del reddito e nelle condizioni di vita. Inoltre, comprende l'*empowerment*, la partecipazione, l'identità culturale e la stabilità istituzionale, tutti considerati fattori primari al supporto dei sistemi realmente democratici e partecipativi (Beckerman 1994).

Queste dimensioni possono essere combinate in modo differente tra loro e, a seconda del peso che viene dato a ciascuna, si hanno risultati differenti. Per ciò che a noi interessa in questa sede, possiamo ritenere che la sostenibilità implichi la necessità di incorporare nelle decisioni aziendali e, più in generale, nel sistema della produzione un «*moral minimum*» inteso come un'ideale gestione aziendale che utilizza tutte le risorse (tanto quelle naturali, ambientali ed

non più solo "compatibile", "sostenibile" con l'ambiente, ma in totale sinergia. All'estremo opposto si collocano, invece, le attività sicuramente dannose, a partire da quelle basate sul consumo dei fossili. In mezzo fra questi due aggregati si collocano le attività basate sul criterio della sostenibilità, con tutte le difficoltà di classificazione» del caso.

¹⁷¹ È «sempre più diffusa la convinzione che il progressivo impoverimento delle risorse naturali, con il conseguente deterioramento della natura e del clima, determina un rischio per la stessa sopravvivenza dell'umanità o quanto meno peggiora in modo irreversibile le condizioni di vita delle persone e delle popolazioni» (Rossi 2020).

economiche quanto la forza lavoro) in modo appropriato e compensa l'ecosistema delle perdite subite (Addante 2007).

Volendo vagliare più nel dettaglio il rapporto tra impresa e sostenibilità, peraltro, emerge come questo non sia univoco dal momento che tali attori possono essere coinvolti a vario titolo e su diversi livelli, giacché, potrebbero agire «come “operatori di mercato sostenibile”, invitati a offrire prodotti e servizi sostenibili; come possibili “benefattori”, intraprendendo iniziative di sponsorizzazione, mecenatismo, o beneficenza per la più rapida realizzazione di obiettivi di sostenibilità; come interpreti di un modello di governo societario che integri nelle scelte di gestione le preoccupazioni di sostenibilità e la valutazione dei relativi rischi» (Ciocca 2019). E proprio con riferimento al primo e al terzo punto – sul secondo le ricostruzioni sembrano convergenti¹⁷²– risulta essere incisiva la legislazione europea.

Accanto a questa nozione che potremmo definire “sostenibilità esterna all'impresa” in considerazione del fatto che pone l'attenzione sull'impatto dell'attività della struttura societaria su fattori non propriamente integranti la composizione dell'ente, se ne individua una differente, la cui natura economica è auto evidente – senza voler negare tale qualità anche alla precedente – che si fonda sulla conservazione nel tempo dell'equilibrio finanziario della società su un certo orizzonte temporale, si tratta di un'accezione secondo una «prospettiva interna dell'impresa e in questo senso ha un significato assai vicino, se non coincidente, con quello di stabilità. E che gli amministratori delle società debbano gestire l'impresa sociale avendo anzitutto riguardo alla sostenibilità intesa in questo senso è abbastanza ovvio (secondo tutti i diritti societari), posto che essi devono quantomeno mirare a conservarne la continuità aziendale» (Stella Richter 2021).

¹⁷² La sostenibilità può manifestarsi in diverse forme quali l'inserimento di clausole che canalizzino una parte degli utili verso la cura degli interessi degli *stakeholders* (purché tramite queste non si preveda il perseguimento di attività ideali destinate ad affiancarsi a quella economica) o, ancora, la previsione di «clausole con funzione preclusiva dell'adozione di date strategie o del compimento di date categorie di operazioni, [... ovvero] le clausole viceversa impositive delle une o delle altre» (CIAN 2021).

Due profili, sostenibilità esterna e interna, secondo parte della dottrina non necessariamente convergenti (Stella Richter 2021), eppure, la sostenibilità – esterna – quale rischio aziendale, parrebbe essere ormai un imprescindibile elemento da considerare come parte integrante della strategia, lasciando scolorare sullo sfondo l'interessamento alla cura degli interessi di terzi che ha contrassegnato il fenomeno della RSI¹⁷³.

Muta, definitivamente, il baricentro dell'impostazione di fondo: non è tanto rilevante il dato teleologico (il fine dell'attività della società) – anche ove questo si ritenga esclusivamente di natura lucrativa – piuttosto il procedimento con il quale questo viene perseguito. Un “metodo sostenibile” si impone, non tanto – o (se si preferisce) non solo – per preservare l'ambiente, quanto per garantire quella sostenibilità economica interna a cui si faceva cenno poc'anzi. A supporto di tale tesi basterà riprendere i principi regolatori e le previsioni del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza che sono state esaminate nelle pagine che precedono, si è dato conto di come l'assenza di una gestione sostenibile – ambientale e sociale – sia escludente per le società, a cui viene preclusa la possibilità di accedere alle commesse del piano.

Bibliografia

- ADDANTE A., *Responsabilità sociale dell'impresa*, in *Digesto disc. Priv.*, UTET, Torino, 2007.
- AMATUCCI C., *Responsabilità sociale dell'impresa e nuovi obblighi degli amministratori. La giusta via di alcuni legislatori*, in *Giur. Comm.*, 2022.
- ANGELICI C., *Divagazioni sulla “responsabilità sociale” d'impresa*, in *Riv. soc.*, 2018.
- Asquini A., *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1959.
- BACHIORRI A., *La sostenibilità*, in F. BALLUCHI - K. FURLOTTI (a cura di), *La responsabilità sociale delle imprese. Un percorso verso lo sviluppo sostenibile Profili di governance e accountability*, Giappichelli, Torino, 2022.
- Beckerman W., *Sustainable Development: Is It a Useful concept?*, in *Environmental Values*, 1994.
- Bevino G., *Nuovi inputs euro-unitari. La sostenibilità come ponderazione normativa degli interessi di shareholders e stakeholders*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2022.
- Cian G-Trabucchi A., *Commentario breve al Codice Civile*, Milano, 2016.
- Cian M., *Clausole statutarie per la sostenibilità dell'impresa: spazi, limiti e implicazioni*, in *R. soc.*, 2021.
- Ciocca N., *Sostenibilità dell'attività di impresa e doveri degli amministratori*, in *Sostenibilità. Profili giuridici, economici e manageriali delle PMI italiane*, Massa (a cura di), Giappichelli, Torino, 2019.

¹⁷³ In ambito di sostenibilità «la cura delle tematiche ambientali, sociali o di governance sembra divenuta cruciale per l'esistenza stessa dell'impresa: trascurarla implica mettere a repentaglio l'attività produttiva futura e con essa l'intero sistema» (CIOCCA 2019).

- Codazzi E., *Scopo di lucro e di beneficio comune nel passaggio da società non benefit a società benefit*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2021.
- Commissione delle Comunità europee, *Libro Verde, Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, 18 luglio 2001.
- Commissione Europea, *Accelerare la transizione verso la neutralità climatica per la sicurezza e la prosperità dell'Europa*, Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle regioni, 2022.
- Commissione Europea, *Comunicazione Orientamenti tecnici sull'applicazione del principio «non arrecare un danno significativo» a norma del regolamento sul dispositivo per la ripresa e la resilienza 2021/C 58/01 del 18 febbraio 2021*.
- Commissione Europea, *Il Green Deal europeo*, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, 2019.
- Commissione Europea, *Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile* Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo ed al Comitato delle Regioni, Bruxelles, 2018.
- Consiglio Nazionale del Notariato, *Oggetto sociale: società semplice, acquisto immobili e partecipazioni sociali*, Paolini A. - Ruotolo A. (a cura di), 2015.
- Costi R., *La responsabilità sociale dell'impresa e il diritto azionario italiano*, in *Giur. Comm.*, 2006.
- Cozzio M., *PNRR, appalti pubblici e applicazione del principio di non arrecare danno significativo all'ambiente (c.d. DNSH)*, in *Riv. Trim. appalti*, 2023.
- Denozza F.- Stabilini A., *La società benefit nell'era dell'investor capitalism*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2017.
- Galgano F., *Diritto commerciale, Le società*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1992.
- Libertini M., *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2013.
- Libertini M., *Un commento al manifesto sulla responsabilità sociale d'impresa della Business Roundtable*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2019.
- Marasà G., *Le "società" senza scopo di lucro*, Giuffrè, Milano, 1994.
- Marasà G., *Le società*, in *Trattato di diritto privato*, Iudica G. - Zatti P. (a cura di), Milano, 2000.
- Meo G., *Impresa sociale e valori d'impresa*, in *Banca, Impresa, Società*, 2017.
- Montalenti P., *L'interesse sociale: una sintesi*, in *Riv. soc.*, 2018.
- Navarrini U., *Delle società e associazioni commerciali*, II ed., in *Commentario al codice di commercio*, Vallardi, Milano, 1924.
- Passalacqua M., *Green deal e transizione digitale. Regolazione di adattamento a un'economia sostenibile*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2022.
- Rossi G., *Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente per lo sviluppo*, in *Riv. quad. dir. dell'ambiente*, 2020.
- Santini G., *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.* 1973.
- Stella Richter M. Jr, *Long-Termism*, In *Riv. Soc.*, 2021.
- Tombari U., *"Potere" e "interessi" nella grande impresa azionaria*, Milano, 2019.
- Tombari U., *Corporate purpose e diritto societario: dalla "supremazia degli interessi dei soci" alla libertà di scelta dello "scopo sociale"?*, in *Riv. Società*, 2021.
- Ventoruzzo M., *Note minime sulla responsabilità civile nel progetto di direttiva Due Diligence*, in *Riv. Soc.*, 2021.
- Zanarone G., *Il ruolo del tipo societario dopo la riforma*, in *AA.VV.*, *Il nuovo diritto delle società*, Abbadessa P. - Portale G. (diretto da), UTET, Torino, 2007.



*Il PNRR, un'occasione propizia per costruire una nuova economia:
l'impresa al centro di un "oasi di fraternità"?*
di **SALVATORE MARIA PISACANE**

SOMMARIO: 1. L'ORA È PROPIZIA – 2. IL PNRR E IL DISEGNO DI UNA NUOVA ECONOMIA. – 3. L'"OASI DI FRATERNITÀ": IN CHE SENSO?

Abstract

The PNRR is a unique opportunity to promote a more robust, sustainable and inclusive economic development: a valuable legacy for future generations, an effective and decisive response to the economic and social problems worsened with the advent of the pandemic. The Plan's Missions tend to redesign a new economy which is interconnected to the ecological and health issues, without neglecting the impact that technological development can have on social inclusion and sustainability. Companies are encouraged by the Plan to be protagonists of a change in cooperation with public administrations, universities, citizens, in order to reactivate a fraternal and just economy, in which a sense of co-responsibility and social justice can prevail. The Plan would seem to outline "oases of fraternity", at the center of which responsible and supportive companies can guide a process of escape from the insularity of selfishness and overcoming the opposition between self-interest and the common good.

1. L'ora è propizia. L'esigenza di ristrutturare i paradigmi socioeconomici non è stata certamente avvertita, per la prima volta, negli anni post-pandemici, trattandosi di una questione problematica con cui, nell'era contemporanea, ci si è confrontati per decenni prima che, imperversata l'emergenza epidemiologica, si ritenesse di addivenire ad alcune iniziative votate ad avviare concretamente una svolta.

La razionalità economica, prevalsa sino ad oggi, ha innegabilmente contribuito allo sviluppo tecnologico, all'espansione industriale, all'arricchimento dei popoli¹, sebbene sembrerebbe, d'altro canto, aver generato, nel tempo, «un mondo pieno di ingiustizie, sperequazioni, profonde disuguaglianze tra ricchi e poveri» ed aver diffuso modelli di vita non sempre accettabili poiché proiettati

¹ A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, Newton Compton, Roma, 2008, p. 73 e ss.

«solo a massimizzare i consumi ed umiliare quanti non reggono ritmi di vita così frenetici e costosi»².

La recente pandemia ha acuito le profonde divergenze economiche e sociali che un modello, orientato esclusivamente al profitto, aveva già generato non solo nel confronto tra un Paese e l'altro, ma, in modo ancor più stridente, all'interno degli stessi Paesi³. Basti pensare che, nel biennio 2019-2021, è stata rilevata, per i più benestanti della Terra, una crescita del 14% mentre la ricchezza media globale si è attestata all'1%, per non parlare dei supermilionari la cui ricchezza, negli stessi anni, è cresciuta addirittura del 50%. È chiaro come, in questa situazione, siano stati gravemente penalizzati coloro i quali hanno accesso limitato ai mercati, ai servizi di base, ai capitali, le persone con i redditi più bassi e con l'istruzione inferiore, donne, minoranze, lavoratori precari, gli abitanti dei Paesi a basso e medio reddito⁴.

Tuttavia, con l'avvento della pandemia, proprio come è accaduto in Italia, si sono manifestati nuovi modelli di povertà poiché si è assistito ad un inedito

² P. SCHLESINGER, *La globalizzazione nel sistema finanziario* in «Persona e mercato», 4, 2011, p. 250. La globalizzazione ha, dunque, «consentito ad alcuni Paesi poverissimi e sottosviluppati (in particolare, nell'estremo oriente) di elevare rapidamente il reddito medio *pro capite*», ma ha determinato «anche gravi distorsioni. Tra queste ultime ve n'è una che si è potuta sperimentare plasticamente nel corso della pandemia: quella del massiccio accumulo della ricchezza nelle mani di poteri privati» in A. SANDULLI, *L'intervento pubblico per contrastare la povertà tra teoria e prassi* in «LLR», 2, 2022, p. 97.

³ Anche nei Paesi più sviluppati milioni di persone non hanno possibilità di accedere a servizi fondamentali come un'istruzione adeguata, assistenza sanitaria, sicurezza sociale ed economica, un lavoro remunerativo; inoltre accade spesso che, nelle società più ricche, «la vita media di alcuni gruppi numericamente consistenti non supera quella di società molto più povere». Cfr. A. SEN, *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Mondadori, Milano, 2014, p. 21. Interessanti le recenti considerazioni del noto economista francese Piketty, secondo cui l'odierna distribuzione delle ricchezze «sia tra i diversi paesi del mondo sia all'interno dello stesso paese reca la traccia profonda dell'eredità schiavista e coloniale». Cfr. T. PIKETTY, *Una breve storia dell'uguaglianza*, La nave di Teseo, Milano, 2021, p. 153.

⁴ L. CHANCEL, T. PIKETTY, E. SAEZ, G. ZUCMAN ET AL., *World Inequality Report 2022*, World Inequality Lab wir2022.wid.world, pp. 46- 69. Nei Paesi più sviluppati non mancano di certo «gruppi svantaggiati ai quali sono precluse cose fondamentali come le cure mediche, un'istruzione funzionale, un impiego remunerativo o la sicurezza sociale ed economica e, per tali ragioni, spesso «la vita media di alcuni gruppi numericamente consistenti non supera quella di società molto più povere». Cfr. A. SEN, *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Mondadori, Milano, 2014, p. 21.

incremento dei disagi economici anche in gruppi sociali tradizionalmente meno esposti: nuclei familiari con uno o più componenti occupati nel mondo del lavoro o con un solo figlio a carico, giovani generazioni, abitanti di aree geografiche economicamente sviluppate⁵. In tale scenario, vi è stato chi ha definito il virus un riflettore sull'«apartheid sociale» poiché ha definitivamente vanificato l'idea che i medesimi diritti potessero estendersi a tutti o, meglio, ne ha ristretto la portata in una «sfera sempre più chiusa» che presenta «frontiere, esclude, lascia dietro sé avanzi, resti»; l'inclusione è parsa farsi sempre più «un ostentato miraggio» e l'uguaglianza è finita per divenire solo una «parola vacua che suona ormai come un affronto». Il divario si è ampliato, lo scarto si è approfondito⁶ ed ha travolto più del 25% della popolazione, circa quindici milioni di italiani ridotti ad una condizione di povertà relativa, tra cui numerosissime «persone della porta

⁵ C. GORI, *Combattere la povertà. L'Italia dalla social card al Covid-19*, Laterza, Bari, 2020, pp. 6-35. Nelle premesse del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza è stato segnalato un aumento drammatico della povertà in Italia, con un numero di persone in condizioni di povertà assoluta che dal 3,3 per cento nel 2005 è salito al 7,7 per cento della popolazione nel 2019, per raggiungere nel 2020, a causa della pandemia, lo sconcertante dato del 9,4 per cento.

⁶ D. DI CESARE, *Virus sovrano?*, Bollati Boringhieri, Torino, 2020, pp. 29-34. La dottrina dell'individualismo economico, propria delle contemporanee società di mercato, ha sempre giustificato le disuguaglianze appellandosi ad una uguaglianza nella titolarità dei diritti naturali, come quelli della «libertà di scelta e di proprietà». La possibilità di godere di eguali regole di competizione, medesime opportunità offerte dal mercato, eguali diritti fondamentali di libertà nel riconoscimento a ciascuno della «padronanza delle proprie energie fisiche e mentali e quindi delle cose che guadagna, possiede e scambia», sarebbe dovuta bastare a garantire un'eventuale pretesa di eguaglianza; ma la presunta uguaglianza al nastro di partenza della libera competizione tra individui continua ad alimentare esiti diseguali che, in qualche modo, anche gli svantaggiati, i perdenti sono giunti, alle volte, ad accettare con rassegnazione perché convinti che siano «frutto del loro minore o meno qualificato impegno, delle loro scarse conoscenze, infine delle loro scelte. Per l'individualismo economico, quando e se la competizione è lasciata libera (ovvero se il governo non interviene con programmi di giustizia sociale o con regolamentazioni del lavoro), gli esiti non possono che essere diseguali e questa disuguaglianza è giusta». Cfr. N. URBINATI, *Disuguaglianza* in «Iride», 1, 2016, il Mulino, pp. 20-21. Quest'approccio formale al tema dell'eguaglianza, tipico dei sostenitori delle teorie sull'eguaglianza assoluta – che pur si sono prefisse le «più alte aspirazioni di giustizia» – ha determinato ingiustizie, disordine ed anomia poiché non ha mai indotto ad interrogarsi su come dovessero «essere o esser trattati gli uomini». Pensare però di «trattare tutti allo stesso modo, senza alcuna differenziazione, determinerebbe situazioni di ingiustizia paradossale secondo il più comune punto di vista etico-giuridico», in P. FERRAGAMO, *Le formule dell'eguaglianza. Da Kelsen a Nagel*, pref. a cura di G. Carcaterra, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 64-66.

accanto [...] che, fino a poco tempo fa, appartenevano alla media-piccola borghesia»⁷.

Per non parlare poi dell'inequità di condizioni che l'attuale sistema economico sta determinando tra le differenti generazioni, a causa di una deleteria semantica «tutta centrata sul primato della prossimità e contemporaneità», incapace di aprirsi a quelle «virtù della presbiopia» con cui sarebbe possibile «rispondere adeguatamente all'emergenza ambientale ed intergenerazionale»⁸ in atto. Sembra ormai destinato a sfaldarsi quel «rapporto tra le generazioni presenti e passate, tra i contemporanei e i loro progenitori», a cui ci si è sentiti sempre legati da un debito morale, spesso mascherato da «vincoli sentimentali» e «venerazioni», proprio per i sacrifici e le opere compiute in favore dei discendenti⁹.

Un divario generazionale¹⁰, inteso proprio come ritardo delle nuove generazioni nel raggiungere la propria indipendenza sociale ed economica, si era già venuto a determinare con la crisi finanziaria del 2008, ma ha continuato ad aggravarsi terribilmente a causa della crisi pandemica. Si sta delineando una vera e propria frattura intergenerazionale che si fa evidente sotto vari profili: sociale, per le alterazioni e le tensioni che si manifestano nei processi aggregativi

⁷ A. SANDULLI, *L'intervento pubblico per contrastare la povertà tra teoria e prassi*, cit., p. 99.

⁸ F. G. MENGA, *L'emergenza del futuro. I destini del pianeta e la responsabilità del presente*, Donzelli, Roma, 2021, pp. 51-52. La virtù della presbiopia, a cui fa riferimento Zagrebelsky, sembrerebbe determinante per ripensare un decisivo «cambio di direzione» intergenerazionale: «per secoli, i figli si sono considerati debitori nei confronti dei loro padri; oggi, i padri si devono sentire debitori nei confronti dei figli e dei figli dei figli». Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Einaudi, Torino, 2018, p. 107.

⁹ E. RESTA, *Tra Generazioni* in R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Jovene, Napoli, 2008, p. 416. Secondo Donatella Di Cesare si è spezzato definitivamente, a causa della pandemia, «il patto atavico tra le generazioni: i padri rimproverano i figli che, a loro volta, rimproverano i padri». Cfr. D. DI CESARE, *Virus sovrano?*, cit., p. 17. È configurabile una responsabilità intergenerazionale ogniqualvolta sussista un nesso causale o eziologico tra le condotte assunte nel presente e le conseguenze future, posto che si venga a profilare un nocumento a carico delle generazioni future; da questa premessa sarebbe opportuno partire per considerare seriamente la possibilità che un ordinamento giuridico prefiguri «(a livello costituzionale e/o legislativo) strumenti e meccanismi di tutela "anticipata" degli interessi delle generazioni future». Cfr. A. D'ALOIA, *Generazioni future (diritto costituzionale)* in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2016, pp. 340-342.

¹⁰ L. MONTI, *Ladri di futuro. La rivolta dei giovani contro l'economia ingiusta*, Luiss University Press, Roma, 2015, p. 15.

e partecipativi; economico, posto il deteriorarsi del reddito e della sicurezza economica per i più giovani; ambientale, perché le future generazioni dovranno adattarsi a un peggioramento delle condizioni climatiche ed ambientali¹¹. I membri di ciascuna generazione non sono sempre stati sufficientemente responsabili nel fruire del «patrimonio naturale e culturale» che hanno ricevuto dalle precedenti generazioni e nel garantirne la custodia e il trasferimento alle future generazioni¹², pertanto oggi si assiste ad un incredibile paradosso: i nuovi individui sono tenuti ad un «maggior “sacrificio”», evidentemente «più consistente di quello sopportato dalle generazioni di ieri, che hanno usato spesso irragionevolmente e in modo prettamente utilitaristico le risorse ambientali»; è un sacrificio, oggi dovuto, senza il quale «rischiano di scemare e di diluirsi i diritti delle generazioni di domani» che invece, meriterebbero, in una corretta prospettiva equivalente e paritaria, di essere tutelati, poiché «dispongono della medesima durezza» dei diritti della popolazione contemporanea¹³.

Purtroppo, imprenditori ed economisti hanno sottovalutato, troppo a lungo, lo sfruttamento di risorse naturali esauribili per far fronte alle «esigenze della produzione e dell'accumulazione di capitale»; così, negli ultimi duecento anni, si sono registrati più danni ambientali di quelli consumatisi nei diecimila anni precedenti e, negli ultimi cinquant'anni, vi sono stati danni «pari a quelli dei centocinquanta precedenti. C'è stata, insomma, un'accelerazione nel degrado ecologico»¹⁴.

¹¹ FONDAZIONE BRUNO VISENTINI, *Il divario generazionale. Un patto per l'occupazione dei giovani. Il rapporto 2018*, Roma, 2018, p. 16.

¹² Esiste un diritto a «beneficiare e sviluppare» l'eredità culturale e naturale ricevuta, ma allo stesso tempo un dovere di utilizzarla in modo tale da consegnarla alle successive generazioni migliorata e non peggiorata. Si veda: S. GRASSI, *Ambiti della responsabilità e della solidarietà intergenerazionale: tutela dell'ambiente e sviluppo sostenibile* in R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, cit., p. 178.

¹³ G. GRASSO, *Solidarietà ambientale e sviluppo sostenibile tra Costituzioni nazionali, Carta dei diritti e progetto di Costituzione europea*, in «Politica del diritto», 2003, p. 596. Ci si interroga sulle modalità corrette per affrontare la sfida della rinuncia al predominio del presente nel tentativo di aprirsi all'«alterità del futuro» in F. G. MENGA, *Etica intergenerazionale*, Morcelliana, Brescia, 2021, p. 26.

¹⁴ G. M. FLICK, M. FLICK, *Persona ambiente profitto. Quale futuro?*, Baldini Castoldi, Milano, 2021, p. 38.

Il degrado ecologico, «insieme con la questione alimentare e la crescita della domanda energetica, costituiscono fattori che mettono a rischio il principio di uguaglianza intra- e inter-

Il «principio della massimizzazione del profitto», isolato da considerazioni di altro tipo, ha condannato l'umanità del presente a patirne il costo economico e sociale e le generazioni future quello ambientale e climatico, quel «peccato ecologico contro la casa comune» che si è irresponsabilmente ed ostinatamente consumato attraverso «la contaminazione massiva dell'aria, delle risorse della terra e dell'acqua, la distruzione su larga scala di flora e fauna» ed altre innumerevoli azioni distruttive per l'ecosistema¹⁵. Il progetto antropocentrico che, fino a qualche tempo fa, era riuscito a giustificare «lo sfruttamento senza limiti della natura» è miseramente fallito poiché ha rivelato, in epoca moderna, come lo stesso genere umano sia in serio pericolo proprio a causa della devastazione ambientale¹⁶.

La complessità della convivenza, tra gli individui contemporanei – affetti da un «antistorico ed aggressivo narcisismo»¹⁷ – e la natura, è nota e manifesta nel rilievo della «perdita generale dei valori umani», nonché nella costruzione di «una società, quella di oggi», che, fino ad ora, parrebbe aver preferito sacrificare

generazionale, con una conseguente instabilità sociale e politica. Inoltre, i problemi ambientali e alimentari possono causare migrazioni, “rifugiati ambientali” e conflitti. Si pensi alle popolazioni costrette a fuggire – alla ricerca di condizioni migliori – da Paesi colpiti da siccità, desertificazione, etc.; nonché ai conflitti socio-ambientali, dovuti alla scarsità di risorse (come le guerre dell'acqua o i conflitti armati causati dai cambiamenti climatici) e alla mancanza di partecipazione e, più in generale, al mancato riconoscimento di diritti o alla difficoltà di farli valere». Cfr. V. CAVANNA, *Uguaglia intra- e inter- generazionale: ambiente, cibo ed energia nell'ottica dello sviluppo sostenibile* in L. R. CORRADO (a cura di), *Le uguaglianze: diritti, risorse, sfide per il futuro*, Ledizioni, Milano, 2015, pp. 28-30.

¹⁵ Si tratta di considerazioni tratte dal discorso che il 25 novembre 2019 Papa Francesco ha rivolto, presso la Sala Regia della Città del Vaticano, ai partecipanti al XX Congresso Mondiale dell'Associazione internazionale di Diritto Penale tenutosi presso Luiss Guido Carli. Disponibile su:

https://www.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2019/november/documents/papafrancesco_20191115_diritto-penale.html. Gli scienziati hanno riconosciuto, da tempo, le gravi responsabilità delle azioni umane sulla crisi climatica dovuta, in particolare, alla concentrazione di gas serra immessi nell'atmosfera, che sembrerebbe aver raggiunto livelli record; si è registrato un incremento del 147% dell'anidride carbonica, del 259% del metano e del 123% del protossido di azoto. Questi drastici cambiamenti (non si stimava una concentrazione di Co2 nell'aria tale da oltre 650mila anni) hanno reso sempre più frequenti fenomeni come inondazioni, siccità, dissesti idrogeologici, diffusioni di malattie, crisi idriche, agricole ed estinzione di specie vegetali ed animali; si veda il Rapporto del WWF “*Cambiamenti climatici*”, disponibile su: www.wwf.it.

¹⁶ G. PELLEGRINO, M. DI PAOLA, *Nell'Antropocene. Etica e politica alla fine di un mondo*, DeriveApprodi, Roma, 2018, pp. 111-113.

¹⁷ A. PUNZI, *Diritto certezza sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 127.

«l'ambiente naturale e la qualità della vita al potere e al profitto, con una crescente insensibilità verso le esigenze umane»¹⁸.

È, tuttavia, in forte crescita un «interesse morale» per l'ambiente, votato a soppiantare «atteggiamenti di subdola conquista e di dominio della realtà» con «sentimenti di cura, sollecitudine e preoccupazione» per risolvere «i problemi pratici della gente», tra cui senza dubbio quelli «legati alle grandi emergenze ambientali»; ciononostante, sino ad oggi, ci si è arroccati principalmente su «questioni di fondamento» e non si è voluto o, molto più plausibilmente, non si è sempre riuscito a fornire «risposte effettive ai bisogni degli esseri umani»¹⁹.

Ma non è da escludersi che la pandemia sia stata l'occasione propizia per offrire, finalmente, l'opportunità di generare soluzioni e risposte innovative a questi vecchi problemi, da sempre avvertiti, ma frequentemente ignorati²⁰: «Italia Domani», il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza – parte integrante del *Next Generation EU*, progetto di rilancio economico dei Stati Membri UE – nel favorire uno sviluppo economico più robusto, sostenibile ed inclusivo, potrebbe lasciare «una preziosa eredità alle generazioni future»²¹ e costituire, nell'esperienza del nostro Paese, la risposta più efficace e risolutiva ai drammi evidenziati sino a questo punto.

Alla filosofia del diritto, tanto quanto alla filosofia politica, potrebbe spettare – per l'attitudine, che gli è propria, di cimentarsi sui valori e sulle idee a cui la

¹⁸ S. CAPRIGLIA, *Il narcisismo: tra normalità e patologia. Relazioni patologiche e manipolazione affettiva*, Edizioni Accademiche Italiane, Saarbrücken, 2016, p. 5.

¹⁹ S. BARTOLOMMEI, *L'etica ambientale come nuova frontiera del pensiero morale contemporaneo* in P. DONATELLI (a cura di), *Manuale di etica ambientale*, Le Lettere, Firenze, 2012, pp. 29-43.

²⁰ G. LO STORTO, *Prefazione* a S. MAFFETTONI, *Il quarto shock. Come un virus ha cambiato il mondo*, Luiss University Press, Roma, 2020, p. 3 e ss. «Ridurre la disuguaglianza, e farlo con quanta più ragionevolezza è possibile, significa non soltanto rendere la società più giusta nell'immediato ma anche limitare il pericolo che essa diventi orrenda per larghi strati della popolazione al verificarsi di eventi estremi. Che sono difficili da prevedere, ma che sono e saranno parte della nostra storia, e perciò richiedono precauzione. Una precauzione che si può finanziare attingendo risorse dove queste abbondano, accedendo così alla possibilità di costruire una società più giusta oggi e più resiliente nel meno favorevole dei domani. Un progetto difficile da avviare nel contesto politico contemporaneo, ma forse Covid-19 ci dice che è giunto il momento di prenderlo sul serio» in M. FRANZINI, *Il Covid-19 e le disuguaglianze economiche*, disponibile su: www.questionegiustizia.it

²¹ <https://www.italiadomani.gov.it/content/sogei-ng/it/it/home.html>

realtà concreta dovrebbe rifarsi²² – il compito di rileggere, all'interno del PNRR, la traduzione di un adeguato impianto teorico in prassi giuridico-politica, una traduzione indispensabile per offrire una soluzione al degrado sociale, economico ed ecologico in corso.

2. Il PNRR e il disegno di una nuova economia. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza è, come noto, il documento con cui il nostro Paese, al pari di altri Stati Membri dell'UE, ha definito i termini di accesso alle risorse finanziarie predisposte dal *Next Generation EU*²³.

Il PNRR italiano mobilita, complessivamente, una somma pari a 235,12 miliardi di euro, di cui 191,5 miliardi sono disposti dal *Recovery and Resilience Facility – RRF*, il dispositivo per la ripresa e la resilienza dell'Unione europea; 13 miliardi di euro derivanti dal programma *React-EU* e 30,6 miliardi del Piano nazionale per gli investimenti complementari, volto ad integrare il PNRR con investimenti nazionali. È evidente come si sia in presenza del «più importante intervento di politica economica» a cui assistiamo dall'inizio del secolo nel nostro Paese, un piano di investimenti pubblici che, si auspica, «condiziona a lungo lo sviluppo dell'Italia» e che, «rispetto alla grande lentezza dei processi decisionali che ha caratterizzato l'ultimo ventennio», ha inaugurato «un periodo straordinario di definizione di scelte che plasmeranno a lungo il volto del paese»²⁴.

²² E. LOMBARDO, *Potere e natura. Le cause sociali della crisi ambientale*, Armando, Roma, 2012, p. 279.

²³ «NextGenerationEU is more than a recovery plan – it is a once in a lifetime chance to emerge stronger from the pandemic, transform our economies and societies, and design a Europe that works for everyone». Disponibile su: https://next-generation-eu.europa.eu/index_en

²⁴ G. ORIENTALE CAPUTO, G. VIESTI, *Il PNRR e le disuguaglianze italiane: potenzialità e criticità* in «Autonomie locali e servizi sociali», 2, 2022, p. 200. La risposta italiana sarà decisiva nel determinare gli esiti del *Next Generation EU*, ovvero se il tutto sia destinato a restare una semplice «parentesi emergenziale» o possano esservi dei risvolti significativi per la costruzione di nuovi paradigmi economico-sociali. «A livello nazionale, il PNRR è rilevante perché propone di realizzare una lunga serie di riforme e investimenti, enunciati in passato ma attuati limitatamente e senza considerare le interazioni fra i singoli interventi. In questo senso, il PNRR rappresenta un'occasione storica per l'Italia per superare il problema della sua ventennale (per non dire ormai strutturale) mancanza di crescita economica e di produttività» in: M. GUIDI, M. MOSCHELLA, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: dal Governo Conte II al Governo Draghi* in «Rivista Italiana di Politiche Pubbliche», 3, 2021, p. 406.

All'interno della struttura del Piano è possibile rintracciare tre assi strategici determinanti per l'architettura di un'economia che ambisca ad essere più sostenibile senza, però, rinunciare all'incremento della produttività del lavoro e dell'occupazione: digitalizzazione e innovazione, su cui insistono circa il 20% delle risorse del PNRR, per favorire competitività ed adattabilità ad un mercato in profonda evoluzione; transizione ecologica, per cui è previsto circa il 40% di risorse, per garantire un'economia più *green* e sostenibile, conformemente agli obiettivi dell'Agenda 2030; inclusione sociale, a cui è destinato il residuo 40% di risorse, volte a contrastare le discriminazioni e ridurre le disuguaglianze socioeconomiche esasperatesi nel Paese all'indomani della pandemia²⁵.

Il PNRR – la cui *governance* spetta al Governo nazionale, attraverso i suoi Ministeri, alle Regioni (deputate a coordinare alcuni interventi) ed alle Amministrazioni locali, queste ultime tenute ad attuare investimenti per circa 87 milioni di euro²⁶ – prevede uno specifico arco temporale di spesa di sette anni (2021-2026) e presenta un'articolazione in sei determinate Missioni, nell'ambito delle quali le risorse sono assegnate a Componenti funzionali (sono sedici in totale), così da poter, con efficacia e celerità, «aggredire gli ampi divari sociali e territoriali, in particolare quelli relativi al Mezzogiorno» e realizzare la «doppia transizione, verde e digitale», nonché per ammodernare e potenziare i «servizi sanitari di assistenza, prevenzione e cura»²⁷.

²⁵ M. CASTELLANI, A. FORMENTINI, *Il PNRR: dalla teoria alla pratica. La gestione passo-passo dei progetti finanziati dal PNRR*, Wolters Kluwer, Milano, 2022, pp. 5-6.

²⁶ F. SILVESTRI, D. LEPORE, F. SPIGARELLI, L. RUBINI, *Transizione ecologica nel pnrr: alcune riflessioni sui processi di cambiamento e innovazione* in «L'industria», 3, 2022, p. 406.

²⁷ Si veda: *Italia Domani, Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza #nextgenerationItalia*, p. 22 e ss. In merito alla ragguardevole quota di risorse destinate dal PNRR al Mezzogiorno, è stato rilevato come, da alcune parti, siano giunte «preoccupazioni che questa quota potrebbe poi non essere raggiunta a causa della concreta allocazione delle risorse, sollevando la confusione teorica che potrebbe insorgere sulla base della vecchia teoria dello sviluppo del Nord come locomotiva del Sud. Teoria sbagliata, non v'è dubbio. Il Sud ha bisogno di investimenti *in loco*, mirati, coordinati a livello nazionale, ma *in loco*». A ciò è stato autorevolmente aggiunto che il punto cruciale non sia «quello del punto percentuale in più o in meno che sarà concretamente "territorializzato" al Sud, ma sarà – una volta individuati e definiti correttamente gli interventi da effettuare – quello della capacità di spesa delle istituzioni locali meridionali, tanto che riemerge fra le righe l'idea di rivitalizzare esperienze – ai tempi fortunate – come quelle di agenzie *ad hoc*, peraltro oggi in qualche modo "ri"legittimate dalla recente sentenza n.168 del 2021 della Corte costituzionale». Cfr. B. CARAVITA, *PNRR e Mezzogiorno: la cartina di tornasole di una nuova fase*

Il disegno di una nuova economia a cui parrebbe, dunque, tendere il Piano dovrebbe seguire le direttrici tracciate dalle seguenti Missioni: digitalizzazione, innovazione competitività, cultura (40,73 miliardi); rivoluzione verde e transizione ecologica (59,33 miliardi); infrastrutture per una mobilità sostenibile (25,13 miliardi); istruzione e ricerca (30,88 miliardi); inclusione e coesione (19,81 miliardi); salute (15,63 miliardi); è un'impostazione che manifesta, in modo lampante, «la natura euro-nazionale del procedimento» in atto poiché aderisce alle «numerose priorità» e ad «una serie di vincoli» che sono stati dettati dal Regolamento UE 2021/241 ma, al contempo, riflette le scelte compiute dallo Stato italiano in un novero di opzioni: un compromesso equilibrato e coerente «con la volontà di assicurare un coordinamento più incisivo delle azioni di politica economica intraprese all'interno dell'Unione europea»²⁸.

Il coordinamento del Piano nazionale con gli obiettivi fissati, in risposta alla pandemia, dall'Unione europea è confermato, altresì, da una concorde «proiezione intergenerazionale dei problemi da risolvere» che sembrerebbe caratterizzare tutte le Missioni, in quanto, in ciascuna di esse, emergerebbero, sotto diversi profili, «le forti interconnessioni esistenti tra ambiente, salute ed economia»²⁹, oltreché il ruolo decisivo che possono rivestire l'innovazione, le

dell'Italia in L. BIANCHI, B. CARAVITA (a cura di), *Il PNRR alla prova del Sud*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, pp. 13-14.

²⁸ N. LUPO, *I fondamenti europei del PNRR* in D. DE LUNGO, F. S. MARINI (a cura di), *Scritti costituzionali sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 4-5. Il Regolamento (UE) 2021/241 individua «le principali aree d'intervento che i piani devono prevedere. In particolare, l'art.3 elenca sei aree principali: transizione verde, trasformazione digitale, crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, che comprenda coesione economica, occupazione, produttività, competitività, ricerca, sviluppo e innovazione, e un mercato interno ben funzionante con piccole e medie imprese forti; coesione sociale e territoriale; salute e resilienza economica, sociale e istituzionale, al fine, fra l'altro, di rafforzare la capacità di risposta alle crisi e la preparazione alle crisi; politiche per la prossima generazione, l'infanzia e i giovani, come l'istruzione e le competenze. La cornice di intervento di tutti i piani nazionali, pertanto, è significativamente limitata dalla necessità di individuare obiettivi in linea con quelli indicati dal Regolamento». M. GUIDI, M. MOSCHELLA, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: dal Governo Conte II al Governo Draghi*, cit., p. 408.

²⁹ P. LOMBARDI, *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà in «federalismi.it»*, 1, 2023, pp. 100-101.

tecnologie e la ricerca nel garantire uno sviluppo sempre più inclusivo e sostenibile³⁰.

L'applicazione del Pnrr pone, effettivamente, il Paese innanzi ad un «banco di prova fondamentale» nel dover conciliare l'«occasione di crescita diffusa» con il contenimento delle disparità che potrebbero conseguire³¹ e con la riduzione di quelle già persistenti. Difatti, oltre ai tre assi strategici già contemplati, il Piano presenta tre priorità trasversali, tutte afferenti alla lotta contro le diseguaglianze: la riduzione dei divari territoriali, la promozione dell'equità intergenerazionale ed il riequilibrio delle disparità di genere. Ci si attendono, pertanto, degli effetti significativi sull'economia e sull'occupazione del Mezzogiorno per colmare quello storico «divario strutturale e di sviluppo» fra il Nord e il Sud, esasperatosi tremendamente negli ultimi 20 anni, ma anche una particolare attenzione alla condizione dei giovani, con l'obiettivo, entro il 2026, di incrementare di 3,2 punti percentuali il tasso di occupazione giovanile, tentando di porre un argine ad una situazione di immane fragilità che persiste, da un lato per «la scarsa affidabilità della durata degli impieghi» e dall'altra per «le difficili prospettive di continuità professionale o di rinnovo nello stesso lavoro»³².

La questione della parità di genere si iscrive nella più ampia sfida dell'inclusione sociale che, secondo lo schema della Missione 5 del Piano, dovrebbe insistere principalmente sulle politiche per il lavoro, su infrastrutture sociali, famiglie, comunità, terzo settore, nonché sugli interventi speciali per la

³⁰ È stato evidenziato, in modo piuttosto dettagliato, come lo sviluppo sostenibile sia un obiettivo persistente in ogni Missione del PNRR. Cfr. B. G. MATTARELLA (a cura di), *Il governo dello sviluppo sostenibile*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 315-446.

³¹ M. LAZZERONI, P. ZAMPERLIN, *Tecnologie 4.0 tra dinamiche di sviluppo e disuguaglianze territoriali in Italia* in A. M. BANTI, M. LAZZERONI (a cura di), *La quarta rivoluzione industriale tra opportunità e disuguaglianze*, FrancoAngeli, Milano, 2022, p. 89. Secondo le autrici vi è il rischio che l'impostazione top-down, su cui si basano le linee d'intervento del Piano e lo sviluppo di progettualità locali, eventualmente co-finanziate, possano «premiare i soggetti e i territori più proattivi e innovativi e aumentare i divari socio-spaziali, aumentando lo scontento e la percezione di alcuni luoghi di essere tagliati fuori dalle dinamiche di sviluppo nazionali».

³² G. ORIENTALE CAPUTO, G. VIESTI, *Il PNRR e le disuguaglianze italiane: potenzialità e criticità*, cit., pp. 205-213. Vi è chi spera che il Pnrr riesca, attraverso il piano di riforme ed investimenti destinati al Mezzogiorno, «a ri-dare una forma concreta e attuale all'unità nazionale», magari evitando la replicazione di scenari meramente assistenzialistici, ma realizzando «le condizioni di "autonomia" del Sud dallo Stato», da A. POGGI, *Il PNRR come possibile collante dell'unità repubblicana? (riflessioni in margine al regionalismo e al divario Nord-Sud)* in «Le Regioni», 1-2, 2021, p. 201.

coesione territoriale. Sono queste le componenti funzionali che contribuiscono, nella triplice declinazione della «parità di genere, età (giovane e avanzata) e disabilità», a delineare «obiettivi da mettere a segno» ed a stimolare «processi di inclusione orizzontali, olistici [...] inclusivi della persona nella sua interezza oltre, dunque, il sesso, l'età e la sua condizione fisica. Si prestano ad essere, in altri termini, efficaci leve dell'inclusione»³³.

Il Pnrr nella sua interezza e, più puntualmente, grazie ad alcune Missioni come “Rivoluzione verde e transizione ecologica”³⁴ ed “Inclusione e coesione”, costituisce un'opportunità unica per incidere realmente, come non è mai stato possibile accadesse precedentemente, sui prevalenti paradigmi di business e di vita, inducendo ad un superamento dei modelli socioeconomici impostisi fino ad oggi. In effetti, sono stati individuati, all'interno del Piano, principi, risorse, obiettivi sulla base dei quali il mercato, inteso come luogo intrinsecamente politico ed incapace di esistere al di fuori delle decisioni politiche e delle scelte legislative³⁵, potrebbe essere modellato, a partire proprio dal non trascurabile ruolo che il diritto rivestirebbe nella determinazione delle «attività condotte dalle imprese e nei mercati»³⁶. Va opportunamente specificato, però, che non si è in presenza di un intervento di politica economica fatto di «divieti e obblighi perentori e definitivi», bensì di un piano di «incentivazione e sensibilizzazione»³⁷ alle grandi

³³ C. CAFIERO, *Diversità e inclusione. Gli impatti sull'organizzazione del lavoro in azienda e le regole per la certificazione per la parità di genere*, Giuffrè, Milano, 2023, pp. 9-12.

³⁴ Per un approfondimento: G. URBANO, *Lo sviluppo sostenibile nella Missione 2 del PNRR* in B. G. MATTARELLA (a cura di), *Il governo dello sviluppo sostenibile*, cit., pp. 351-372; F. SILVESTRI, D. LEPORE, F. SPIGARELLI, L. RUBINI, *Transizione ecologica nel pnrr: alcune riflessioni sui processi di cambiamento e innovazione*, cit., pp. 406-417.

³⁵ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998, p. 82.

³⁶ R. H. COASE, *Impresa, mercato e diritto*, il Mulino, Bologna, 1995, p. 45.

³⁷ C'è chi, come il filosofo del diritto Andrea Porciello ritiene che, soprattutto in relazione alla crisi ambientale, «il tempo di incentivazione ha anch'esso superato il suo *tipping point*, il suo punto di non ritorno» e «le soglie di tollerabilità ambientali» dovrebbero essere trasformate «in invalicabili divieti giuridici» per tentare di fermare l'inarrestabile «corsa del treno» verso il punto di non ritorno del degrado ecologico. Cfr. A. PORCIELLO, *Filosofia dell'ambiente. Ontologia, etica, diritto*, Carocci, Roma, 2022, p. 113. Posizione analoghe sembrerebbe aver assunto, in relazione al problema delle disuguaglianze, il Premio Nobel per l'economia Joseph Stiglitz, il quale, in occasione del Festival nazionale dell'Economia civile tenutosi recentemente a Firenze, ha sostenuto che per ridurre le «disuguaglianze ereditarie, di tipo finanziario e nel capitale umano» e soprattutto le disuguaglianze legate all'esercizio di quei poteri – «monopoli, sfruttamenti, discriminazioni» – che hanno reso i mercati tutt'altro che competitivi, vi sia un rimedio «abbastanza ovvio: dobbiamo avere leggi più forti per fermarle». Cfr. *Stiglitz: le disuguaglianze*

questioni ecologiche e sociali, sulla cui efficacia trasformativa bisognerebbe cautamente confidare.

Ci si affiderebbe, difatti, in questa circostanza, ad un ritrovato equilibrio tra politica ed economia dovuto ad un vincolo esterno, costituito dai dettami del *Next Generation Eu*, che non sembrerebbe favorire una spoliticizzazione della dimensione economica (assodato che anche nelle scelte di non intervenire direttamente nell'economia si celi il «massimo di politicità»), ma sembrerebbe consentire, proprio attraverso il Pnrr, un'armonizzazione con i vincoli costituzionali interni così da proteggere e consolidare il compromesso, sempre instabile, tra democrazia e capitalismo; il vincolo esterno, in tal caso, consentirebbe di rafforzare elementi costitutivi del nostro stato costituzionale³⁸ come welfare, democrazia rappresentativa, inclusione sociale, tutela ambientale.

Vi è una fiducia che pervade il nostro Piano: al nostro Paese basterebbe solo una spinta riformista verso la semplificazione e l'efficienza, poi, al cambiamento di cui si necessita, sarebbero gli attori presenti sul mercato a provvedere³⁹.

3. L'“oasi di fraternità”: in che senso? Come si è tentato di ritrarre sino a questo punto, l'attuazione del Pnrr potrebbe rappresentare un punto di svolta per ripensare profondamente il futuro della società del nostro Paese.

Bisogna, tuttavia, constatare come, attraverso questo Piano, ci si ponga, in modo tangibile, nella direzione di un ripensamento delle «modalità di interazione tra pubblici poteri e sfere individuali» poiché ci si propone di contribuire, nei prossimi anni, al cambiamento della società e dell'economia, affrancandosi da anacronistiche e paternalistiche pretese, da parte dei poteri pubblici, «di dover provvedere» alla felicità e al benessere delle persone tutte o

esplodono. Per fermarle facciamo leggi più forti, sabato 30 settembre 2023, disponibile su: www.avvenire.it.

³⁸ Per un approfondimento sul tema: F. SAITTO, *Alcune osservazioni preliminari intorno al Next Generation EU* in D. DE LUNGO, F. S. MARINI (a cura di), *Scritti costituzionali sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., pp. 183-188. L'intrinseca politicità del mercato determina che anche «l'abbandono degli affari al puro gioco degli interessi individuali» costituisca, pur sempre, «una decisione ed una scelta» (politica). Cfr. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 82.

³⁹ Cfr. G. VIESTI, *Un piano per rilanciare l'Italia?*, in «il Mulino», 2, 2022, pp. 23-38.

alla correzione di condotte non più sostenibili, ma ammettendo la possibilità di un condizionamento compatibile con «la libertà delle scelte individuali». Il Pnrr sembrerebbe cogliere in pieno la scommessa del «“paternalismo libertario”» – quel modello che più di altri contempererebbe l’esigenza del lasciar fare, lasciar scegliere dei cittadini con l’intervento ordinatore dello Stato – tentando di «conciliare l’orientamento pubblico dell’azione individuale con l’autonomia morale del cittadino»⁴⁰, del consumatore, dell’impresa.

Proprio le imprese, nel tempo in cui «i valori economici sembrano eminentemente prevalere e pesare su tutti gli altri», potrebbero essere incentivate dalle prescrizioni del Piano ad ulteriori sforzi di coordinamento del principio “*oeconomico*” della ricerca dell’utile e del profitto con un «sistema di valori morali autonomi rispetto all’economia», nella piena garanzia della tutela dei valori universali della persona umana e nella progressiva realizzazione del «principio della preminenza dell’uomo sulla materia economica»⁴¹.

Del resto, le ingenti risorse stanziare dal PNRR potrebbero avere un impatto determinante sulla produzione delle imprese, ma soprattutto sullo sviluppo delle numerosissime piccole e medie imprese che caratterizzano il nostro tessuto economico⁴². Le imprese sono chiamate, senza dubbio, ad essere protagoniste indiscusse della pianificazione, non solo perché, attraverso la loro rappresentanza, sono partecipi ai processi di «*governance* del Piano», quanto più per la destinazione, ad esse, diretta o indiretta, di determinati provvedimenti o progetti. Particolarmente interessante, tuttavia, sembrerebbe essere il ruolo

⁴⁰ A. PUNZI, *Diritto certezza sicurezza*, cit., pp. 125-126.

⁴¹ L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economia* (1963), ora in Id., “*Diritto e valori*”, Bologna, il Mulino, 1985, pp. 156-157

⁴² Papa Francesco ritiene che affrontare con decisione il problema dell’economia reale consenta di diversificare e migliorare la produzione, di rendere più adeguato il funzionamento delle imprese, di sviluppare le piccole e medie imprese affinché possano creare più occupazione. Cfr. PAPA FRANCESCO, *Laudato si’*. *Enciclica sulla cura della casa comune*, San Paolo, Città del Vaticano, 2015, pp. 168-169.

dell'impresa come partner fondamentale della pubblica amministrazione nella corretta ed efficiente attuazione delle misure del Piano⁴³.

È in atto, dunque, la possibilità che il raggiungimento di quegli ambiziosi obiettivi di inclusione sociale e transizione ecologica – determinanti per ridisegnare l'economia nazionale – avvenga attraverso modalità d'azione di strutturale collaborazione tra imprese, pubbliche amministrazioni, istituti di ricerca e cittadini, tutti attori di un'economia circolare, più umana e sostenibile, impegnati a rispondere sinergicamente alle sfide ambientali e sociali senza compromettere la competitività del sistema economico e dei livelli occupazionali⁴⁴. Una indagine di Unioncamere ha però evidenziato come, nel 2022, solo il 30% del sistema produttivo italiano (con percentuali molto più elevate per la piccola e media impresa) fosse pronto a recepire le opportunità destinate dal PNRR alla transizione ecologica e digitale delle imprese⁴⁵. Fortunatamente si tratta di una situazione in graduale miglioramento, posta la consapevolezza, ormai generalizzata, che le imprese, nella prospettiva del Piano, debbano essere necessariamente coinvolte «nel sistema di politiche attive e di riattivazione del mercato», stimolate, per certi versi, dal «richiamo delle istituzioni comunitarie a una responsabilizzazione diffusa e non più (solo) del singolo»⁴⁶.

Si pensi, tra gli innumerevoli esempi che si potrebbero addurre, alla responsabilizzazione delle imprese ad «adottare politiche per la riduzione degli svantaggi di genere (carriera, retribuzione, tutela maternità e gestione delle differenze)», alla creazione delle imprese femminili⁴⁷, all'incentivazione a cooperare con le istituzioni, la società civile, le comunità locali, gli enti *non profit* con «l'obiettivo di migliorare il progresso ambientale, economico, sociale e

⁴³ Si veda: *Il Piano Nazionale di ripresa e resilienza: opportunità e sfide per le imprese*, dicembre 2022, pp. 2-4, disponibile su: <https://www.programmazioneeconomica.gov.it/il-piano-nazionale-di-ripresa-e-resilienza-opportunita-e-sfide-per-le-imprese/>.

⁴⁴ M. COCCONI, *La regolazione dell'economia circolare. Sostenibilità e nuovi paradigmi di sviluppo*, Franco Angeli, Milano, 2020, pp. 15-23.

⁴⁵ *Il Piano Nazionale di ripresa e resilienza: opportunità e sfide per le imprese*, cit., p. 10.

⁴⁶ C. DI CARLUCCIO, M. ESPOSITO, *Attivazione, inclusione e condizionalità nel PNRR* in «Lavoro e diritto», 2, 2023, p. 282.

⁴⁷ G. CAVALCA, *Le politiche del lavoro nel Pnrr: urgenza, ambizioni e rischi* in «Autonomie locali e servizi sociali», 2, 2022, p. 304.

culturale delle aree urbane»⁴⁸ o di avviare, come nel caso dei cd. Patti Territoriali per il Lavoro e per il Clima, «processi e metodi democratici e progettuali» atti a creare competenze di qualità ed opportunità di lavoro, «convertendo l'urgenza dell'emergenza climatica, sanitaria, economica e sociale in corso in un grande movimento» di partecipazione, coesione, innovazione⁴⁹.

Alla luce di tutto ciò, il PNRR sembrerebbe, in qualche modo, stimolare la riattivazione di azioni responsabili da parte degli imprenditori e, nondimeno, dei cittadini comuni per realizzare «una vera giustizia nell'economia»⁵⁰. Sarebbe questo un primo significativo risultato di uno strumento giuridico che evita di «colonizzare sempre e ad ogni costo l'intimità» degli individui e lascia «spazio alla "sovranità" di ognuno su sè stesso: non la sovranità centralistica di uno Stato [...], ma quella di ognuno sulla propria vita, nella consapevolezza che forse lì è più vicino lo spazio condiviso della solidarietà»⁵¹.

L'economia nuova e sostenibile, alla cui costruzione ambisce il Piano Nazionale, è un'economia ripensata in «un'ottica di fraternità» che non si realizza attraverso l'imposizione di norme di politica sociale, ma si affida alla determinazione di «assetti sociali ed economici ispirati ad un principio di

⁴⁸ B. ACCETTURA, *Pnrr e diritti sociali: una nuova declinazione del diritto all'abitazione. Il paradigma della rigenerazione urbana* in «Società e diritti», 15, 2023, pp. 231-240. In merito al tema della cura condivisa e del co-sviluppo degli spazi urbani si evidenziano le condivisibili suggestioni di Christian Iaione, sulla scorta delle quali si potrebbe intravedere, in alcune misure del Pnrr votate alla rigenerazione urbana, proprio quei «nudges (i.e. misure amministrative incentivanti) o, ancora meglio *quelle* politiche di responsabilizzazione dei cittadini (*e delle imprese*) verso la cura dell'interesse generale e quindi dei beni comuni» (corsivo mio) in C. IAIONE, *La città come bene comune* in «Aedon. Rivista di arti e diritto online», 1, 2013.

⁴⁹ F. BUTERA, *Il PNRR per rigenerare le organizzazioni italiane nella transizione ecologica e digitale* in «Techne», 23, 2022, pp. 31-33. Nei tempi nuovi, inaugurati dal PNRR, si dovrebbe assistere ad «una spontanea collaborazione di tutti i soggetti, pubblici o privati che siano, per far funzionare le proprie competenze e per far valere le responsabilità assegnate nell'interesse di tutti» in A. DIOTALLEVI, *Pubblico e privato, insieme, per far funzionare il PNRR* in «Democrazia e Diritti Sociali», 1, 2021, p. 101.

⁵⁰ A. PUNZI, *La convenienza del bene. Mercato, informazione e persuasione nella Caritas in veritate* in S. GRAZIADIO (a cura di), *Etica lavoro mercato. La Caritas in veritate*, Aracne, Roma, 2011, p. 54.

⁵¹ E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 134. Si è parlato, in relazione alla diade fraternità-solidarietà di «slittamento semantico». Difatti, «per recuperarne la forza, e per conferirle effettività, la fraternità è descritta come "solidarietà"». Cfr. S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 25.

corresponsabilità»⁵². Ma la corresponsabilità si fa davvero possibile solo quando l'“io” inizia a fiorire nel “noi” e rende pensabili nuovi assetti di *governance* in cui gli attori siano capaci di mobilitarsi, confrontarsi, «individuare obiettivi comuni mediando i propri interessi», coltivare la reciprocità e la condivisione per arrivare a generare valore, il frutto di un'azione finalmente collettiva e responsabile⁵³.

Sono queste, secondo Edgar Morin, «oasi di fraternità», ovvero «luoghi di un'economia solidale, luoghi del disinquinamento e della detossificazione delle vite, e dunque luoghi di vita migliore, e al contempo luoghi di solidarietà e di fraternità»⁵⁴. Proprio all'interno di tali oasi – in cui è sventato «il pericolo di desertificazione del senso, delle risorse, della stessa vita» e si lavora, «in spirito di cooperazione anche tra stili di pensiero differenti, all'edificazione di un nuovo umanesimo»⁵⁵ – andrebbe a collocarsi un'impresa che sembrerebbe incentivata, dalle misure del PNRR, ad essere sempre più solidale per sé e per la società⁵⁶. È un'impresa che è chiamata ad uscir fuori dall'«insularità» del «proprio esclusivo interesse», dal solco del perseguimento del profitto ed a porsi al centro dello

⁵² A. PUNZI, *La convenienza del bene. Mercato, informazione e persuasione nella Caritas in veritate*, cit., p. 55. Per realizzare una economia fraterna bisogna affidarsi «oggi alle nuove generazioni, in particolare alle giovani donne, colore che hanno più coraggio di curare e cambiare. [...] la fratellanza è l'etica sociale necessaria per rendere possibile l'impossibile» in M. IUFFRIDA, *#fraternitas. L'etica economica francescana*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2021, p. 178. Si veda anche: O. BAZZICHI, *Economia fraterna*, Orbis edizioni, Torino, 2020, pp. 17-65.

⁵³ M. MIRABELLI, V. FORTUNATO, A. M. ARTILES, *Globalizzazione, disuguaglianze e nuovi approcci verso un modello di capitalismo sostenibile* in «Società e Mutamento Politica», 13(25), 2022, p. 28.

⁵⁴ E. MORIN, *La fraternità perché? Resistere alla crudeltà del mondo*, Ave, Roma, 2021, p. 46. Le reti socioassistenziali, promosse dal PNRR attraverso le risorse delle Missioni n. 5 e n. 6, costituirebbero vere e proprie “oasi di fraternità”, in cui gli Enti del Terzo Settore ed altri corpi intermedi operano sui territori offrendo sostegno ai soggetti più fragili e creando «luoghi di aggregazione sociale fondati sullo spirito di solidarietà» in A. PATANÈ, *Enti del Terzo Settore e principio di solidarietà. Le opportunità del PNRR per rigenerare una rete a sostegno della società* in «Società e Diritti», 15, 2023, pp. 61-62.

⁵⁵ A. PUNZI, *La convenienza del bene. Mercato, informazione e persuasione nella Caritas in veritate*, cit., p. 61.

⁵⁶ L'attività economica orientata al principio di solidarietà deve necessariamente tener conto dei «molteplici aspetti che attengono tanto a quella che possiamo definire solidarietà nell'impresa, quanto a quella definibile solidarietà dell'impresa». Nel primo caso, ci si riferisce ad una solidarietà relativa ai «rapporti interni di un'attività economica» (tra imprenditore e lavoratori o tra lavoratori stessi), «che sebbene possano generare effetti positivi sulla società, non ne sono il primo fine»; nel secondo caso, si tratterebbe di «un agire solidale dell'attività d'impresa» che generi «un'utilità sociale», degli effetti positivi verso l'esterno, nei confronti della società tutta. Cfr. B. BERTARINI, *Il principio di solidarietà tra diritto ed economia. Un nuovo ruolo dell'impresa per uno sviluppo economico inclusivo e sostenibile*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 120-121.

spazio pubblico per cooperare con altri attori sociali, in uno spirito di fiducia reciproca e co-responsabilità «di fronte al mondo ed alla storia»⁵⁷.

Innanzitutto un dramma, quello pandemico, che ha lasciato una ferita profonda nella storia del mondo e dell'Italia, si è raggiunta una consapevolezza permeata anche nel nostro Piano di Ripresa e Resilienza: nessuno, nemmeno le imprese, potranno più continuare ad avanzare sui sentieri dell'egoismo, con «così miope ottimismo» o con tale indifferenza alla contemporanea crisi sociale ed economica⁵⁸.

Le crisi esigono risposte precise, salti qualitativi, rendono necessaria «una decisione, il coraggio di un cambiamento di rotta, la capacità di affrontare il rischio e giocare d'azzardo: questo significano le innovazioni» che dovrebbero essere introdotte dagli imprenditori, affinché si riesca, eroicamente, ad emergere «dalla routine del quotidiano» ed a determinare un cambiamento dell'economia⁵⁹.

Non è casuale che “*Digitalizzazione, innovazione e competitività nel sistema produttivo*” e “*Dalla ricerca all'impresa*” costituiscano due Componenti funzionali del PNRR, destinate a sostenere fortemente quella capacità imprenditoriale, talvolta un po' sopita, di innovare, di tornare a «gettare un ponte tra i luoghi in cui si produce la conoscenza e i luoghi in cui essa viene applicata»⁶⁰.

Sarà forse il ritrovamento di questa capacità di innovazione, da parte delle imprese, a risolvere la crisi, a porre realmente un argine alla deriva

⁵⁷ B. PASTORE, *Pluralismo, fiducia, solidarietà. Questioni di filosofia del diritto*, Carocci, Roma, 2007, pp. 132-137

⁵⁸ V. RÖPKE, *Al di là dell'offerta e della domanda. Verso un'economia umana*, a cura di D. Antiseri, F. Felice, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2015, p. 18.

⁵⁹ L. BAZZICALUPO, *Il governo delle vite. Biopolitica ed economia*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 96.

⁶⁰ S. ZAMAGNI, *Impresa responsabile e mercato civile*, il Mulino, Bologna, 2013, p. 149. «L'azione dell'imprenditore innovatore non sta nel potere di applicare dei risultati del progresso scientifico-tecnologico, ma è ben più strutturale, dal momento che i nuovi salti tecnologici-organizzativi hanno assai poco di puramente scientifico o tecnico. Sono piuttosto funzione di vasti programmi di ricerca scientifica, orientati attraverso un'adeguata trasformazione degli istituti, degli organi di ricerca, e tramite investimenti che implicano la scommessa aleatoria sui risultati. La tecnoscienza ha spezzato il cerchio della sua autonomia – l'aura di sapere/verità – ed è divenuta essa stessa valore, cioè orientamento pratico e inter-esse, e, per questa via, innovazione, dispositivo o fattore innovativo. Sono questi dispositivi tecnoscientifici, integrati nel processo produttivo, che realizzano l'energia creativa per la trasformazione» in L. BAZZICALUPO, *Il governo delle vite. Biopolitica ed economia*, cit., p. 98.

socioeconomica? Certamente sarà l'occasione di farsi più consapevoli che è giunto davvero il momento di superare la contrapposizione «tra interesse proprio e bene comune», mettendo in pratica condotte «moralmente responsabili»⁶¹, facendosi imprese più attente alla persona umana, capaci di alzare «l'asticella della solidarietà orizzontale»⁶² e votarsi a significative esperienze di «lucro sostenibile»⁶³.

Così anche l'impresa, a dispetto di talune «regressioni etiche» in atto, potrebbe farsi promotrice della «costituzione di queste oasi». Le «oasi di fraternità» – sorte per iniziativa di un *homo oeconomicus* che, uscito dall'insularità del proprio egoismo, approdi ad «isolotti di vita altra» – sono la vera scommessa del futuro: o resteranno, qualora la bufera della regressione continui a imperversare, «isolotti di resistenza della fraternità» o, più auspicabilmente, potrebbero diventare «punti di partenza per una fraternità più generalizzata»⁶⁴ in una economia riformata.

⁶¹ S. ZAMAGNI, *Responsabili. Come civilizzare il mercato*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 114.

⁶² G. D. MOSCO, *Sussidiarietà orizzontale, imprese, burocrazia*, in «Analisi Giuridica dell'Economia», 1, 2020, p. 28.

⁶³ G. OLIVIERI, F. VELLA, G. D. MOSCO, Editoriale, in «Analisi Giuridica dell'Economia», 1, 2022, p. 6.

⁶⁴ E. MORIN, *La fraternità perché? Resistere alla crudeltà del mondo*, cit., p. 53.



Selective corporate bankruptcy, mass torts, and Italy's PNRR
di **SALVATORE SALTARELLI**

SUMMARY: 1. THE JOHNSON & JOHNSON CASE. – 2. TEXAS'S DIVISIVE MERGER. – 3. DEBTOR'S FINANCIAL DISTRESS AND GOOD FAITH. DIRECTORS' DUTY OF GOOD FAITH AND ITS IMPLICATIONS. – 4. THE INTERESTS AT STAKE AND THE NEED FOR LEGISLATIVE INTERVENTION – 5. SCISSIONE AND CLASS ACTIONS UNDER ITALIAN LAW: RECENT DEVELOPMENTS AND FUTURE PROSPECTS.

Abstract

Nell'ambito della responsabilità civile c.d. di massa, grandi *corporation* statunitensi hanno utilizzato in maniera creativa strumenti del diritto societario e delle procedure concorsuali per accedere a strumenti di composizione della crisi con patrimoni separati creati *ad hoc*.

Particolare attenzione ha destato la strategia di *Johnson & Johnson*, la quale, investita da molte azioni per danni derivanti da un prodotto al talco, ha eseguito un *divisive merger* ai sensi della legge statale del Texas (operazione accostabile alla scissione di diritto italiano, ma priva del regime di responsabilità solidale di cui all'art. 2506-quater, 3° comma, c.c.). All'esito dell'operazione, le passività connesse ai prodotti oggetto di contenzioso sono state assegnate ad una specifica beneficiaria, insieme a determinate attività. La stessa beneficiaria ha quindi presentato domanda di ammissione a procedura di *reorganization* ai sensi del *Chapter 11*, proponendo un accordo ai creditori da votare a maggioranza e sulla base del quale gli stessi sarebbero stati soddisfatti con somme e procedure prestabiliti attraverso un *trust* creato a tale scopo, perdendo il diritto di agire individualmente in giudizio.

Si tratta di un utilizzo anomalo della *reorganization* da parte di una società che non versa in stato attuale di crisi, ma crea una controllata facendola nascere allo scopo di accedere alla procedura. Operazioni simili sono state compiute anche da altre grandi *corporations*. Le corti hanno espresso opinioni divergenti sul ricorrere, in tali casi, dei requisiti di buona fede e *financial distress* richiesti dalla normativa.

Occorre considerare che le attività di produzione di farmaci, particolarmente esposte a questo tipo di rischi, sono anche altamente profittevoli. Nei Paesi, come negli Stati Uniti, dove il prezzo di molti farmaci è determinato dal mercato, è ragionevole pensare che le società produttrici incorporino i rischi dei contenziosi nei prezzi così determinati, "spalmandoli" già sull'utenza. Pertanto, è opinabile che le stesse debbano avere un trattamento preferenziale quando si tratta di accertare i requisiti di accesso a procedure concorsuali.

In ogni caso, il rilievo crescente della produzione su larga scala di prodotti potenzialmente rischiosi richiede un intervento legislativo per meglio regolare le procedure volte ad accertare la responsabilità dei produttori

1. The *Johnson & Johnson* case. To manage widespread litigation about one of its products, can a company:

- 1) divide itself, assigning the related liabilities to a newco (together with predetermined assets); and
- 2) have this newco file for reorganization under bankruptcy law, thus:

- a) Solving the alleged mass tort with a settlement that would become binding on all claimants (present and future) after being approved by a majority of present claimants; and
- b) Continuing operating its business through another company resulting from the division, shielding productive assets from the claims at stake?

Johnson & Johnson Consumer Inc., a US *corporation* of the Johnson & Johnson group, has marketed for decades products known to the general public, including Band-Aid, Tylenol, Aveeno, Listerine and Johnson's Baby Powder¹. This last product, a talc powder for girls and boys, has been at the center of disputes for years. Since 2010, lawsuits have been brought by users who claimed to have contracted serious diseases as a result of using the powder, which allegedly contains traces of asbestos that could lead to ovarian cancer and mesothelioma². In 2016, in Missouri, a claimant with ovarian cancer obtained a verdict from a jury condemning the pharmaceutical company to \$72 million, including punitive damages³. The trial court's judgment was later reversed on appeal based on a jurisdiction issue⁴, but in the meantime, lawsuits against J & J had started to increase exponentially. In 2016, the *Financial Times* reported that around 500 similar disputes were pending: four years later, the number was 25,000⁵.

In 2018, another jury verdict (the *Ingham* verdict) in the state of Missouri sentenced J & J to pay 4.7 billion dollars to a group of 20 women with ovarian

¹ *In re LTL Mgmt., LLC*, No. 22-2003, 2023 WL 1098189 (3d Cir. 2023).

² C. HU, *Court Rejects Johnson & Johnson's Use of the "Texas Two-Step" to Tackle Baby Powder Liability*, in *U. Chi. Bus. L. Rev.*, 2023, online edition, <https://businesslawreview.uchicago.edu/online-archive/court-rejects-johnson-johnsons-use-texas-two-step-tackle-baby-powder-liability>, p. 1 et seq.. See also the cases cited in *In re LTL Mgmt., LLC*, 637 B.R. 396 (Bankr. D.N.J. 2022), par. I.

³ A copy of the Missouri Jury's verdict can be found at <https://www.beasleyallen.com/wp-content/uploads/talcum-powder-lawsuit-fox-v-johnson-and-johnson-verdict-form.pdf>.

⁴ *Estate of Fox v. Johnson & Johnson*, 539 S.W.3d 48 (Mo. Ct. App. 2017). Related news caught the attention of the press: see for example https://www.reuters.com/article/us-johnson-johnson-cancer-lawsuit-idUSKBN1CM2IF_.

⁵ M. TINDERA, J. SMYTH, *Best of: Inside Johnson & Johnson's bankruptcy two-step*, *Financial Times*, May 31, 2023, available at: <https://www.ft.com/content/aae0a7f0-ad08-437d-adba-3fa883b5be66>.

cancer⁶. The amount was halved on appeal: in any case, claimants ended up being awarded more than 2 billion dollars⁷.

Such controversies are long and complex, and their outcomes are highly uncertain. It is not easy, in fact, to establish causation between the use of powder and the onset of the disease: the very presence of asbestos in the product and its quantities is still the subject of controversy and a federal investigation⁸. At present, the company claims that it has won more disputes than it has lost⁹; however, the number of cases has kept increasing together with related legal expenses¹⁰. While continuing to deny any wrongdoing allegation, Johnson & Johnson has announced the end of commercialization of talc-based Baby Powder in the United States and Canada, starting from 2020; and all over the world, starting from 2023¹¹.

After the Supreme Court declared the appeal against the *Ingham* judgment inadmissible¹², the pharmaceutical company adopted a new strategy based on the unconventional use of bankruptcy procedures.

2. Texas's divisive merger. The company that had marketed the talc-based products and held the related assets and liabilities, Johnson & Johnson Consumer Inc., completed a divisive merger under Texas law¹³. The *divisive merger* is comparable to the Italian “*scissione*”: at least in the simplest case, the

⁶ *Ingham v. Johnson & Johnson*, No. 1522-CC10417-01 (Mo. CIR. CT. 2018).

⁷ *Ingham v. Johnson & Johnson*, 608 S.W.3d 663 (Mo. CT. App. 2020).

⁸ L. GIRION, *Johnson & Johnson knew for decades that asbestos lurked in its baby powder*, <https://www.reuters.com/investigates/special-report/johnsonandjohnson-cancer/>. More generally on the links between Johnson & Johnson and asbestos-related cases, see information at: <https://www.asbestos.com/companies/johnson-johnson/>.

⁹ A statement that is also referred to in Court opinions: see *In re LTL Mgmt., LLC*, No. 22-2003, cit.

¹⁰ *ID.*, p. 21, acknowledging costs related to such disputes in the order of several billion dollars.

¹¹ See <https://www.cnbc.com/2022/08/11/jj-to-stop-selling-talc-based-baby-powder-globally-in-2023.html>.

¹² *Ingham v. Johnson & Johnson*, 608 S.W.3d 663 (Mo. CT. App. 2020), cert. denied, No. 20-1223, 141 S. Ct. 2716 (2021).

¹³ Corporate governance matters are normally a matter of state law: see S. BAINBRIDGE, *Corporate Law*, St. Paul MN, Foundation Press, 2015, p.8: «Corporate governance matters are controlled by the law of the state of incorporation». On the other hand, insolvency is regulated at the federal level, given the powers attributed to Congress by the Constitution (art. I, sect. 8). See the U.S. Code: Title 11.

original company assigns its assets and liabilities to new entities and ceases to exist, while its original shareholders are assigned shares in the new entities¹⁴.

By its divisive merger, Johnson & Johnson Consumer Inc. ceased to exist established two new companies¹⁵:

- A limited liability company called LTL Management LLC
- A new corporation called Johnson & Johnson Consumer Inc.

The first company was assigned all liabilities and obligations arising from talc-related damage claims by third parties¹⁶. The same company received several assets, as well as the right to receive from the new Johnson & Johnson Consumer Inc. and its parent company Johnson & Johnson financing “to... fund a trust, created in a reorganization plan, to address the responsibilities related to talc for the benefit of existing and future actors”¹⁷. The purpose of the trust was precisely to resolve disputes by offering claimants pre-determined sums payable on the exhibition of the documents listed in the plan, thereby avoiding costly judicial procedures¹⁸. All claimants that would be able to submit the documents required by the plan would be entitled to compensation according to pre-determined schemes¹⁹.

The second company, Johnson & Johnson Consumer Inc., on the other hand, was assigned all the remaining assets of the previously existing company, including the various productive branches²⁰.

¹⁴ *Texas Business Organizations Code* 1.002(55)(A). Full text of the legislation available at the following address: <https://statutes.capitol.texas.gov/Docs/BO/htm/BO.1.htm>.

¹⁵ See, for more details on the specific reorganization procedure, the Court’s opinion in *In re LTL Mgmt., LLC*, No. 22-2003, cited above, p. 24.

¹⁶ *ID.*, p. 25.

¹⁷ *ID.*, p. 26.

¹⁸ See the reorganization plan, available on the online [database](https://dm.epiq11.com/case/ltl/info) <https://dm.epiq11.com/case/ltl/info>, Docket n. 525, p. 27 ss.

¹⁹ *ID.*

²⁰ *In Re LTL Mgmt., LLC*, No. 22-2003, cit., p. 26.

The peculiarity of Texas's divisive merger is that each new entity is solely responsible for all the liabilities that it receives²¹. Unlike in the Italian *scissione*²², no liability exists for such debts on the side of the other new companies involved. Creditors harmed by the divisive *merger* have the sole opportunity to challenge the transaction in court as a fraudulent transfer²³.

On October 14, 2021, two days after the transaction became effective²⁴, LTL, the company holding talc liabilities, initiated a reorganization procedure according to Title 11, Chapter 11, U.S.C. (comparable to the Italian *concordato preventivo*): such a procedure allows debtors in distress to file far-reaching reorganization plans and have their creditors vote on them²⁵. The opening of the reorganization had the effect of halting individual lawsuits brought by talc claimants against the J&J group²⁶.

By virtue of the divisive merger, talc-related liabilities were therefore segregated into a new subsidiary, which immediately initiated the *Chapter 11* procedure and benefited from the related automatic stay. At the same time, the overwhelming majority of the assets held by the original company remained

²¹ See *Texas Business Organizations Code* 10.008(A)(4): «When a merger takes effect... each surviving or new domestic organization to which a liability or obligation is allocated under the plan of merger is the primary obligor for the liability or obligation, and, except as otherwise provided by the plan of merger or by law or contract, no other party to the merger, other than a surviving domestic entity or non-code organization liable or otherwise obligated at the time of the merger, and no new domestic entity or non-code organization created under the plan of merger is liable for the debt or other obligation».

²² Art. 2506-*quater* c.c.: «Ciascuna società è solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico.» For further analysis and case references, see for example A. BUSANI, F. URBANI, *Operazioni straordinarie: la scissione*, in *Società*, 2017, p. 1408 ss.

²³ M.A. FRANCUS, *Texas Two-Stepping Out of Bankruptcy*, 120 *Mich. L. Rev.* 38 (2022), p. 43 et seq., <https://michiganlawreview.org/texas-two-stepping-out-of-bankruptcy/>. See also *In Re LTL Mgmt., LLC*, No. 22-2003, cited above, p. 53, footnote 18. State laws protecting creditors' rights (such as the *Texas Uniform Fraudulent Transfer Act*, the text of which can be found at: <https://statutes.capitol.texas.gov/Docs/BC/htm/BC.24.htm>) may apply. In the context of bankruptcy, federal laws provide for a special discipline: see 11 U.S. Code § 548.

²⁴ As noted in *In re LTL Mgmt., LLC*, No. 22-2003, cited above, p. 27.

²⁵ See K. CLARKSON, R. MILLER, F. CROSS, *Business Law: Text and cases*, 13th ed., Cengage, Boston, 2015, p. 608 et seq.; D. BAIRD, *The Elements of Bankruptcy*, 7th ed., Foundation Press, St. Paul, 2022, p. 218 et seq; <https://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcy-basics/chapter-11-bankruptcy-basics>

²⁶ 11 U.S.C. § 362(a) See D. BAIRD, *The elements of bankruptcy*, cit., p.203 et seq.; J.R. GRAHAM, *Institutional capture: why we're overdue for a new Bankruptcy Act*, *NYU Journal of Law & Business*, Vol.19/2, 419 et seq.

isolated in the other entity resulting from the merger²⁷. As mentioned above, the reorganization plan provided for the creation, by LTL, of a trust financed also with the contribution of the parent companies. All assets held in such trust would be devoted to the resolution of talc disputes²⁸. That same trust would distribute fixed sums to claimants, in accordance with verification procedures described in detail in the plan²⁹. Upon approval by a majority of claimants, all those who wished to assert claims for damages related to talc should have done so exclusively against the trust and not against any other subject in the J&J group³⁰.

Some claimants filed a motion to dismiss J&J's plan as it was not initiated in good faith. According to *Chapter 11*, the competent court has the right to dismiss a case "for cause"³¹. But the bankruptcy court rejected the motion, holding:

— that the reorganization plan was worthy of protection as it was able to address damage claims in a better way than a plurality of lawsuits with random outcomes and in many different courts.

— that the risk of so many separate ongoing and future civil lawsuits was sufficient to hold the debtor company in financial distress³².

3. Debtor's financial distress and good faith. Directors' duty of good faith and its implications. On appeal, however, the motion to dismiss was

²⁷ M.A. FRANCUS, *Texas Two-Stepping Out of Bankruptcy*, cit.

²⁸ See the disclosure statement issued by the company at <https://dm.epiq11.com/case/ttl/info>, Docket no. 1009, p. 21 ss. The document refers to the latest version of the plan (2023), but these aspects are common to the 2021 plan.

²⁹ *ID.*, p. 7.

³⁰ *ID.*, p. 64. The possibility of binding unknown, contingent claimants is expressly provided for in laws regarding asbestos-related injuries. See Bankruptcy Code § 524(g). In other cases, it remains a highly debated topic. See L. BAREFOOT, T. KESSLEY, A. MACEY, *Discharge of Mass Tort Liability, Due Process & Illusory Finality in Chapter 11*, Bloomberg Law, Aug. 2022, <https://www.bloomberglaw.com/external/document/X2IVVMOO000000/bankruptcy-professional-perspective-discharge-of-mass-tort-liabi>.

³¹ ¹¹ U.S. Code § 1112(b)(1), «the court shall convert a case under this chapter to a case under chapter 7 or dismiss a case under this chapter, whichever is in the best interests of creditors and the state, for cause unless the court determines that the appointment under section 1104(a) of a trustee or an examiner is in the best interests of creditors and the estate. ». Regarding diverging interpretations of the good faith requirement, see J.R. GRAHAM, *Institutional capture: why we're overdue for a new Bankruptcy Act*, NYU Journal of Law & Business, Vol.19/2, 443 et seq.

³² *In Re LTL Mgmt., LLC*, 637 B.R. 396, cit.

upheld³³. The Court held that LTL was not in such financial distress³⁴ as it is required to file a plan in good faith within the meaning of *Chapter 11*³⁵. The court embraced an interpretation of the financial distress concept that requires a greater degree of immediacy than what LTL demonstrated.³⁶ LTL'S plan described its distress as resulting merely from the *possibility* of a series of costly controversies and unfavorable verdicts³⁷.

According to the court, if the possibility of accessing *Chapter 11* is accorded prematurely, creditors would be disproportionately harmed and unfairly deprived of their rights³⁸. Bankruptcy may be appropriate for dealing with mass civil liability, but only in cases of immediate financial distress³⁹. Instead, the company, considering the intra-group financing agreements⁴⁰, the previous record of cases won⁴¹ or settled⁴², and the possibility of further favorable outcomes in the future, was not in such a distress⁴³ to justify its filing for *Chapter 11* relief⁴⁴.

Following the decision, LTL submitted a new *reorganization plan*. It stated that it had in the meantime reached a preliminary agreement with some 60.000 alleged victims, and that intragroup financing agreements had been amended so that some transfers of resources to LTL were made conditional on its admission

³³ *In Re LTL Mgmt., LLC*, No. 22-2003, cit., p. 24.

³⁴ *ID.*, p. 53.

³⁵ *ID.*, pp. 35, 41.

³⁶ *ID.*, p. 38: Financial distress must not only be apparent, but it must be immediate enough to justify a filing”.

³⁷ *ID.*, p. 38 s.

³⁸ *ID.*, pp. 39; 56: «resort to Chapter 11 is appropriate only for entities facing financial distress. This safeguard ensures that claimants' pre-bankruptcy remedies – here, the chance to prove to a jury of their peers injuries claimed to be caused by a consumer product - are disrupted only when necessary.

³⁹ *ID.*, p. 41.

⁴⁰ Such clauses allowed LTL extensive access to funds from other highly solvent companies in the Johnson & Johnson group. *ID.*, pp. 46, 55.

⁴¹ As Johnson & Johnson acknowledges: see <https://www.jnj.com/johnson-johnson-subsiary-to-appeal-bankruptcy-court-ruling-that-deprived-talc-claimants-of-an-equitable-and-efficient-resolution>.

⁴² *In Re LTL Mgmt., LLC*, No. 22-2003, cit., p.

⁴³ *ID.*, p. 49.

⁴⁴ *ID.*, p. 53 s.

to the *Chapter 11* procedure⁴⁵. However, the motion to dismiss for lack of good faith was reiterated and this time immediately upheld by the Bankruptcy Court⁴⁶. Conforming to the previous appeal decision⁴⁷, and although expressing reserves as to the restrictive interpretation of *distress*⁴⁸, the Bankruptcy Court declared that there was no sufficient financial distress to justify access to *Chapter 11*⁴⁹. The company stated that it would appeal⁵⁰. Meanwhile, individual lawsuits, regardless

⁴⁵ See the *disclosure statement* issued by the company and available at <https://dm.epiq11.com/case/ltl/info>, Docket No. 1009, p.21 et seq.: «The J&J Support Agreement, which the Debtor intends to seek approval of from the Bankruptcy Court, is operative only in the Chapter 11 Case. It obligates J&J to provide the trust funding Holdco is required to provide under the 2023 Funding Agreement under a supported plan, but only if Holdco fails to provide the funding. ...». See W. Organek, *The Dismissal of LTL and What Lies Ahead for Mass Tort Bankruptcy*, <https://hlsbankruptcy.wpengine.com/category/texas-two-step-and-the-future-of-mass-tort-bankruptcy-series/>

⁴⁶ *In re LTL Mgmt., LLC*, No. 23-12825 (MBK), 2023 WL 4851759 (Bankr. D.N.J. 2023).

⁴⁷ The Third Circuit Court opinion cited above (*In re LTL Mgmt., LLC*, No. 22-2003, cited above) has binding precedent authority over the lower Bankruptcy Court.

⁴⁸ *In re LTL Mgmt., LLC*, No. 23-12825 (MBK), 2023 WL 4851759 (Bankr. D.N.J. 2023): «The Third Circuit mandated that the Debtor's financial distress must be "immediate", "imminent" and "apparent"; the Circuit further advanced that "an attenuated possibility standing alone" regarding a bankruptcy filing does not establish good faith. ... One can view the Third Circuit's ruling as being somewhat at odds with a pro-active approach to trouble. When one smells smoke, the wise course of action is to get out of the house and call for help. However, as it stands now, in gauging financial distress, observing smoke may not be enough—one must see flames».

⁴⁹ *In Re LTL Mgmt., LLC*, No. 23-12825 (MBK), 2023 WL 4851759, cit., paragraph B.

⁵⁰ <https://www.jnj.com/johnson-johnson-subsidiary-to-appeal-bankruptcy-court-ruling-that-deprived-talc-claimants-of-an-equitable-and-efficient-resolution>. After the latest decision of the Bankruptcy Court that halted the proceeding (*In re LTL Mgmt., LLC*, No. 23-12825 (MBK), 2023 WL 4851759 (Bankr. D.N.J. 2023), the company issued a statement that reads as follows: «Johnson & Johnson (NYSE: JNJ) (the Company) today announced its subsidiary LTL Management LLC (LTL) will appeal the ruling by the United States Bankruptcy Court for the District of New Jersey dismissing the bankruptcy case LTL filed. LTL commenced its bankruptcy case in good faith and in strict compliance with the Bankruptcy Code. The reorganization plan that LTL proposed with its filing committed an unprecedented \$8.9 billion settlement to resolve all talc claims and is supported by counsel representing approximately 60,000 claimants. In contrast, and as the Bankruptcy Court recognized, litigating these cases in the tort system would take decades and waste billions of dollars—mainly spent on lawyers' fees. For those few cases that actually reach trial, the Company has prevailed in the overwhelming majority, and most claimants receive nothing. By affording timely compensation for all claimants, the proposed reorganization plan offered the most equitable resolution for all claimants. LTL will appeal the Bankruptcy Court's ruling to preserve claimants' ability to avail themselves of that offer. "We respectfully disagree with the Bankruptcy Court's conclusion that the 'substantial liability' that LTL faces from the massive volume of talc claims asserted against it does not establish 'immediate' financial distress under the standard imposed by the Third Circuit, which itself is found nowhere in the Bankruptcy Code and is contrary to the persuasive authority from other Circuit Courts and directives of the Supreme Court of the United States," said Erik Haas, Worldwide Vice President of Litigation. "The Bankruptcy Code does not require a business to be engulfed in 'flames' to seek a reorganization supported by the vast majority of claimants. As the Bankruptcy Court urged in its decision, we will continue to work with counsel representing about 60,000 claimants to pursue a resolution of the talc claims. In the event we return to the tort system—where we have prevailed in the

of their merits, had been suspended in limbo because of the reorganization procedures initiated by the defendant⁵¹.

The constant reference to “good faith” contained in relevant court opinions is particularly interesting. In fact, a company’s good faith must be verified through its directors’ conduct, and the duty to act in good faith is a key duty which Delaware case-law bestows on directors, and which can be asserted also in shareholder derivative lawsuits⁵². Directors are liable to the company and its shareholders for damages caused by decisions taken in violation of the duty of good faith⁵³. In this context, acting in ‘good faith’ means acting with a reasonable belief that the conduct is in the interests of the company⁵⁴. Such a duty is frequently mentioned in precedents⁵⁵ and often included in the broader *duty of*

overwhelming majority of cases tried—we will vigorously litigate these meritless claims and bring our own actions to address the plaintiffs’ bar abuses that engendered this spurious litigation».

⁵¹ Several stories have caught the attention of the press: see Mr. Val Johnson’s case reported by M. TINDERA, J. SMYTH, *Best Of: Inside Johnson & Johnson’s bankruptcy two-step*, *Financial Times*, May 31, 2023, available at: <https://www.ft.com/content/aae0a7f0-ad08-437d-adba-3fa883b5be66>.

⁵² See, among the fundamental cases in the matter, *Guth v. Loft Inc.*, 5 A.2d 503, 23 Del. Ch. 255 (Del. 1939). Delaware case law is highly influential on many other states. Indeed, “Delaware is the state where more than half of the corporations listed for the trading on the NYSE are incorporated”. S. BAINBRIDGE, *Corporate Law*, cit., p. 10. Companies incorporated in Delaware are subject to Delaware state law regarding corporate governance. According to S. BAINBRIDGE, *Corporate Law*, cit., p. 10, «Delaware’s dominance can be ascribed to a number of factors: there is a considerable body of case law interpreting the Delaware General Corporation Law (DGCL), which allows legal questions to be answered with confidence. Delaware has a separate court, the Court of Chancery, devoted largely to corporate law cases. The Chancellors have great expertise in corporate law matters, making their court a highly sophisticated forum for resolving disputes. They also tend to render decisions quite quickly, facilitating transactions that are often time sensitive». Delaware’s highly regarded *Court of Chancery* was established in 1792 and is a court of *equity*, which allows it to exercise its powers with flexibility. M. SPERANZIN, *Un nuovo ordine delle fonti del diritto commerciale*, in *Riv. dir. soc.*, 2019, p. 1183. A. MORINI, “Good faith”, *buona fede; verso “nuovi doveri” degli amministratori di s.p.a.* in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 1048 ss.; H. FLEISCHER, S. BONG, S. COOLS, *Spezialisierte Spruchkörper im Gesellschaftsrecht*, *Rabels Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht*, 2017, p. 653 ss.

⁵³ A. MORINI, “Good faith”, *good faith*, cit., p.

⁵⁴ See the definition given by the *Court of Chancery* in *Stone v. Ritter*, 911 A.2d 362 (Del. 2006), <https://casetext.com/case/stone-v-ritter>. For a general comment on the duty to act in good faith, see S. BAINBRIDGE, *Corporate Law*, cit., pp. 178-181.

⁵⁵ S. BAINBRIDGE, *Corporate Law*, cit., p. 178: «The notion that directors ought to act in good faith pervades Delaware’s corporate governance jurisprudence». The frequent reference to the concept of good faith is also explained by the fact that the *Court of Chancery* is a court of equity that tends to thoroughly scrutinize the circumstances of each specific case. V. M. TINDERA, S. INDAP, *Why Elon Musk is breaking up with Delaware*, *Financial Times*, February 14, 2024, <https://www.ft.com/content/818a35fb-3965-4501-934a-dc22cb717a4f>.

*loyalty*⁵⁶, the violation of which makes the protective⁵⁷ umbrella of the *business judgement rule*⁵⁸ inapplicable to directors' decisions.

True, the “good faith” referred to in the LTL cases concerns the conditions for filing for Chapter 11. A plan filed by a debtor that is not distressed is considered not to be proposed in good faith⁵⁹. Yet, potential conflicts of interest make good faith relevant also in its other aspect related to directors' liability to shareholders. Besides providing that claimants must be satisfied by the newly created entity alone, the reorganization plan expressly bars actions towards the original company and towards its directors or controlling shareholders⁶⁰. The admissibility of such *third-party releases*⁶¹, which extinguish claims held by nondebtors against nondebtor third parties as a consequence of a majority voting in the debtor's reorganization procedure, is controversial⁶². It will shortly be the subject of a ruling by the Supreme Court⁶³. But the mere fact that the plan includes them means that the decision to initiate the *reorganization* is a decision

⁵⁶ See for an outline of the debate A. MORINI, ‘Good faith’, *good faith*, cited above, p.1048 et seq.

⁵⁷ ID., p. 1050.

⁵⁸ I.E., the ordinary deference regime that courts accord to directors' business decisions, abstaining from substantive review of the same. V. S. BAINBRIDGE, *Corporate Law*, cit., p. 122.

⁵⁹ *In Re LTL Mgmt., LLC*, No. 22-2003, cit., pp. 35-41.

⁶⁰ J&J's reorganization plan, available at <https://dm.epiq11.com/case/ltl/info>, Docket n. 525, p. 12, provides for a list of “protected parties” including representatives of the debtor and other companies in the group. “From and after the Effective Date, the Debtor, the Reorganized Debtor, and the other Protected Parties shall have no liability, obligation, or responsibility, financial or otherwise, for any Talc Personal Injury Claim”.

⁶¹ Third party releases are currently being scrutinized in another important case regarding a pharmaceutical company, *Purdue Pharma*, and to the assets of some of its directors and controlling shareholders: J. JIA, X. WU, *How Do ‘Bankruptcy Grifters’ Destroy Value in Mass Tort Settlements? In Re Purdue Pharma as a Bargaining Failure*, in *Am. Bankr. INST. L.Rev.*, 2024, under publication, available on SSRN; J.C. COFFEE, *Mass Torts and Corporate Strategies: What will the Courts Allow?*, in *The CLS Blue Sky Blog*, 2023, <https://clsbluesky.law.columbia.edu/2023/11/01/john-c-coffee-jr-mass-torts-and-corporate-strategies-what-will-the-courts-allow/>. See also M.J. BIENENSTOCK, D.S. DESATNIK, *Are Third-Party Releases Proper?*, Sept.19, 2023, <https://bankruptcyroundtable.law.harvard.edu>; J.R. GRAHAM, *Institutional capture: why we're overdue for a new Bankruptcy Act*, *NYU Journal of Law & Business*, Vol.19/2, 425 et seq.

⁶² See G.E. ZOBITZ, P. H. ZUMBRO, L.A. MOSKOWITZ, *Second Circuit Affirms Permissibility of nonconsensual Third-Party Releases in Purdue Pharma Bankruptcy Case*, 2023, <https://www.cravath.com/a/web/sB8FRkQuijg6nm9S5QUTUb4/7JE8nX/second-circuit-affirms-permissibility-of-nonconsensual-third-party-releases-in-purdue-pharma-bankruptcy-case.pdf>.

⁶³ A hearing was held in December 2023. See *Purdue Pharma Bankruptcy Series Oral Argument Summary + Thoughts*, Harvard Law School Bankruptcy Roundtable, <https://bankruptcyroundtable.law.harvard.edu/2023/12/13/purdue-pharma-bankruptcy-series-oral-argument-summary-thoughts/>.

in which directors have a personal interest, separate from the company's interest and which could compromise their good faith. Therefore, in case of a shareholder derivative lawsuit, the decision can be reviewed by courts without the protection of the *business judgement rule*. The court would apply the much more invasive standard of *entire fairness*, which mandates for a review of the economic validity of the choice⁶⁴.

The LTL case, in which the application was filed several times and then rejected, resulted in enormous expenditures of company resources in legal costs⁶⁵. It is not absurd to imagine a new dispute adding to the tort claims, advanced by minority shareholders asking to ascertain whether the interests of the directors have led to decisions that proved harmful to the company itself. The issue is even more relevant given that directors cannot be exempted from liability for breaching their duty of loyalty, not even by virtue of voluntary waivers in the company's articles of incorporation⁶⁶.

And regarding good faith, it should not be neglected that the company could well have offered a transaction to the public of claimants *outside* of bankruptcy. By offering reasonable payments, the company could have relied on a good number of adhesions that would have significantly reduced litigation. The company could have hired experts to quantify payments that were reasonable considering their certainty (in contrast with the lengthy and unpredictable trials that claimants should otherwise stand), to be delivered upon the exhibition of appropriate medical documentation⁶⁷. Faced with a reasonable offer, a significant portion of claimants would likely have chosen to accept it instead of embarking in lengthy, unpredictable trials.

⁶⁴ See *Guth v. Loft Inc*, 5 A.2d 503, 23 Del. Ch. 255 (Del. 1939).

⁶⁵ E. OCHSNER, *J&J Unit's Failed 'Two-Step' Talc Bankruptcies Cost \$178 Million*, Bloomberg Law, Oct. 4, 2023, <https://news.bloomberglaw.com/bankruptcy-law/j-j-units-failed-two-step-talc-bankruptcies-cost-178-million>

⁶⁶ H. SPAMANN, J. FRANKENREITER, *Corporations*, Open Casebook, Resource 4.2. DGCL 102(b)(7), <https://opencasebook.org/casebooks/261-corporations/resources/4.2-dgcl-102b7/>.

⁶⁷ As listed in the reorganization plan. See the disclosure statement issued by the company at <https://dm.epiq11.com/case/ltl/info>, Docket no. 1009, p. 21 ss.

Instead, the company chose to create an *ad hoc* vehicle to access *Chapter 11*, thus benefiting from the automatic stay on individual lawsuits and aiming at making the settlement proposal binding for dissenting claimants⁶⁸.

4. The interests at stake and the need for legislative intervention. The cases described above show a far-reaching clash of interests. On the one hand, there are people who must be able to count on the judiciary to assess the merits of their claims. On the other hand, companies must deal with tens of thousands of disputes, with verdicts that can be financially unsustainable and the mere possibility of which harms the company's ability to access credit and raise capital. Other stakeholders, such as law firms, should not be neglected, too. There is no general rule in the United States forcing the unsuccessful party to pay for the winner's legal costs. Normally, everyone pays their own attorneys' fees⁶⁹. And law firms representing claimants can obtain millions – if not billions⁷⁰ - thanks to widely adopted *contingency fee* schemes⁷¹.

The problem is certainly not peculiar to the *Johnson & Johnson* case alone⁷². Indeed, at least in sectors requiring particularly large investments such

⁶⁸ See *In Re LTL Mgmt., LLC*, 637 B.R. 396, cit., p. 407: «J & J and Debtor have been candid and transparent about employing Debtor's chapter11 filing as a vehicle to address the company's growing talc-related liability exposure and costs in defending the tens of thousands of pending ovarian cancer claims and hundreds of mesothelioma cases, well as future claims. As Movants' own experts have acknowledged, the use of the Texas divisional merger statute and subsequent filing by the newly formed LTL created a single integrated transaction designed to allow New JJCI to continue to operate Johnson & Johnson's Consumer Health business in the United States without interruption and provide LTL with the opportunity to pursue process to resolve current and future [c]laims in an equitable and efficient manner. »

⁶⁹ There are some exceptions: 42 U.S.C. § 1988; see G.P. FLETCHER, *American Law in a Global Context: The Basics*, Oxford and New York, Oxford University Press, 2005, 518.

⁷⁰ Consider the verdict in the *Ingham* case, cit.

⁷¹ See the "Contingency Fee" entry in the *Wex Legal Dictionary* edited by Cornell Law School, https://www.law.cornell.edu/wex/contingency_fee: «A contingency fee is a form of payment to a lawyer for their legal services. In contrast to a fixed hourly fee, in a contingent fee arrangement lawyers receive a percentage of the monetary amount that their client receives when they win or settle the case... Contingency fees are particularly common in personal injury cases, where the successful lawyer is awarded between 20 % to 50 % of the recovery amount.»

⁷² Other cases similar to Johnson & Johnson's, both in terms of size and legal matters involved, are pending: *In Re Bestwall*, 605 B.R. 43.46 (Bankr. W.D. N.C. 2019), relating to tens of thousands of asbestos-related lawsuits. See references in C. Hu, *Court rejects Johnson & Johnson's use of the "Texas Two-step"*, cit., p.3. Recently, a large company that has long been involved in health services for prisoners completed its own Texas divisive merger, too: N.

as pharmaceuticals⁷³ or aircraft, the supply side is dominated by a small number of large companies, offering their products and services around the world to large numbers of users. Procedural issues linked to the potential multiplication of judicial procedures are self-evident⁷⁴.

Other staples of the traditional tort system, such as class actions and multidistrict litigation, have already proved inadequate to deal with mass torts of such scale.

In cases such as J&J's, *class actions* were not available due to the diverse nature of individual plaintiffs' positions: a condition for starting a class action according to US law is the homogeneity of the claimants' positions, which has not been found⁷⁵. Multi-district litigation, which makes it possible to concentrate multiple trials before a single court⁷⁶, is not a viable tool, too, because it:

- a) relates only to the stages to be completed before a jury trial starts.
- b) cannot address claims by unknown, contingent claimants.
- c) is applicable to cases pending before federal courts, while the cases at hand are normally pending before state courts.

Moreover, cases such as the present one affect a single sector of very large businesses that simultaneously operate multiple projects. In these circumstances, the company's interest in being able to 'selectively reorganize'⁷⁷ a portion of its business without involving the other branches is paramount for its future viability.

The conflicting interpretations that American courts have embraced in terms of access to bankruptcy stem from different visions about which interests

EINBINDER, D. CAMPBELL, *Hidden investors took over Corizon Health, a leading prison healthcare company. Then they deployed the Texas Two-Step*, <https://www.businessinsider.com>.

⁷³ See for example D.R. HENDERSON, C.L. HOOPER, *Be Thankful for High Drug Prices*, in *Wall Street Journal*, February 4, 2024.

⁷⁴ Such an issue has far-reaching implications for the entire system of tort law. See P.G. MONATERI, *La responsabilità civile "individualista" e la responsabilità civile di massa: il costo del sistema*, in *Danno e responsabilità*, 2023, pp. 5-7.

⁷⁵ See *Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 117 S.Ct.2231, 138 L.Ed.2d 689 (1997).

⁷⁶ See the "Multidistrict litigation" entry in the *Wex Legal Dictionary* edited by Cornell Law School https://www.law.cornell.edu/wex/multidistrict_litigation.

⁷⁷ S. PATERSON, A. WALTERS, *Chapter 11's Inclusivity Problem*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4448945.

should be prioritized. In the *LTL* case, the Bankruptcy Court and the Circuit Court diverged on the interpretation of the financial distress requirement. The Circuit Court expressly acknowledged the existence of different views in the different *Circuits*⁷⁸. The lower court originally chose to give the concept of *financial distress* a broader meaning, giving relevance to the risks inherent in a potentially infinite flow of undefined or not yet proposed causes⁷⁹. The higher court embraced a more restrictive interpretation, according to which the debtor's *distress* must be apparent and immediate⁸⁰.

As precedents do not establish clear boundaries, Courts are being entrusted with enormous discretionary power⁸¹. Conflicting interpretations are inevitable, as they reflect different takes on the opposed interests at play. Some courts are closer to claimants who want to be heard by a jury of their peers; others take the sides of businesses overwhelmed by tens of thousands of dubious disputes.

The importance of this debate calls for a composition in the venue where conflicts should be channeled in mature democracies: Parliaments.

The absence of clear legislation is harming all the parties involved. Claimants must bear the length of the trials and the random outcomes of the verdicts, while businesses risk that the costs of litigation overwhelm the 'healthy' branches of their activity⁸². In the United States, the need to take legislative action to amend the text of *Chapter 11* has already been remarked by scholars⁸³. The

⁷⁸ *In Re LTL Mgmt., LLC*, No. 22-2003, cit., p. 28, footnote 8.

⁷⁹ *In Re LTL Mgmt., LLC*, 637 B.R. 396, cit.

⁸⁰ *In Re LTL Mgmt., LLC*, No. 22-2003, cit., p. 24.

⁸¹ U.S. C. Title 11 § 1112 (b) (1) establishes that the Bankruptcy Court may dismiss the case "for cause".

⁸² S. PATERSON, A. WALTERS, *Chapter 11's Inclusivity Problem*, cit.

⁸³ *ID.*, p. 56; J.R. GRAHAM, *Institutional capture: why we're overdue for a new Bankruptcy Act*, NYU Journal of Law & Business, Vol.19/2, 439 et seq.

On September 19, 2023, the U.S. Senate Judiciary Committee held a hearing on the issue of how *Chapter 11* is being used by large companies, with a focus on the *Johnson & Johnson* case. Erik Haas, Worldwide Vice President of Litigation for *Johnson & Johnson*, a representative of the families of mesothelioma victims, and several jurists all spoke in front of the committee. See L. PANSGRAU, J. LYN, *Senate Judiciary Committee Subcommittee Hearing on "Evading Accountability: Corporate Manipulation of Chapter 11 Bankruptcy: In Recap*, <https://bankruptcyroundtable.law.harvard.edu/2023/09/26/>.

opaque areas of current laws pave the way for creative, but sometimes distorted, uses of bankruptcy, resulting in increased time and cost of litigation⁸⁴.

At least, legislation should adequately sanction abuse of the bankruptcy code by profitable corporations.

Developing drugs benefits society but is also a very profitable business which large corporations legitimately operate for their shareholders' profit. But it is a tenet of corporate finance that higher profits come with higher risks⁸⁵, and controversies started by allegedly injured users are part of this risk. As we allow companies to profit from selling drugs in a market, why should they be treated differently from other debtors when facing the challenges that come with such rewards?

Moreover, J&J *could* have created *ex ante* an *ad hoc* company to produce and market its talc-based power. Its *chose* not to do so because evidently the benefits of limited liability were not worth waiving the benefits of integrating the business into its preexisting corporate structure. Why should J&J be allowed to reap *ex post* the benefits of limited liability that it knowingly waived before?

5. Scissione and class actions under Italian law: recent developments and future prospects. Mass torts are bound to increase in developed economies where both businesses and markets are constantly expanding, and legislative bodies should take action. The Italian *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* emphasizes the importance of improving the efficiency of the judicial system. Such an objective was already part of the EU *Country Specific Recommendations* for 2019 and 2020⁸⁶.

Could selective reorganization procedures similar to the one described in this article be implemented in Italy? The Italian *scissione* is characterized by the

⁸⁴ S. PATERSON, A. WALTERS, *Chapter 11's Inclusivity Problem*, cit.

⁸⁵ Any corporate finance textbook may be cited on the matter. See for example D. HILLIER, S. ROSS, R. WESTERFIELD, J. JAFFE, B. JORDAN, *Corporate Finance*, European Edition, Berkshire, 2010, 235 ss.

⁸⁶ PNRR, 30-31 (Tavola 1.2: Raccomandazioni Per Il 2019 E Per Il 2020), 55 (Riforme E Investimenti. La Riforma Della Giustizia. *Ivi*, p. 55-63; 99-100 (M1C1.3 Innovazione Organizzativa Del Sistema Giudiziario).

fact that, according to Article 2506-quater of the Italian Civil Code, ‘each company is jointly and severally liable, within the limits of the actual value of the net assets assigned or left to it, for the obligations of the company being divided that are not fulfilled by the company to which they are assigned’⁸⁷. This rule marks a fundamental divergence from Texas’s *divisive merger*, which does not provide for such joint liability⁸⁸. After an Italian *scissione*, however, could the newly created company, with its assigned assets and liabilities, file for a reorganization procedure (a *concordato preventivo*), and submit a reorganization plan to the vote of its creditors? What if the plan stated that creditors (including involuntary ones) would lose the right to act towards the original divided company by virtue of the approval of the plan by a majority of the same creditors⁸⁹? Can the waiver of such joint and several liability of the original company be included in the proposal?⁹⁰.

True, the newly created company should be endowed with resources that make the plan reasonable⁹¹ for creditors; otherwise, no majority could be reached. But the newly formed company should also claim to be in a state of distress, which is the precondition to be admitted to a *concordato preventivo*. So, it should be assigned assets that are adequate, but not superior, to the specific mission of managing an extended group of related disputes. But the management of such disputes, even if carried out systematically, cannot be the *oggetto sociale* (the company’s business) that Italian law requires to be put forward in a new company’s articles of incorporation. Companies in Italy need to be created to

⁸⁷ «Ciascuna società è solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico. »

⁸⁸ *Texas Business Organizations Code* 10.008(A)(4), cit.

⁸⁹ Reorganization plans must be approved by a majority of the company’s creditors (Artt. 109-110 D.Lgs. 13/2019, *Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*).

⁹⁰ Nonconsensual third-party releases, which extinguish claims held by nondebtors against nondebtor third parties as a consequence of a majority voting in the debtor’s reorganization procedure, are controversial in the U.S. See *supra*. Third-party releases are important in the context of *divisive mergers*, as they can extinguish *any claim* against the third party (for example, the divided company). With a third-party release, the company being divided can for example protect itself from creditors who consider the *merger* a fraudulent transfer.

⁹¹ The actual value of the assets allocated to each company (even in the presence of a negative book value) must be positive. V. Cass. Civ., n. 26043 del 20 novembre 2013; Consiglio Notarile di Milano, *massima* n. 72/2005, available at <https://www.consiglionotarilemilano.it/massime-commissione-societa/72>.

carry out economic activities that are aimed at generating *profits* to be divided between their shareholders (art.2247 c.c.). The mere payment of creditors, accompanied by funding that is barely sufficient for this task (otherwise, the company could not file for a reorganization procedure) cannot be considered a profit-generating economic activity. Therefore, such a company cannot be created under Italian law. To allow the incorporation of such entities, special rules should be introduced providing for an exemption from the requirement set forth in art.2247 of the civil code.

The discipline of Italian class actions originally governed by the Italian *Codice del consumo* has recently been reformed⁹² and is now to be found in Articles 840-bis *et seq.* of the Code of Civil Procedure. The articles in question lay down detailed rules governing the procedure, dealing extensively with the use of electronic communication means, the publicity of the action⁹³, and the possibility of settlement agreements⁹⁴.

Moreover, Italy has recently introduced a new “azione rappresentativa”⁹⁵. A new action on behalf of consumers as a group the discipline of which has been inserted into the *Codice del consumo*. The new rules, in force since June 25, 2023, provide for actions that can be started only by associations of consumers and users, registered on a public list or in any case identified by relevant laws⁹⁶. The actions concern the protection of consumers’ interests from infringements of specific provisions contained in EU regulations and national acts that implement EU directives. They are available for the specific fields identified in the Decree⁹⁷, including lawsuits stemming from defective products. The action makes it possible to ask for both injunctive⁹⁸ and compensatory relief⁹⁹.

Such remedies are important for the effective enforcement of the liability of large companies for their own conduct.

⁹² Legge n.31 del 12 Aprile 2019.

⁹³ See Artt. 840-ter - 840- quater cod.civ.

⁹⁴ Art. 840 cod.proc.civ.

⁹⁵ D.Lgs. 28/2023.

⁹⁶ Art. 140-quater and 140-quinquies D.Lgs. 206/2005.

⁹⁷ See Annex II -septies to the D.Lgs. 206/2005.

⁹⁸ Articles 140-ter (1)(h) and (i); 140-octies and 140-novies cod.proc.civ.

⁹⁹ Art. 140- quinquies D.Lgs. 206/2005.

However, the homogeneity of claims remains a staple of the actions and is required both for the action regulated within the Code of Civil Procedure¹⁰⁰ and for the new European action¹⁰¹. The verification of such homogeneity is difficult when health-related damages are at stake, as these issues manifest in very different forms. In the United States, the lack of homogeneity of applicants' rights prevented the use of *class actions* for asbestos-related damages¹⁰².

However, once class actions have been considered appropriate by the law for the protection of users damaged by defective or insecure products, the homogeneity requirement must be interpreted in such a way as not to frustrate the effectiveness of the law. Therefore, courts should undertake a greater interpretative effort. Personal injuries and diseases can vary in their manifestations, and the clinical situations of a plurality of users can never be as overlapping with each other as merely economic losses can. But it will be necessary to define criteria to recognize homogeneity also regarding such matters. Otherwise, an entire category of rights, one for which the action would be particularly effective given the different economic strength of the parties, would be denied the remedy.

To allow the new rules to be effective, legal practitioners must elaborate carefully on the homogeneity requirement. Interpretation will remain fundamental as the complexity and variety of cases makes it impossible to draft legislative definitions setting quantitative boundaries for the concept.

A suitable approach may consist in the drafting, by virtuous court offices and with the contribution of attorneys, of best practices that guide on the procedures to be followed and the elements to be acquired in the assessment of the requirement. Such guidelines would make initiating a class action less of a gamble, which would be a considerable improvement given the necessary

¹⁰⁰ Articles 840 - bis and 840 - sexies, paragraph 1(b), cod.proc.civ.

¹⁰¹ Art. 140-septies, paragraph 8, letter c), D.Lgs. 206/2005.

¹⁰² See *Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 117 S.Ct.2231, 138 L.Ed.2d 689 (1997). V. J.C. COFFEE, *Mass Torts and Corporate Strategies*, cited above: «since *Amchem Products v. Windsor*, a class action covering most claimants in a mass tort case has become difficult (and potentially impossible) to certify. This has left the corporation facing a seemingly endless line of individual cases, aggregated in an MDL proceeding and settling at steadily increasing prices. »

amount of preliminary work. At the same time, they would bring about a certain degree of uniformity between the various courts without resorting to the less flexible legislative instrument. It is no coincidence that the elaboration of *best practices* in court procedures is also expressly mentioned in the PNRR¹⁰³.

Class actions are better than bankruptcy to deal with mass torts in cases such as Johnson & Johnson's. They allow for stricter judicial scrutiny and greater parity between the parties. Bankruptcy should be reserved for debtors in distress. While it is fair that a corporation be allowed to deal with the disputes at stake in a single venue, this should not come at the expense of creditors' rights. Legislators should keep working to improve the mechanics of class actions to make them adequate to the challenges of the contemporary economic framework.

¹⁰³ PNRR, 57 (Riforme e investimenti. La riforma della giustizia. La strategia per il futuro: organizzazione, interventi processuali, valorizzazione delle *best practice*).



Autonomia privata e regolazione dell'economia: riflessioni preliminari per un discorso

di EMANUELE TEDESCO

SOMMARIO: 1. PREMESSA. – 2. RAGIONI «STORICHE» DELLA REGOLAZIONE: IL TRANSITO VERSO UNA ECONOMIA «REGOLATA» E LA CONSEGUENTE COMPARSА DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI. – 3. MODULI OPERATIVI DELLA REGOLAZIONE DEL MERCATO: REGOLAZIONE «AUTORITATIVA», REGOLAZIONE «SOFT», REGOLAZIONE «GIUSTIZIALE». – 4. REGOLAZIONE DEL MERCATO E CONTRATTO: LE CONCRETE MODALITÀ D'INCIDENZA. – 5. I LIMITI E I CONTROLLI ALL'ATTIVITÀ DI REGOLAZIONE.

Abstract

The essay, starting from some recent confirmations to the already accepted «artificial» nature of the market, aims to critically assess the enduring relevance of those theses that have emerged so far in relation to the delicate relationship between private autonomy and market regulation. In particular, noting the undying need to investigate – also from a civil law perspective – the delicate regulatory function performed by Authorities, in the course of the work we will focus on the regulatory tools more usually employed by the independent Authorities (including the so-called «soft» and «justiciable» regulatory tools, which by now have acquired a much more pregnant importance than «conventional» authoritative tools), their overall effects on the entire contractual affair (from the obligations that affect only the pre-contractual phase to the prescriptions capable of explaining a properly hetero-integrative effect on the content of the contractual regulation), up to embracing also the ever-increasing interference that the regulatory phenomenon produces on the entrepreneurial organization and on the determination of the subjective requirements of the contractors (recte: of the «strong» contractor). All of this, in short, confirms the need to embrace a more modern – and realistic – conception of civil law, in which private autonomy, now often degraded to a mere act of bargaining impulse, cannot (any longer) be considered an intangible quid.

1. Premessa. L'evoluzione che ha interessato le dinamiche socio-economiche negli ultimi decenni ha condotto, quasi inevitabilmente, ad una netta trasfigurazione dei connotati tradizionali attribuiti al «mercato», non più destinatario di professioni di fede¹, ma rappresentato in maniera più realistica quale «*locus artificialis*, costruito dal diritto e conformato secondo criteri e volontà

¹ P. SCHLESINGER, *Mercato, diritto privato, valori*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 2, p. 325 ss., spec. 326: «Non sorprende (...) che il mercato si presti ad incredibili esaltazioni, come la nuova divinità, mirabile meccanismo di selezione dei migliori e dei capaci, fonte di benessere collettivo (...). Ma non sorprende neppure che vi si contrappongano esecrazioni non meno estreme, che denunciano il mercato come un «convitato di pietra», impietoso, perverso, favorevole ad ogni furbizia e ad ogni abuso».

umane»². L'ordinamento euro-unionale, dal canto suo, ha contribuito a diffondere una certa cultura del bilanciamento³ delle logiche mercantilistiche “con altri interessi, quali il miglioramento della qualità dell'ambiente e tutta quella serie di valori consacrati nel titolo primo del TUE, quali la dignità umana, il rispetto dei diritti umani, l'eguaglianza, il pluralismo, la non discriminazione, la coesione economica e sociale, ecc. (artt. 2 e 3), che condizionano struttura e funzionamento del mercato”⁴.

Questa prospettiva sembra trovare conferma nel recente «*Next Generation EU*», formula accattivante adoperata per descrivere sinteticamente il complesso – invero eterogeneo – di interventi messi in atto dall'Unione europea per risollevare il mercato unico dalle nefaste conseguenze dell'emergenza pandemica⁵.

² Così N. IRTI, *Diritto europeo e tecno-economia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 1, p. 1, anche se già in tal senso in ID., *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 1, p. 289 ss., e poi in ID., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, *passim*, e spec. pp. 1, 11, 99 e 112 (da cui, peraltro, s'originò un proficuo dibattito, i cui risultati vennero trasposti in AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999). In séguito, l'A. tornò più volte sul tema: ID., *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 1, p. 1 ss.; ID., *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 2, p. 435 ss., spec. p. 438; ID., *Geo-diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2001, 4, p. 461 ss. (ora, anche in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 1, p. 21 ss.); ID., *Il carattere politico-giuridico del mercato*, in *Rass. ec.*, 2004, 2, p. 555 ss. (anche in *Riv. int. fil. dir.*, 2004, 1, p. 1 ss.); ID., *Tecno-diritto*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, t.1, p. 1297 ss. Negli stessi termini anche P. PERLINGIERI, *Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto. Dalla comunità economica europea all'Unione europea*, in G. DALLA TORRE (a cura di), *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*, Milano, 2010, t. 2, p. 1375 ss., secondo cui “[o]ccorre prendere le distanze da una visione pan-economica secondo la quale il mercato sarebbe un ordine spontaneo regolamentato da proprie leggi. In questa prospettiva, le relazioni sociali risulterebbero indebolite e alla dignità personale residuerebbe un mero valore di scambio”. Invero, sono davvero esigue le voci contrarie a siffatta visione del mercato, tra le quali, per l'autorevolezza, bisogna tuttavia ricordare R. SACCO, *Contratto, autonomia, mercato*, in R. SACCO e G. DE NOVA (a cura di), *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2005, p. 21.

³ Interessante è l'originale parallelismo prospettato da G. OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 4, p. 509 ss., spec. p. 510, il quale, riprendendo gli insegnamenti di illustre dottrina (G. OPPO, *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 1, p. 421 ss.), afferma che “si profila, dunque, l'attribuzione allo Stato di un insopprimibile ruolo attivo nel regolare il mercato e gli istituti che ne assicurano il buon funzionamento – tra i quali spicca, per rilevanza sistematica e impatto applicativo, il diritto della concorrenza – in assonanza forse non casuale con i dettami del pensiero ordo-liberale della c.d. Scuola di Friburgo”.

⁴ G. PITRUZZELLA, *Concorrenza e regolazione*, in *federalismi.it*, 2014, 22, p. 1 ss., spec. p. 3.

⁵ Il percorso che ha condotto all'approvazione del meccanismo «*Next Generation EU*» prende le mosse dalla Comunicazione della Commissione COM(2020)456 del 27 maggio 2020, con la quale è stata presentata la proposta relativa ad un fondo per la ripresa europea e al quadro finanziario pluriennale (QFP) per il periodo 2021-2027. Successivamente, in data 21 luglio 2020, è stato raggiunto in seno al Consiglio europeo un accordo politico su entrambi gli interventi sopra

In dettaglio, le misure adottate lasciano trasparire, per un verso, l'accolta qualificazione del mercato europeo quale *locus* ontologicamente bisognevole d'interventi etero-nomi; e, per altro verso, la connotazione che, proprio in ragione di ciò, l'Unione europea ha inteso assegnargli per gli anni a venire. Un mercato, cioè, più equo e sostenibile di quello attuale, nei confronti del quale l'ordinamento (interno e sovranazionale) non potrà esimersi dall'assolvere – e prima ancora dall'attribuire a soggetti idonei a tale scopo – importanti e cruciali funzioni di «regolazione».

Coerentemente, anche il «Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza»⁶ – strumento d'attuazione domestica del «*Next Generation EU*» – dedica ampio spazio a questioni e problematiche di carattere *lato sensu* «regolatorio», annoverando ad esempio la promozione della concorrenza⁷ – quale primo strumento di raccordo delle contrapposte istanze che agitano il mercato – tra le quattro riforme c.d. abilitanti ivi descritte⁸, e prevedendo all'uopo una serie d'interventi strutturali, tra i quali – *inter alia* – lo sviluppo delle infrastrutture strategiche (in ispecie reti di telecomunicazioni, energetiche e di trasporto portuale)⁹, la rimozione delle barriere all'ingresso nei mercati (soprattutto nel

menzionati, cui hanno fatto séguito, dapprima, il Regolamento (UE, Euratom) n. 2020/2093 del Consiglio del 17 dicembre 2020 che ha stabilito il quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027 da ben € 1.074,3 miliardi e, poi, il Regolamento (UE) n. 2020/2094 del Consiglio del 14 dicembre 2020 che ha istituito uno strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi COVID-19 («*Next Generation EU*») da ben € 750. Per ulteriori riferimenti si veda la cronistoria accessibile a <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/eu-recovery-plan/timeline/>.

⁶ Approvato in via definitiva dalle Istituzioni europee in data 13 luglio 2021, con risorse stanziare per un totale di € 191,5 miliardi.

⁷ Non a caso, taluno, a ragione, afferma che la definizione del mercato europeo quale *locus artificialis* “sta alla base di un'altra componente dello scheletro costituzionale dell'UE: la tutela della concorrenza”, dacché “il diritto della concorrenza europeo presuppone il mercato non già come un *locus naturalis*, bensì come un prodotto artificiale, che bisogna di regole e di controlli amministrativi, per evitare che, seguendo la sua logica spontanea, non determini abusi del potere di mercato e cartelli con pregiudizio del benessere dei consumatori”: così G. PITRUZZELLA, *Concorrenza*, cit., p. 3.

⁸ Si veda il «Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza», accessibile all'indirizzo <https://www.italiadomani.gov.it/>, che, dopo aver evidenziato che “[l]a tutela e la promozione della concorrenza – principi-cardine dell'ordinamento dell'Unione europea – sono fattori essenziali per favorire l'efficienza e la crescita economica e per garantire la ripresa dopo la pandemia”, chiarisce che tali fattori “[p]ossono anche contribuire a una maggiore giustizia sociale” (p. 79).

⁹ PNRR, pp. 79-80.

settore energetico e in quello delle concessioni autostradali)¹⁰, l'implementazione di elevati livelli di competitività nell'erogazione dei servizi pubblici, anche a fini di sostenibilità ambientale (in particolare nel settore del trasporto pubblico locale, della sanità e della gestione dei rifiuti)¹¹. Nella stessa direzione, del resto, può leggersi anche il paventato rafforzamento dei poteri e delle prerogative dell'AGCM e delle altre Autorità indipendenti (tra le quali l'ARERA, la Consob e l'ART)¹².

Ma se sotto un profilo sociologico il processo succintamente sintetizzato costituisce oramai un dato di fatto, sotto il versante giuridico non possono ancora ritenersi sopite le questioni che inevitabilmente sorgono quando si esamina il delicato – e, a tratti, irricucibile – rapporto tra autonomia privata e regolazione del mercato; dacché l'esigenza, per la verità riconosciuta già in tempi non sospetti¹³, di riflettere, in prospettiva gius-civilistica, sugli strumenti di regolazione *more solito* impiegati dalle Autorità indipendenti e sui loro multiformi effetti sulle varie fasi della complessa vicenda negoziale e, da qui, sull'organizzazione imprenditoriale dei principali attori del mercato.

¹⁰ PNRR, p. 80.

¹¹ PNRR, p. 80

¹² PNRR, p. 81; proposito, quest'ultimo, che, per la verità, ha già trovato una prima, se pur programmatica, attuazione nell'ultimo d.d.l. annuale per il mercato e la concorrenza, allo stato in fase di discussione al Senato, ed al cui interno è contenuto un intero Capo IV, dedicato giustappunto all'implementazione dei poteri dell'AGCM nel settore dei mercati digitali.

¹³ Se si volesse ravvisare un precedente nell'attenzione della civilistica verso il tema in discorso, questo andrebbe senz'altro rintracciato nella riflessione, avviata a cavallo degli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, sul tema della contrattazione di massa, quale occasione, in specie, "per interrogarsi sul «controllo sociale» sull'attività d'impresa e, quindi, sul mercato", dacché "[s]i inizia a comprendere che (...) la disciplina del mercato è questione da trattare in termini progettuali di *legal policy*" (citazione tratta da F. MACARIO, *Ideologia e dogmatica nella civilistica degli anni Settanta: il dibattito su autonomia privata e libertà contrattuale*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, cit., t. 2, p. 1491 ss., spec. pp. 1544-1545); così, in quegli anni campeggiano studi che saranno precursori delle tendenze di rilettura dell'autonomia privata alla luce del complesso fenomeno regolatorio, tra i quali ricordiamo (almeno), P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969; F. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970; S. RODOTÀ (a cura di), *Il controllo sociale delle attività private*, Genova, 1972 (da cui il contributo di ID., *Il controllo sulle condizioni generali di contratto*, p. 239 ss.); M. BESSONE, *Controllo sociale dell'impresa e ordine pubblico "tecnologico"*, in *Pol. dir.*, 1973, p. 122 ss.; ID., *Condizioni generali di contratto, "potere normativo d'impresa" e problemi di "democratic control"*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1974, p. 2028 ss.; G. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975 (nonché ID., *Controlli sull'impresa e tutela del contraente debole*, Bologna, 1977); M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975 (ora parzialmente in ID., *Autonomia contrattuale. Contenuto, funzione, limiti*, Torino, 2021, p. 1 ss.).

2. Ragioni «storiche» della regolazione: il transito verso una economia «regolata» e la conseguente comparsa delle Autorità indipendenti. Nell'imbastire il discorso or ora tratteggiato, numerose questioni, che interessano in profondità gli istituti e le categorie della civilistica, meriterebbero di essere analiticamente scandagliate: dalle funzioni delle – se pur non omogenee – Autorità indipendenti¹⁴ al fondamento, ai limiti e all'estensione dell'autonomia privata¹⁵, dall'essenza del fenomeno dell'integrazione contrattuale¹⁶ sino a giungere alla stessa separazione tra diritto pubblico e diritto privato¹⁷.

¹⁴ Sul tema, senza pretesa di esaustività, si rimanda a F. MERUSI, *Democrazia e Autorità indipendenti*, Bologna, 2000; ID., M. PASSARO, *Le Autorità indipendenti*, Bologna, 2003 (rist. Bologna, 2011); M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; ID., *Le Autorità indipendenti nello spazio regolatorio*, Bologna, 2009; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano, 2006; M. D'ALBERTI e A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati: le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010; M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti, limiti e tutele*, Torino, 2018; da ultimo E. BRUTI LIBERATI, *Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2020, p. 51 ss.

¹⁵ Su cui è sufficiente rinviare, tra i classici, a S. PUGLIATTI, *Autonomia privata*, in *Enc. giur.*, IV, Milano, 1959, p. 366 ss., il quale già ammoniva sulla natura poliforme e a tratti anfibia del concetto in questione (si vedano, ancorá tra i classici, L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, *passim*, e spec. pp. 14 ss., R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, I, 1987, p. 516, nonché i vari saggi raccolti in P. RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, II, Padova, 1987). Di recente, con più particolare attenzione al fondamento costituzionale dell'autonomia privata, si veda F. MACARIO, *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. giur.*, Ann. VIII, Milano, 2015, p. 61 ss.; mentre, sulla nozione di «diritto civile» è d'obbligo rimandare a S. MARTUCCELLI e V. PESCATORE (a cura di), *Diritto civile*, in *Dizionari del diritto privato* promossi da N. Irti, 2011.

¹⁶ L'espressione è tolta dal pregevole studio di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1964 (rist. Milano, 2004), cui si rinvia per un'ampia indagine circa il fondamento teorico dell'integrazione del contratto; si v. altresì F. GALGANO, *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di Id., 1993; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 2019, p. 453 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, 4ª ed., Torino, 2016, p. 1379 ss.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, 2ª ed., Padova, 2004, p. 253 ss.; E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in *Tratt. Roppo*, II, Milano, 2006, p. 389 ss., M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, p. 65 ss. (e già ID., *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadr.*, 1988, p. 524 ss.); C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in AA.VV., *I contratti in generale*, 2ª ed., 2, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, I, Torino, 2006, p. 1147 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. II. Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, 2ª ed., in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2013, p. 3 ss.

¹⁷ Su cui S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. giur.*, XII, Milano, 1964, p. 696 ss., il quale, riprendendo le riflessioni d'illustre dottrina (Salv. ROMANO, *Distinzione tra diritto pubblico e privato e suoi riflessi nella configurazione dell'ufficio notarile*, Milano, 1963, p. 10 ss.), rileva che l'esigenza della distinzione “viene enunciata con riferimento al diritto come ordinamento, e più

La ristretta sede che ci occupa ci impedisce però di addentrarci in una tale operazione.

Tuttavia, occorre per lo meno riconoscere che la crisi delle certezze dogmatiche¹⁸, derivante dall'avvento della logica regolatoria, ha arricchito notevolmente il vocabolario del giurista, il quale, senza più timore, discorre ormai placidamente di «diritto privato amministrativo»¹⁹, così come di «diritto privato regolatorio»²⁰. E, se indubbiamente (con-)causa immediata di tale dirompente tendenza va individuata nella comparsa e nella conseguente proliferazione delle Autorità indipendenti, non bisogna negligenza che queste ultime, in realtà, non sono che il trascinarsi ultimo di un più ampio e complesso fenomeno che ha interessato in profondità il rapporto tra Stato e mercato.

Ci si riferisce al progressivo transito da un'economia totalmente lasciata all'arbitrio dei suoi attori ad una invece essenzialmente controllata e sovvenzionata dalla mano pubblica, sino ad arrivare, nel tempo dell'oggi, ad un'economia di mercato nel senso più disilluso del termine²¹; e, quindi, al passaggio da un modello di Stato «monista»²² (sia esso mero «osservatore» o,

precisamente come sintesi dinamica necessaria (o come dialettica) di due termini che, nella loro correlazione, costituiscono una unità vivente e vitale, un organismo" (*op. cit.*, p. 696); il che dovrebbe scongiurare "la manifestata preoccupazione per la quale la distinzione, presentandosi come netta antitesi, comprometterebbe la concezione unitaria del diritto, alla quale la scuola giuridica italiana è pervenuta in seguito a gravi lotte ed eroiche fatiche" (*ibid.*). Sul tema è d'obbligo rinviare, più di recente, ad A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2021.

¹⁸ Non a caso, S. PUGLIATTI, *o.u.c.*, p. 696 evidenziava che "[o]gni crisi nel campo del diritto riconduce lo studioso alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato".

¹⁹ E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, pp. 520 e 523 ss.

²⁰ A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 3, p. 515 ss., spec. p. 526.

²¹ Per un'analisi del fenomeno si rinvia ad A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. OLIVIERI e ID. (a cura di), *Contratto e Antitrust*, Roma-Bari, 2008, p. 3 ss.

²² Si veda quanto autorevolmente evidenziato, sia pure rispetto ad altra questione, da E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 5, p. 507 ss., spec. pp. 508-509, che, a proposito dell'incidenza della clausola di buona fede sui rapporti contrattuali (e sul mercato in genere), rileva che oggigiorno alla "concezione manicheista del mercato (...) si sostituisce l'idea di una possibile conciliazione fra il mercato, *locus artificialis*, e la buona fede, mezzo di regolamentazione della libera concorrenza".

all'opposto, «imprenditore»²³) ad un diverso modello di Stato che assomma a sé funzioni d'indirizzo e di controllo²⁴. Un modello istituzionale, per meglio dire, ben compendiabile attraverso il weberiano *Idealtypus* dello Stato «regolatore», che – come è stato evidenziato²⁵ – è altro sia dal modello dello Stato «liberale» sia da quello dello Stato «imprenditore»²⁶.

Tale transizione, operata attraverso un lungo e travagliato incedere sospinto dalle Istituzioni comunitarie²⁷, ha dato vita ad un sistema ordinamentale capace di conformare l'agire privato con l'obiettivo di preservare la dinamica

²³ Sull'elefantismo dell'intervento pubblico nell'economia, nel corso del Novecento, si v. G. NAPOLITANO, *Le funzioni*, in L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009, p. 93 e G. PALMERIO, *Politica economica*, 2ª ed., Napoli, 1996, p. 283 ss.

²⁴ Su tale relazione si v., *ex multis*, A. LA SPINA e G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, pp. 15 ss. e 273 ss., V. ROPPO, *Sulla posizione e sul ruolo istituzionali delle nuove autorità indipendenti*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 160, e, con peculiare attenzione alle posizioni della giurisprudenza amministrativa, anche T. SICA, *Autorità indipendenti e autonomia privata: le soluzioni del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2019, 11, p. 2497 ss., spec. p. 2499; sul tema sia consentito rimandare altresì a E. TEDESCO, *Regolazione dell'economia e integrazione del contratto. Il rapporto tra le Autorità di regolazione e l'autonomia privata*, in *Contratti*, 2021, 2, p. 231 ss., spec. pp. 231-233.

²⁵ A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo*, cit., p. 521.

²⁶ Deve tuttavia precisarsi che, in séguito alla crisi finanziaria globale occorsa sul finire del 2007, gli Stati (anche, e soprattutto) europei hanno messo in atto poderose misure di sostegno volte a stabilizzare i mercati, tanto da indurre taluno a discorrere di “interventi pubblici emergenziali sconosciuti finanche nella stagione della direzione pubblica del mercato”, con conseguente “assunzione da parte del Governo di impegni diretti nel capitale delle banche in crisi, con modelli di nazionalizzazione, in molti casi temporanea, del sistema bancario, basati sulla ricapitalizzazione, ad opera dello Stato, delle istituzioni finanziarie vulnerabili” (I. BORRELLO, *La Banca d'Italia*, in M. D'ALBERTI e A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit., p. 266). Donde, secondo autorevole dottrina (G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Gior. dir. amm.*, 2008, p. 1083 ss.), il passaggio ad un nuovo modello di Stato, definito per l'appunto «salvatore». Il processo appena riferito potrebbe trovare un'ulteriore conferma negli interventi di sostegno adottati per far fronte alle gravi conseguenze economiche derivanti dall'emergenza pandemica da Covid-19 (*id est*: i già cit. «Next Generation EU» e «PNRR»). Tuttavia, ci pare che, volgendo un attento sguardo alle misure da ultimo riferite, addirittura intranee all'ambito del bilancio europeo pluriennale, non sia più predicabile l'emersione di un nuovo modello di Stato «salvatore», diverso tanto dallo Stato «regolatore» quanto da quello «imprenditore». Invero, gli interventi salvifici sempre più spesso adottati durante particolari momenti emergenziali non fanno altro che confermare la nuova veste *lato sensu* «arbitratoria» assunta dallo Stato contemporaneo, chiamato ormai stabilmente ad assolvere anche funzioni di gestione e perequazione del mercato, realizzate però attraverso moduli operativi che non sono più riducibili al mero «dirigismo economico» dello scorso secolo, e, forse, neppure alla «regolazione» convenzionale dell'economia.

²⁷ Sul punto si v. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., pp. 112 ss. e 167 ss.; T. PADOA SCHIOPPA, *Il processo di privatizzazione: sei esperienze a confronto*, in *Riv. soc.*, 1992, p. 91 ss.; S. CASESE, *Le privatizzazioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1988, p. 32 ss.; sulle esigenze sottese al processo di «privatizzazione» e «liberalizzazione» si rinvia invece, anche per ulteriori riferimenti storici, a M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, pp. 37-38, spec. nt. 75.

concorrenziale²⁸, imponendo o replicando quegli esiti che il mercato, da sé, non è in grado di realizzare²⁹.

In questo precipuo contesto, ben più limpide appaiono dunque le ragioni dell'emersione³⁰ delle Autorità (per più d'una esigenza) indipendenti³¹, alle quali

²⁸ Così V. RICCIUTO, *Autorità amministrative indipendenti, contratto e mercato* in AA.VV. (a cura di), *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006, p. 971; G. GITTI e P. SPADA, *La regolazione di mercato come strategia*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, p. 17). Secondo taluno, però, la tutela della concorrenza sarebbe un fine solo «strumentale» alla realizzazione di ben più alti interessi e valori di stampo solidaristico [così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 489 ss. e 504 ss., nonché ID., *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 84 ss. (ora in *Il diritto dei contratti fra persone e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003, p. 237 ss., da cui si cita, spec. p. 257): “la libertà di iniziativa economica e di concorrenza hanno carattere strumentale”, dacché “sono non un fine ma un mezzo, una regola, per realizzare l'utilità sociale, l'effettiva partecipazione di tutti all'organizzazione economica e sociale del Paese e il pieno sviluppo della persona”; e, se pur con diversità di opinioni, S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 388; si v., poi, per tale prospettiva anche F. CINTIOLI, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il “diritto della crisi”*, in *Dir. soc.*, 2010, p. 384 ss. e, con più specifico riferimento al settore delle pubbliche utilities, A. MUSTO, *Il contratto “asimmetrico” di fornitura di energia elettrica. La potestà regolamentare dell'AEEG: un potere “compensativo” della “parità” contrattuale violata?*, in *Contr. imp.*, 2010, p. 1421].

²⁹ Sul tema si rimanda a D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010.

³⁰ I modelli ispiratori delle Autorità amministrative indipendenti italiane vengono generalmente identificati, per un verso, nelle «Independent regulatory agencies» o «commissions» ritratte dall'esperienza statunitense di fine Ottocento [su cui, si veda A. SCALIA, *Le Independent regulatory agencies nell'esperienza statunitense*, in AA. VV. (a cura di), *Attività regolatoria e autorità indipendenti. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas (Atti del Convegno di studi tenuto a Roma il 2-3 febbraio 1996)*, Milano, 1996, p. 31 ss.], e, per altro verso, nei successivi modelli delle «Autorités administratives indépendantes» francesi e dei «Quangos» («Quasi-autonomous non-governmental organisation») inglesi. Per ulteriori approfondimenti sulle origini e sull'evoluzione di tali modelli, si v., *ex multis*, M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007, p. 1 ss.; M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1995, p. 1 ss.; M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, *ivi*, 1997, p. 2 ss.; S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in ID. e C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, p. 217 ss.

³¹ Secondo V. RICCIUTO, *I regolatori del mercato nell'ordinamento italiano. Indipendenza e neutralità delle Autorità amministrative indipendenti*, in R. DI RAIMO e ID. (a cura di), *Impresa pubblica ed intervento dello Stato in economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 357 ss., la qualifica di «autorità amministrative», mal si concilierebbe con l'ulteriore attributo di «indipendenti», costituendo in tal senso un «ossimoro» e una «contraddizione». Per M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto*, cit., pp. 11-14, invece, a causa di una mutuazione “forse con eccessiva nonchalance da esperienze giuridiche spesso profondamente diverse”, l'avvento delle Autorità indipendenti avrebbe determinato “il tramonto della concezione classica di p.a. quale «entità compatta, inquadrata nello stato come apparato serventi il governo»” (riprendendo quanto già affermato da L. CASINI, *I confini e le dimensioni*, in L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo*, cit., p. 23); non a caso, di «anomalia» e di «devianza» rispetto ai modelli ordinari di amministrazione propri dei Paesi di *civil law* parla E. CHELI, *L'innesto costituzionale delle Autorità indipendenti: problemi e conseguenze*, in www.astrid-online.it.

è stata attribuita un'imprescindibile funzione di «*market regulation*»³². Funzione che, però, proprio in ragione della relativa incidenza sul mercato³³ – così come dell'innegabile relazione che lega quest'ultimo al contratto³⁴ – si è inevitabilmente riverberata sull'autonomia negoziale³⁵ e, da qui, sulla composizione e sulle modalità di esplicazione dei poteri privati.

Non deve allora lasciare interdetti, rappresentando anzi un *fil rouge* della negozialità del tempo presente, che ormai una cospicua messe di norme provenienti dal contesto «autoritativo», difficilmente collocabili con precisione entro la tralatizia «gerarchia delle fonti», sia capace d'influire, in modo pervasivo³⁶, sulle tradizionali forme di estrinsecazione della libertà negoziale³⁷ e, in senso più ampio, sui modi, tempi e forme della contrattazione fra privati³⁸. Le *Authorities* sono così diventate “protagoniste assolute del complesso fenomeno integrativo”³⁹, invadendo addirittura la stessa strutturazione ed organizzazione

³² Sul ruolo capitale assunto dalle Autorità indipendenti dopo la rinuncia dello Stato all'intervento diretto nell'economia si v. M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni*, Rimini, 1997, p. 158; sui caratteri «arbitrali» assunti dallo Stato nell'espletamento di tale ruolo si v. M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione*, cit., pp. 37-38).

³³ V. RICCIUTO, *Autorità amministrative indipendenti, contratto e mercato*, cit., p. 972: “Il mercato non è mai libero in senso naturalistico perché la sua struttura è dettata dall'ordinamento giuridico, che definisce i margini di tutela degli scambi stessi”; si veda, inoltre, la bibliografia citata sotto la nota 1.

³⁴ Si v. F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. dir. civ. CNN* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2008, p. 42.

³⁵ È stato notato che l'adozione da parte delle Autorità indipendenti di “norme per la regolazione di un determinato settore di mercato può implicare che si dettino norme anche per regolare i contratti del settore medesimo”: V. ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 541.

³⁶ G. NAPOLITANO, *Contratto e regolazione nel mercato dell'energia elettrica*, in M. DE FOCATIIS e A. MAESTRONI (a cura di), *Contratti dell'energia e regolazione*, Torino, 2015, p. 249 ss., spec. p. 252.

³⁷ Così G. DE NOVA, *A proposito del Commentario del codice civile diretto da Enrico Gabrielli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 329 ss., spec. p. 332, (considerazione, questa, invero già espressa in ID., *Provvedimenti delle autorità indipendenti e disciplina dei contratti*, in *Società*, 2001, p. 520).

³⁸ G. GITTI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in *Enc. giur.*, Ann. V, Milano, 2012, p. 134 ss.

³⁹ M. ANGELONE, *Diritto privato «regolatorio», conformazione dell'autonomia negoziale e controllo sulle discipline eteronome dettate dalle authorities*, in *Nuove Autonomie*, 2017, 3, p. 441 ss., spec. p. 442. Sta qui, secondo l'A. (ID., *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione*, cit., pp. 100-101), l'essenza della c.d. «neo-regolazione» [espressione tolta da V. RICCIUTO, *Autorità amministrative indipendenti, contratto e mercato*, cit., p. 974], la quale – diversamente dal passato – “si propone di ordinare le strutture mercantili (*id est*, di dettare regole di funzionamento del

dell'iniziativa economica privata, che – giova rammentare – almeno nei termini dell'art. 41 Cost., dovrebbe esser intesa, sia pure in modo non assoluto, come libera⁴⁰.

3. Moduli operativi della regolazione del mercato: regolazione «autoritativa», regolazione «soft», regolazione «giustiziale». Appare pertanto utile soffermarsi sul «modo» in cui la regolazione del mercato incide in concreto sull'autonomia dei privati, movendo anzitutto dagli strumenti *more solito* impiegati all'uopo.

La tesi tradizionale, sul rilievo del carattere non assoluto della riserva di legge esistente in ambito negoziale⁴¹, riconosce che gli atti normativi delle

mercato) tramite la disciplina del contratto” (si v., per ulteriori riferimenti, anche E. GABRIELLI, *Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, in *Giust. civ.*, 2005, II, p. 183 ss.).

⁴⁰ Antica la disputa se la tutela del mercato, e in specie della concorrenza, sia stata considerata dal Costituente: si esprime in senso favorevole P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, cit., p. 239 ss., il quale rileva che la Costituzione, “di mercato, di concorrenza (...) non fa esplicita menzione e sul punto, pertanto, è tacciata, ma ingiustamente, di ambiguità. In essa la difesa del mercato sussiste ed è di alto profilo; si collega più che alle ragioni dell'economia a quelle della politica in funzione di garanzia della democraticità dell'insieme”, ossia del sistema, “e quindi come avversione alla collettivizzazione dei beni di produzione e alla pianificazione centralizzata e autoritaria”. *Contra*, invece, N. IRTI, *Iniziativa privata e concorrenza (verso la nuova Costituzione economica)*, in *Giur. it.*, 1997, c. 226, secondo il quale la Costituzione repubblicana, almeno sino alla riforma costituzionale del 2001 (ID., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., pp. 28 ss.), “non accoglie né il modello dell'economia di mercato né il generale principio della concorrenza”, con la conseguenza che “il mercato non riceve né garanzie né tutele costituzionali: esso, quando c'è, viene consegnato alla disciplina del codice civile” (*ibidem*).

⁴¹ Il carattere relativo della riserva di legge in materia, quantunque ricavabile dall'art. 41 Cost., è pacifico tanto in dottrina (sin da S. RODOTA, *Le fonti di integrazione*, cit., p. 37 e, più di recente, M. ANGELONE, *Autorità indipendenti*, cit., p. 192), quanto in giurisprudenza (Corte cost., 14.2.1962, n. 4, in *Giur. cost.*, 1962, p. 31 ss., con nota di C. ESPOSITO, ove si legge: “La riserva di legge di cui all'art. 41 in parola non esige che l'intera disciplina dei rapporti venga regolata con atto normativo del Parlamento, dovendosi ritenere sufficiente che questo determini i criteri e le direttive idonee a contenere in un ambito ben delineato l'esercizio tanto dell'attività normativa secondaria quanto di quella particolare e concreta di esecuzione affidate al Governo, evitando che esse si svolgano in modo assolutamente discrezionale. In primo luogo, va tenuta presente la giurisprudenza di questa Corte, costante nel giudicare che la riserva di legge di cui al citato articolo non esige che la disciplina della libera iniziativa economica venga, tutta e per intero, regolata da atti normativi, bastando la predeterminazione di criteri direttivi che, avendo per fine l'utilità sociale, delineino, circoscrivendola, l'attività esecutiva della pubblica amministrazione, così da togliere ad essa carattere di assoluta, illimitata discrezionalità”). Si v., però, F. MERUSI, *La legalità delle autorità indipendenti. Atto amministrativo e negozi di diritto privato*, in ID., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2009, p. 71, il quale, sul rilievo della differenza tra regolazione del passato e regolazione dell'oggi, argomenta nel senso che quest'ultima sfuggirebbe alle maglie della riserva di legge, realizzando essa stessa “una forma di tutela diretta della libertà economica combinata con il principio di eguaglianza”.

Autorità indipendenti, purché mediamente riconducibili ad una norma attributiva di rango primario⁴², possano incidere in vario modo sul contratto, negli stessi termini e attraverso gli stessi meccanismi concettuali propri della legge ordinaria. Addirittura, non è mancato chi ha ritenuto di annoverare i regolamenti delle *Authorities* tra le generali fonti di disciplina del contratto⁴³, al pari della legge o forse anche di più⁴⁴.

⁴² S'esprimono in termini di «delega legislativa» e di «potere delegato», *ex multis*, G. GITTI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, cit., pp. 134-136; C. PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione del contratto al tempo delle autorità amministrative indipendenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, p. 94 ss., spec. pp. 101 ss.; F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 43 ss., spec. p. 48; e, se pur con diversità di opinioni, M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, *ivi*, p. 65 ss., spec. pp. 78-81. Secondo taluno, poi, il potere normativo delle Autorità sarebbe addirittura espressione del “potere regolamentare di altre autorità” cui fa cenno l'art. 3, comma 2°, disp. prel. al c.c. (per la ricostruzione di tale posizione si v., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, C. FERRARI, *I contratti nei mercati regolati*, Torino, 2018, p. 20 ss.). Posizione differente è invece espressa da M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto*, cit., p. 49 ss. [l'A. definisce una “controversa eventualità che poteri di produzione normativa (...) facciano capo a soggetti che non godono di legittimazione popolare” (*ivi*, p. 53) ed esprime riserve anche rispetto alla logica «negoziata» che accomuna i procedimenti di *drafting* di molti regolamenti delle Autorità indipendenti (su cui si v. anche V. VITI, *Carattere partecipato dell'attività regolativa delle authorities e autonomia privata. Elementi di “neocorporativismo” tra suggestioni e contestualizzazioni*, in *Contr. impr.*, 2020, 1, p. 64 ss.), ritenendo invece necessario un “potenziamento delle garanzie procedurali (rese poi effettive da un eventuale controllo in sede giurisdizionale)” (*ivi*, pp. 56-57)].

In ogni caso, sul fondamento del potere «regolamentare» delle Autorità indipendenti, si v., *ex multis*, F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 2001, pp. 1 e 5, nonché G. GRASSO, *Autorità amministrative indipendenti e Regioni tra vecchio e nuovo Titolo V della Costituzione. Alcuni elementi di discussione*, in *Quad. reg.*, 2003, p. 812 ss., secondo cui il referente super-primario della potestà regolamentare delle *Authorities* andrebbe ravvisato nell'art. 117, comma 6°, Cost. (*contra*, però, F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenza della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in in www.giustizia-amministrativa.it, § 2); per G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in ID. (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 91, nt. 1 il fondamento della potestà normativa delle Autorità indipendenti si ravvisa, invece, direttamente nel versante sovranazionale e, pertanto, indirettamente nell'art. 11 Cost.

Al tema si lega, inoltre, la nota diatriba sui poteri impliciti che, per taluno, andrebbero riconosciuti alle *Authorities*: in senso favorevole E. BRUTI LIBERATI, *Gli interventi diretti a limitare il potere di mercato degli operatori e il problema dei poteri impliciti dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in ID. e F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007, p. 175; *contra* M. ANGELONE, *o.u.c.*, pp. 77 e 97.

⁴³ Così N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p. 162; si v. anche G. DE NOVA, *Le fonti di disciplina del contratto e le autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 56 ss., spec. p. 60; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 86; ID., *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 541 ss.

⁴⁴ G. DE NOVA, *A proposito del Commentario del codice civile diretto da Enrico Gabrielli*, cit., p. 332.

Tuttavia, non può farsi a meno di notare che l'intervento «regolatorio» sul mercato (*recte*: sui mercati) si realizza talora anche attraverso pareri, raccomandazioni, indagini, ispezioni, autorizzazioni⁴⁵, che, pur avendo indubbia attitudine regolatoria⁴⁶, sono difficilmente collocabili con precisione entro la tradizionale gerarchia delle fonti⁴⁷. Addirittura, secondo alcuno⁴⁸, la regolazione c.d. «soft» sarebbe ormai il modulo operativo *par excellence* delle Autorità indipendenti, giacché, proprio grazie al prestigio e alla forza persuasiva di cui codeste godono (essendo, del resto, tendenzialmente svincolate dal circuito politico-istituzionale⁴⁹), l'effetto conformativo sul mercato e sui contratti riesce a prodursi in maniera praticamente «spontanea», e cioè senza bisogno che gli atti in concreto adottati, definibili con la ben nota locuzione «soft law», seguano complesse procedure idonee a far acquisire diretta ricaduta sul piano ordinamentale⁵⁰.

⁴⁵ Sulla «confusione» che, già sul piano delle fonti primarie, connota la nomenclatura degli atti adottati dalle *Authorities*, si v. P. PERLINGIERI, *Firma digitale e commercio elettronico*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 386, e, con più specifico riferimento agli atti adottati dalla Banca d'Italia, B.G. MATTARELLA, *Il potere normativo della Banca d'Italia*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1996*, Torino, 1996, pp. 243-244, il quale, già all'epoca, notava che «delle 50 norme che attribuiscono alla Banca d'Italia il potere di emanare regolamento a contenuto generale, nessuna parla di «regolamenti», e soltanto quattro di «istruzioni»: tutte le altre usano una terminologia varia», così «perpetua[ndo] una situazione di ambiguità».

⁴⁶ C. FERRARI, *Integrazione autoritativa e integrazione autentica nei contratti regolati*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 2, p. 310 ss., spec. p. 314.

⁴⁷ Tanto da indurre una certa dottrina (L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto. Modelli di eteronimia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Napoli, 2008, p. 93 ss.) ad annoverare gli atti «normativi» delle *Authorities* tra le fonti *extra ordinem* dell'ordinamento. Del resto, anche su di un piano terminologico, è ormai acquisito che il lemma «regolazione», ove utilizzato in riferimento all'economia o al contratto, è in realtà capace di riferirsi a tutte quelle discipline che, ancorché non derivanti da fonti propriamente normative, sono comunque idonee a reagire ai fallimenti di mercato e/o a garantire i meccanismi ottimali del mercato concorrenziale (scongiurando asimmetrie informative, evitando il prodursi di esternalità negative, rimediando a situazioni di monopolio od oligopolio): così A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo*, cit., pp. 520-521.

⁴⁸ M. ANGELONE, *Diritto privato «regolatorio»*, cit., p. 451.

⁴⁹ P. SCHLESINGER, *Il «nuovo» diritto dell'economia*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 51 ss., il quale rileva che la «giustificazione» della peculiare forma d'indipendenza delle *Authorities* «va ricercata nella preoccupazione che (...) potessero manifestarsi influenze e pressioni da parte dell'esecutivo o di maggioranze governative o di potentati economici» (*ivi*, p. 55); ma allora si v. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., e già ID., *L'età della decodificazione*, in *Dir. e soc.*, 1978, p. 631 ss.

⁵⁰ Del resto, secondo taluno, «[s]oft law significa diritto non vincolante, ma «non privo di conseguenze, perlomeno sul piano fattuale»»: E. BATTELLI, *Brevi riflessioni sul superamento del positivismo legislativo e sull'ordine a «normatività graduata» nel diritto contrattuale*, in *Pol. dir.*,

Esempi di tale tendenza si ravvisano pressoché in tutti i settori regolati, e dimostrazioni se ne ritraggono, di là dalle ben note «comunicazioni» della Consob o dalle altrettanto rinomate «istruzioni» della Banca d'Italia⁵¹, dalle «lettere al mercato» (già «circolari») diramate dall'IVASS, tese a rendere pubblica l'opinione dell'Istituto su determinate questioni di rilievo o a richiamare l'attenzione degli operatori assicurativi su alcuni profili di attività⁵²; o, ancora, almeno sino a non molto tempo fa, dalle «linee-guida» dell'ANAC, previste dall'ormai abrogato art. 213, comma 2, del vecchio Codice dei contratti pubblici, cui si affiancavano altresì gli «altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati» previsti nella medesima sede⁵³.

Trattasi, del resto, di fenomeno che, oltre ad essere destinato ad acuirsi coll'attuazione delle misure previste nel «PNRR», trova riscontro in un'amplessima attività di *moral suasion* esercitata, anche in ambito negoziale⁵⁴, dalle Autorità di vigilanza europee – Autorità bancaria europea (EBA), Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA) e Autorità europea delle assicurazioni e dei fondi pensione (EIOPA) –, le cui frenetiche «*opinions*» condizionano sempre più la sistemica funzione di regolazione in ambito

2016, p. 423 ss., spec. p. 426); in termini simili anche G. ALPA, *I contratti d'impresa, i regolamenti e gli usi normativi*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, p. 37 ss., spec. p. 47.

⁵¹ Cui si aggiungono «linee guida», «avvisi» e, addirittura, «Q&A», pubblicati sui rispettivi siti web: sul tema si rimanda a M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti, limiti e tutele*, cit., *passim*.

⁵² Ad esempio, in una delle più recenti, datata 28 luglio 2021, l'IVASS ha invitato le compagnie di assicurazione, sulla scia di quanto già richiesto dall'EIOPA, ad adottare un'adeguata sorveglianza sull'utilizzo delle complesse tecniche di mitigazione del rischio.

⁵³ Oggi, con l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36), tali strumenti di regolazione, incluse le citate «linee-guida», sono destinati a venir meno alla luce del disposto dell'art. 225, comma 16 del nuovo Codice, secondo cui, a far data dalla sua entrata in vigore, «in luogo dei regolamenti e delle linee guida dell'ANAC adottati in attuazione del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, laddove non diversamente previsto dal presente codice, si applicano le corrispondenti disposizioni del presente codice e dei suoi allegati». Invero, si potrebbe tuttavia ritenere che, per effetto della nuova disciplina, non tanto sia venuto meno il potere di diramare atti di *soft law* da parte dell'ANAC, quanto piuttosto tale potere sia stato definitivamente istituzionalizzato, giacché l'art. 222, comma 2, del nuovo Codice dei contratti pubblici, riconduce quelli che nel precedente sistema erano le «linee-guida» o gli «altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati» entro la categoria degli «atti amministrativi generali».

⁵⁴ S. AMOROSINO, *L'incidenza delle regolazioni internazionali ed europee sui rapporti civilistici inerenti ai mercati finanziari*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 1009 ss.

sovranazionale e, per il tramite delle *Authorities* dei vari Stati membri, anche nazionale.

Sotto il medesimo versante, poi, sia pure in diversa prospettiva, non è possibile ignorare come anche l'attività «para-giurisdizionale» («sanzionatoria» o, comunque, di «*dispute resolution*») esercitata dalle Autorità indipendenti contribuisca, e non poco, all'assolvimento della complessiva funzione di regolazione⁵⁵. Non di rado, gli operatori professionali, proprio al fine di rifuggire eventuali decisioni pregiudizievoli, adeguano spontaneamente le proprie condotte ai precedenti «giustiziali» delle *Authorities* (anche di «*advocacy*»), creando così una sorta di «*regulation by litigation*»⁵⁶, che, non a caso, ha indotto taluna dottrina a parlare di «regolazione sommersa»⁵⁷ o, addirittura, di «criptoregolazione»⁵⁸. «Regolazione sommersa» (o «criptoregolazione») che, soprattutto nel campo *antitrust*, ha ormai assunto un'importanza cruciale, anche per via della disciplina sul *private enforcement* contenuta nella dir. n. 2014/104/UE, attuata con il d.lgs. 19 gennaio 2017 n. 3⁵⁹, che attribuisce valore di prova «privilegiata» – e, in taluni casi, «vincolante» – all'accertamento condotto dall'AGCM in sede «giustiziale».

Orbene, la rinnovata fisionomia dei moduli operativi della regolazione sembra suggerire una profonda rilettura del problema relativo all'inquadramento ordinamentale degli atti derivanti dalle *Authorities*. Maturi appaiono infatti i tempi

⁵⁵ Così M. ANGELONE, *Diritto privato «regolatorio»*, cit., p. 453, il quale, in maniera condivisibile, rileva che “pur quando il regolatore dirime la singola situazione conflittuale, in realtà, non si estrania del ruolo che gli è proprio e quindi tende istintivamente a chiarire, orientare o correggere l'applicazione futura delle regole già poste, rendendo così la statuizione *inter alios acta* di potenziale interesse anche per gli altri soggetti non implicati”.

⁵⁶ Citando le parole di M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, in *www.federalismi.it*, 2017, p. 19.

⁵⁷ M. BUCCELLO, *Alcune ipotesi di regolazione sommersa nel settore dell'energia*, in M. DE FOCATIIS e A. MAESTRONI (a cura di), *Contratti dell'energia*, cit., p. 219 ss.

⁵⁸ M. ANGELONE, *o.u.c.*, p. 453.

⁵⁹ Su cui si v., almeno, G. FINOCCHIARO, *La divulgazione delle prove nella Direttiva “antitrust private enforcement”*, in *Dir. ind.*, 2016, p. 228 ss.; G. VILLA, *La Direttiva europea sul risarcimento del danno “antitrust”: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 305 ss.; B. CARAVITTA DI TORITTO, *Overview on the Directive 2014/104/EU*, in *Riv. it. antitrust*, 2015, 2, p. 48 ss.

per predicare l'abbandono di ogni prospettiva ricostruttiva basata sul forzato rimaneggiamento della tradizionale «teoretica delle fonti»⁶⁰.

In tal senso, proprio di recente, è stata evidenziata – a nostro parere, correttamente – l'opportunità di riguardare gli atti regolatori promananti dalle Autorità indipendenti seguendo un approccio *sostanziale*, anziché rigidamente *formale*, pur nel rispetto del (indubbiamente vincolante) principio di legalità⁶¹. E, già anni or sono, si era notato come l'avvento delle *Authorities*, imposto dall'accelerazione degli scambi (ormai privi di ogni connotazione dialogica)⁶², potesse minare in radice le logiche gerarchiche tradizionali, in quanto “sciolte dai lacci degli apparati legislativi, le autorità sono appunto poste in grado di provvedere, ossia di valutare volta per volta i bisogni e gli interessi in gioco e di adottare rapidamente le misure necessarie”⁶³. Ma, ferma tale constatazione, per tale dottrina era altrettanto vero che “il legislatore non rimane inerte (...), ma partecipa alla produzione normativa rimettendo ad altro organo la determinazione di una frazione di norma”⁶⁴.

E se il corso del ragionamento non c'inganna, la medesima prospettiva deve, per necessità, estendersi oggi a tutti i «nuovi» strumenti della regolazione, abbracciando in particolare non solo quelle forme d'intervento comunque riconducibili a schemi di produzione normativa «convenzionali», ma anche tutte quelle ipotesi di «regolazione sommersa» o «criptoregolazione» che così sonoramente agitano – e spaventano – gli operatori economici.

Chiaramente, prima di giungere a tanto, si dovrà forse rimaneggiare con cura le questioni, troppo spesso sbrigativamente risolte, relative alla natura e alla estensione della riserva di legge (eventualmente) esistente in materia ai sensi dell'art. 41 (o 42-43?) Cost.⁶⁵.

⁶⁰ E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti*, cit., p. 523.

⁶¹ C. FERRARI, *Integrazione autoritativa*, cit., pp. 314 e 323 ss.

⁶² Il riferimento corre ovviamente a N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 347 ss.

⁶³ M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, cit., p. 78.

⁶⁴ M. ORLANDI, *o.u.c.*, p. 81.

⁶⁵ Si veda, ad esempio, la posizione di F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, cit., p. 48, secondo il quale “[p]er l'intervento pubblico nell'economia la Costituzione prevede,

Ma questo è un altro discorso, su cui, in questa sede, non ci è dato di soffermarsi.

4. Regolazione del mercato e contratto: le concrete modalità d'incidenza. Non meno problematiche risultano, del resto, le modalità della concreta incidenza «a valle» dei proteiformi strumenti della regolazione.

Per fugare dubbi di sorta, però, occorre precisare che gli atti di regolazione delle *Authorities* toccano solitamente solo fattispecie contrattuali che hanno già avuto – o comunque dovranno avere – per volontà delle parti, la loro più compiuta epifania⁶⁶.

Pur de-limitata in siffatta maniera, l'attività autoritativa riesce comunque ad incidere su una molteplicità di profili della contrattazione, che dalla fase pre-negoziale si propagano a quella costitutiva, slargandosi, da qui, sino a quella propriamente funzional-esecutiva.

Con riguardo alla fase genetica del contratto, innumerevoli e minuziose sono infatti le regole di condotta (prevedenti appositi obblighi pubblicitari, informativi e di trasparenza) imposte dalle *Authorities* a carico dei soggetti «forti» (banche, intermediari, gestori di pubblici servizi); regole che, inevitabilmente, finiscono per ripercuotersi sugli atti conclusi con le controparti consumeristiche, determinando una sorta di serrata «procedimentalizzazione» nella formazione del vincolo negoziale, con tutti i relativi problemi di *enforcement* (privato) che ne derivano in caso di mancato rispetto⁶⁷.

Si pensi, giusto per dare maggiore concretezza alle affermazioni che precedono, agli obblighi pre-contrattuali imposti dalla Banca d'Italia per quanto

come abbiamo visto, la riserva di legge, per la regolazione no", sicché "il principio di legalità che attiene alla regolazione può limitarsi alla mera attribuzione di funzioni a una autorità regolatrice".

⁶⁶ C. FERRARI, *Integrazione autoritativa*, cit., p. 314.

⁶⁷ Per ovvie ragioni, non è possibile trattare in questa sede del tema delle conseguenze derivanti dal mancato rispetto degli obblighi imposti nella fase pre-contrattuale, tema che, com'è noto, involve a sua volta la complessa distinzione tra regole «di condotta» e regole «di validità», sulla quale, tuttavia, si v. almeno i noti pronunciamenti Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Contr. impr.*, 2008, p. 1 ss., con nota di F. GALGANO (e in *Contratti*, 2008, p. 393 ss., con nota di A. GENTILI).

concerne l'offerta di servizi bancari e finanziari⁶⁸, o dall'IVASS nel settore assicurativo in merito al «fascicolo informativo» e al relativo contenuto⁶⁹, ovvero, e ancora, dalla Consob per quanto riguarda le attività d'investimento e i servizi accessori⁷⁰. Parimenti degne di nota sono, poi, le prescrizioni di carattere pre-negoziabile dettate dalle *Authorities* operanti nei mercati delle *utilities* e dei servizi di pubblica utilità, che non di rado impongono specifici obblighi d'informazione e correttezza cui devono attenersi i fornitori nei confronti dei consumatori e degli utenti⁷¹; obblighi che, per giunta, diventano particolarmente stringenti in taluni casi particolari, come quello dell'attivazione di servizi e forniture non richiesti⁷². E

⁶⁸ Si pensi, in via esemplificativa, che le «Disposizioni sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti», adottate dalla Banca d'Italia in data 29 luglio 2009 e modificate da ultimo in data 30 giugno 2021 per adeguare la disciplina alla dir. 2015/2366/UE (c.d. «PSD 2»), arrivano addirittura a stabilire, nell'Allegato 1, i criteri d'impaginazione e le scelte tipografiche da seguire nella stesura delle clausole per assicurarne o migliorarne la leggibilità e l'intelligibilità; in dottrina, tra i contributi più recenti, anche rispetto alle esigenze ingenerate dalla pandemia da Covid-19, si v. T. RUMI, *Merito creditizio e formalismo contrattuale nella disciplina del Decreto Liquidità*, in *Contratti*, 2020, 4, p. 463 ss.

⁶⁹ Si veda il Regolamento IVASS del 2 agosto 2018, n. 41 (che ha sostituito il precedente Regolamento IVASS 26 maggio 2010, n. 35), recante la disciplina degli obblighi d'informazione e della pubblicità dei prodotti assicurativi, di cui al Titolo XIII del Codice delle assicurazioni private; a questo si aggiunga anche il reg. IVASS 2 agosto 2018, n. 40 (che ha sostituito il precedente Regolamento ISVAP 16 ottobre 2006, n. 5), che detta le regole di presentazione e di comportamento nei confronti della clientela nell'offerta dei contratti di assicurazione. In dottrina, sul tema si v. G. GITTI, *Autonomia privata*, cit., p. 135 ss.

⁷⁰ Si veda, emblematicamente, la Parte II del «nuovo» Regolamento «Intermediari» – adottato dalla Consob con delibera 15 febbraio 2018, n. 20307 in attuazione della dir. 2014/65/UE (c.d. «MiFID II») –, che è interamente dedicata alla «trasparenza e correttezza nella prestazione dei servizi/attività di investimento e dei servizi accessori»; in dottrina, per la nuova disciplina, si v. F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2019, p. 137 (spec. nt. 5).

⁷¹ Si veda, per le *utilities*, quanto previsto nel Titolo III del «Codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica e di gas naturale ai clienti finali» (Allegato A alla delibera ARERA 366/2018/R/com del 28 giugno 2018 ss.mm.ii.), mentre, per il settore delle telecomunicazioni, gli obblighi informativi imposti agli operatori, nel caso di contratti conclusi a distanza o fuori dai locali commerciali, definiti dal «Regolamento per la tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche» (approvato con delibera Agcom 25 settembre 2015, n. 519/15/CONS); su tali temi si v. G. GITTI, *Autonomia privata*, cit., p. 138; G. GABASSI, *Delibera AGCom 519/15/CONS e Regolamento UE n. 2120/2015: due occasioni mancate per la tutela degli utenti nei contratti aventi ad oggetto servizi di comunicazione elettronica?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 746 ss., spec. pp. 762 ss.

⁷² Si v., ad esempio, l'art. 5 dell'allegato A alla delibera AEEGSI 153/2012/R/com del 19 aprile 2012, come modificata e integrata dalla delibera 208/2016/R/eel del 2016 (recante «Misure preventive e ripristinatorie nei casi di presunti contratti ed attivazioni non richiesti di forniture di energia elettrica e/o di gas naturale»), che impone al venditore ulteriori obblighi in caso di contratti stipulati fuori dai locali commerciali o mediante forme di comunicazione a distanza: sul tema, F. LONGOBUCCO, *Forniture non richieste e procedimentalizzazione dell'attività d'impresa: doveri di status del professionista?*, in *Giur. it.*, 2014, p. 2623 ss. Peraltro, analoghe tutele sussistono

il quadro, come già detto con riguardo ai differenti moduli operativi prescelti dalle Autorità di regolazione, è destinato inevitabilmente a complicarsi, quanto meno nel settore dei *digital markets*, coll'implementazione, prevista nel «PNRR», dei poteri dell'AGCM secondo le previsioni del *Digital Markets Act*⁷³.

Di là dagli obblighi che precedono il contratto, poi, molto spesso l'intervento delle *Authorities* involve direttamente il contenuto regolamentare di questo, realizzando quel fenomeno di eterointegrazione negoziale che, più d'altri, ha fatto rivolgere le attenzioni della dottrina verso il complesso fenomeno regolatorio⁷⁴. Il rapporto contrattuale finisce così per divenire la risultante⁷⁵ di determinazioni risalenti alle parti e dell'imposizione di molteplici elementi contenutistici fissati direttamente dalle Autorità, e riguardanti tanto gli aspetti più squisitamente «economici», quanto quelli più propriamente «normativi», arrivando talvolta ad integrare quei requisiti di «forma-contenuto» che, nella prospettiva del «neo-formalismo negoziale»⁷⁶, sono richiesti dall'ordinamento sotto pena di nullità. Il tutto, in definitiva, nel solco di una ormai sempre più labile

anche nel settore delle comunicazioni elettroniche, come conferma l'art. 3, comma 3, del cit. Reg. ACom 25 settembre 2015, n. 519/15/CONS: si veda G. GABASSI, *op. cit.*, pp. 790 ss.

⁷³ Regolamento (UE) n. 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) n. 2019/1937 e (UE) n. 2020/1828.

⁷⁴ Si veda il dialogo promosso sul tema dalla civilistica in occasione del Convegno di Brescia del 22-23 novembre 2002, *Il Contratto e le Autorità indipendenti*, i cui contributi sono stati poi raccolti nel volume G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit.

⁷⁵ L'effetto ultimo è, dunque, una «proliferazione» e «parcelizzazione» delle fonti di disciplina del contratto (come rilevato, del resto, da P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 364 ss. e 394), che comporta, di risulta, una riduzione, per un verso, delle prerogative dei contraenti (tanto da far parlare di «crisi della autoreferenzialità» del contratto: P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 334), e, per altro verso, dello spazio riservato nella materia contrattuale al legislatore statale (N. LIPARI, *Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 418); fenomeno, soprattutto quello da ultimo menzionato, che s'inserisce perfettamente in quel processo di «de-centralizzazione» del codice civile, i cui albori sono stati individuati nell'immediato secondo dopo-guerra, allorquando lo Stato, da semplice arbitro dell'economia, diviene soggetto attivo nel mercato (N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., pp. 9 ss.).

⁷⁶ L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, p. 127; S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009, *passim*; Id., *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir.*, Ann. IV, Milano, 2011, p. 772 ss.; G. D'AMICO, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, p. 328 ss.

distinzione, se non di una vera e propria sovrapposizione, tra (spazio riservato al) diritto privato e (spazio riservato al) diritto pubblico (dell'economia)⁷⁷.

Rispetto a tale linea d'intervento, è evidente che la sfida ricostruttiva rimane ancora oggi quella di comprendere in che modo le prescrizioni incidenti sulla fase funzionale del contratto possano imporsi ad un'eventuale contraria volontà delle parti (*recte*: della parte «forte»), ed è altrettanto evidente che il relativo esito è legato a doppio filo all'ulteriore questione, già detta, riguardante la corretta «collocazione» ordinamentale del diritto promanante dalle *Authorities*. Sfida che, nonostante l'apparente problematicità del profilo da ultimo citato⁷⁸, è risolta senza troppe difficoltà dalla prevalente dottrina⁷⁹ attraverso un richiamo al meccanismo della nullità (totale o parziale) e, se del caso, conseguente inserzione automatica di clausole, di cui agli artt. 1339, 1418 e/o 1419 c.c., ovvero, e direttamente, automatica integrazione regolamentare ai sensi dell'art. 1374 c.c.⁸⁰. Anche noi, in altra sede, c'eravamo prodigati per dimostrare la fondatezza di una siffatta conclusione⁸¹.

⁷⁷ Non a caso, s'è parlato a tal proposito di «pubblicizzazione del contratto», quale *species* di una più ampia «pubblicizzazione del diritto privato» (C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, 2^a ed., Milano, 2000, p. 34), derivante, del resto, dall'esigenza di reagire ai fallimenti del mercato, dacché la necessità di «operare una eterodeterminazione dei fini perseguiti dai singoli operatori» [L. GIANI e A. POLICE, *Le funzioni di regolazione del mercato*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, 1^a ed., Torino, 2008, p. 509].

⁷⁸ Si v. M. NUZZO, *Relazione introduttiva*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della «Rassegna di diritto civile»*, Napoli, 2006, p. 336, che riconosce come, nell'attuale contesto, sempre più spesso dilagano «norme imperative di estrazione secondaria», portato, peraltro, dello «straordinario ampliamento della legislazione speciale e della normativa secondaria di rilevanza civilistica». Si v. sul tema anche E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, cit., pp. 520 e 523.

⁷⁹ Propendono per tale soluzione, *ex multis*, C. PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione*, cit., *passim*, spec. pp. 104 ss.; M. ANGELONE, *Autorità indipendenti*, cit., pp. 162 ss.; V. VITI, *Il contratto e le autorità indipendenti*, Napoli, 2013, pp. 110 ss.; E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti*, cit., p. 520 ss.; e, pur in una prospettiva parzialmente diversa, discorrendo di «nullità testuale a fattispecie virtuale» e di «sindacato sui fini», G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 217 ss., spec. pp. 226 ss. Posizione radicalmente diversa, e invero più complessa, è quella di M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, cit., pp. 78 ss., che propende per distinguere le conseguenze dell'inosservanza dei provvedimenti autoritativi a seconda della modalità d'intervento prescelta dall'Autorità (atti regolamentari, atti diversi e atti amministrativi generali).

⁸⁰ La differente prospettazione di cui nel testo dipende, com'è intuitivo, dall'eventualità che vi sia stata (primo caso) o meno (secondo caso) una estrinsecazione regolamentare dell'autonomia privata contraria alle determinazioni «autoritative».

⁸¹ E. TEDESCO, *Regolazione dell'economia*, cit., pp. 237-238.

Tuttavia, volgendo oggi uno sguardo alle evoluzioni del fenomeno regolatorio, ci si avvede che tale prospettiva, per quanto indubbiamente predicabile, non è affatto necessitata come sembrerebbe.

Già tempo addietro, invero, si era evidenziato, in maniera alquanto convincente, che le previsioni di fonte autoritativa potessero integrare “non (...) inserimento «automatico», ma obbligo delle parti di convenire la clausola, secondo il contenuto determinato dall'autorità”, giacché “[q]ui a rigore non ci troviamo dinanzi a un fenomeno di eteronormazione, ma appunto alla imposizione di un obbligo suscettibile di adempimento o inadempimento”⁸²; e, più di recente, altra dottrina non ha mancato di rilevare come l'integrazione negoziale conseguente agli atti delle Autorità potrebbe in realtà intendersi come «integrazione autentica» che impone “la predisposizione, soprattutto ad opera di colui che di fatto si trova nelle vesti del «professionista», di clausole redatte secondo il programma informativo (precontrattuale) e contenutistico (contrattuale) dettato dai provvedimenti delle Autorità indipendenti di volta in volta rilevanti”⁸³.

In effetti, più d'una perplessità sembra ragionevolmente levarsi rispetto al tentativo «tradizionale» di incasellare il problema dell'incidenza «regolatoria» sul contratto entro le anguste maglie del comb. disp. artt. 1339 e 1419, comma 2°, c.c.⁸⁴, risultando invero ben più persuasivo e condivisibile un approccio olistico, volto, nella sostanza, e senza tema alcuno, a riconoscere che il negozio – e, per tale via, il rapporto negoziale – altro non è che “la sintesi, sul piano formale, delle

⁸² M. ORLANDI, *Autonomia privata*, cit., pp. 82-83.

⁸³ C. FERRARI, *Integrazione autoritativa*, cit., p. 340.

⁸⁴ Non a caso, già anni or sono, con riguardo alle prerogative «regolatorie» esercitate sui contratti «a monte» della filiera energetica dall'allora AEEG (e, in particolare, traendo spunto dalla soluzione adottata con la delibera n. 248/2004/AEEG, che aveva imposto ai grossisti-importatori un obbligo di rinegoziazione dei contratti con i venditori al dettaglio, producendo così effetti anche sui contratti d'importazione stipulati tra produttori esteri di energia e grossisti-importatori), autorevole dottrina aveva rilevato come il “nuovo approccio regolamentare inaugurato dall'Aeeg” avesse ormai comportato il superamento del “meccanismo basato sull'imposizione di regole imperative, a cui i privati sono chiamati ad uniformarsi, (...) mettendo in soffitta la sua logica che, nell'ordinamento italiano, trova radice nella norma *antitrust* del *Fascio* ossia nell'art. 1339 c.c.”: G. GITTI, *Gli accordi con le autorità indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 2, p. 173 ss., spec. pp. 176 ss.

determinazioni provenienti da (...) diverse fonti”⁸⁵, tuttavia “unificate in sede di qualificazione e tutte concorrenti a comporre la fattispecie giuridica dell’atto”⁸⁶.

Peraltro, una siffatta revisione – o, comunque, ri-meditazione – pare essere suggerita anche dalla rinnovata fisionomia assunta dal fenomeno regolatorio, caratterizzato ormai, anche a livello europeo, non solo da un ripetuto impiego di strumenti d’intervento c.d. «soft», ma altresì da una sempre maggiore ingerenza sull’organizzazione imprenditoriale e sui requisiti soggettivi dei contraenti (*recte*: del contraente «forte»). Com’è stato rilevato, infatti, “il baricentro delle misure regolatorie (...) si sta via via spostando dal contratto (cioè dall’area dell’atto e del correlativo rapporto negoziale) al momento organizzativo stesso dell’attività imprenditoriale”⁸⁷ e si pensi a tal proposito, tra le altre, alle prescrizioni in materia di governo societario imposte dall’IVASS al fine di adeguare i modelli di

⁸⁵ Come rileva M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione*, cit., pp. 146 ss., “l’incremento e la pervasività delle prescrizioni regolamentari poste dalle autorità indipendenti ha comportato un’alterazione degli equilibri esistenti all’interno della gamma delle fonti di integrazione del contratto” finendo per “togliere ossigeno» agli usi, sia normativi che negoziali”, favorendo “una produzione ed un ricambio di norme pressoché continuo, dal quale scaturiscono ricorrenti e ripetute modifiche al regolamento negoziale che risulta *in fieri*” (*op. cit.*, p. 147) e determinando per numerosi contratti “notevoli deviazioni dal regime (tipico) codicistico”, tanto da dar vita ad un vero e proprio “contratto «amministrato»” (*op. cit.*, pp. 148-149). Ad ogni modo, malgrado la rilevanza, quantitativa e qualitativa, degli interventi etero-integrativi, la dottrina è tendenzialmente favorevole ad ammettere che la vicenda che risulta dall’intervento «conformativo» rimanga contrattuale (V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 49 e 501 ss.), e ciò anche perché l’idea stessa che l’autonomia privata vada concepita sì come totalmente slegata da vincoli ordinamentali, ancorché derivanti dalla regolazione «autoritativa», è una *contradictio in terminis* [si v. N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, cit., p. 49, per il quale la stessa non “è da considerare come forza originaria, dotazione naturale dei singoli, *ma come fattore interno all’ordine giuridico*” (corsivo dell’A.); o, anche, P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 186, che ammonisce avvertendo che l’autonomia non va confusa con il mero «arbitrio»].

⁸⁶ Si v. M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., pp. 202-203, il quale, non a caso, subito prima afferma che “nell’ordinamento vigente la disciplina del rapporto che trova la sua fonte sul negozio è dettata insieme dalle *parti*, nell’esercizio del loro potere di autonomia, e dall’*ordinamento*” (corsivo aggiunto). *Contra*, se pur non meno autorevolmente, A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 50 ss., secondo cui il rapporto tra «ordinamento giuridico» e «autonomia privata» non verrebbe in rilievo guardando al contratto da un punto di vista statico, ma solo a quello dinamico, ossia dal lato degli effetti. Trattasi, tuttavia, di posizione non condivisibile, soprattutto alla luce dell’attuale contesto socio-ordinamentale, anche perché – come evidenziato da A. MATTIA SERAFIN, *La presupposizione. Genesi storica, categorizzazione differenziale e olismo contrattuale*, Napoli, 2021, p. 224 – un tale approccio presuppone la conclusione, allo stato difficilmente sostenibile, che il primo punto di vista “possa interessare più il «sociologo» che il «giurista»”.

⁸⁷ Si v. M. ANGELONE, *Diritto privato «regolatori»*, cit., p. 445, e, sui risvolti economici (*recte*: micro-economici) del fattore organizzativo, N. IRTI (a cura di), *Diritto ed economia. Problemi e orientamenti teorici*, Padova, 1999 (*ivi*, S. MARTUCELLI, **Ronald H. Coase, o del neo-istituzionalismo economico**).

governance delle imprese di assicurazione ai rispettivi profili di rischiosità⁸⁸, o anche alle numerose norme *lato sensu* «organizzative» rivolte alle imprese operanti nel settore dell'investimento e contenute nei Regolamenti «Intermediari»⁸⁹ ed «Emittenti»⁹⁰ della Consob; senza, peraltro, negligere la continua insorgenza di nuovi obblighi organizzativi derivanti da fonti, anche di *soft law*, unionali⁹¹.

In definitiva, la regolazione dell'economia, sulla scia del sempre maggior rilievo riconosciuto al fattore organizzativo nelle diverse forme d'estrinsecazione della libertà negoziale (d'impresa)⁹², non sembra più limitarsi ad una mera «conformazione» del contratto, sul presupposto (difficile da smentire) dell'identificazione del mercato con gli atti che vi si pongono; ma, semmai,

⁸⁸ Regolamento IVASS del 3 luglio 2018, n. 38, che, tra gli altri, si occupa del ruolo degli organi sociali, dell'adeguatezza della struttura organizzativa, del sistema di controllo interno, del sistema di gestione dei rischi e dell'idoneità alla carica degli esponenti aziendali e di coloro che svolgono le funzioni fondamentali.

⁸⁹ Si pensi alle prescrizioni contenute nell'art. 78 del cit. Regolamento «Intermediari» Consob in materia di requisiti di conoscenza e competenza del personale che esercita attività d'intermediazione.

⁹⁰ Cospicue sono le norme contenute nella Parte III del Regolamento «Emittenti» Consob, dedicate, tra l'altro, all'informazione societaria, agli assetti proprietari, all'esercizio del diritto di voto assembleare, alla composizione degli organi di amministrazione e controllo, alla tutela delle minoranze, ai patti parasociali.

⁹¹ Ad esempio, le regole in materia di *governance* previste dall'IVASS vanno lette alla luce delle previsioni di cui alla dir. 2009/138/CE (c.d. «*Solvency II*»); parimenti le norme sull'organizzazione societaria e sui requisiti imposti per l'esercizio delle attività regolamentate in base alla normativa Consob si ricollegano alle previsioni di cui alla dir. n. 2014/65/UE (c.d. «*MiFID II*»): basti pensare al cit. art. 78 del Regolamento «Intermediari» da leggere alla luce dell'art. 25, par. 1, il quale prescrive espressamente alle imprese d'investimento "di garantire e dimostrare (...) che le persone fisiche che forniscono consulenza alla clientela in materia di investimenti o informazioni su strumenti finanziari, servizi d'investimento o servizi accessori per conto dell'impresa d'investimento sono in possesso delle conoscenze e competenze necessarie". Ulteriori conferme di tale tendenza anche a livello europeo si ravvisano, poi, nel reg. n. 2017/1129/UE (c.d. regolamento prospetto), che, nel disciplinare il prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione di titoli in un mercato regolamentato preannuncia, al Considerando n. 8, che l'informativa racchiusa nel documento in parola e disposta per tutelare gli investitori non impedisce alle autorità competenti dei singoli Stati di stabilire altri requisiti "in particolare in materia di governo societario". Si vedano, inoltre, tra gli atti di *soft law*, gli «Orientamenti sulla *governance* interna» emanate dall'EBA ai sensi della dir. n. 2019/2034/UE (c.d. «*IFD*»); gli «Orientamenti sulla valutazione dell'idoneità dei membri dell'organo di gestione e del personale che riveste ruoli chiave emanate» dall'EBA e dall'ESMA ai sensi dell'art. 9, par. 1, della cit. n. 2014/65/UE (c.d. «*MiFID II*») e dell'art. 91, par. 12, della dir. n. 2013/36/UE (c.d. «*CRD IV*»), tenendo tuttavia conto anche delle modifiche apportate dalla dir. n. 2019/878/UE (c.d. «*CRD V*»).

⁹² P. CORRIAS, *Incidenza dell'impresa e conformazione del contratto di assicurazione*, in *Giust. civ.*, 2017, II, p. 509 ss., spec. pp. 514-515.

spingendosi oltre, ipostatizza una vera e propria «conformazione» dell'autonomia privata, sul presupposto (ancóra più difficile da smentire) dell'identificazione del mercato con i suoi attori. Dacché, però, la concomitante esigenza di accogliere una più attuale e non consustanziale concezione del diritto civile; una concezione, s'intende, nella quale l'autonomia privata⁹³, sempre più spesso degradata a mero atto «di impulso» negoziale⁹⁴, non può (più) considerarsi un *quid* intangibile⁹⁵.

5. I limiti e i controlli all'attività di regolazione. Quanto detto impone inevitabilmente di riflettere altresì sui limiti (interni ed esterni) alla eteroconformazione «regolatoria» e, in generale, sul complesso tema dei controlli, non solo in termini gius-civilistici, rispetto alle modalità di esplicazione della delicata funzione di regolazione.

Sul punto è già stato proposto di ravvisare nei canoni di «ragionevolezza» e di «proporzionalità», letti anche alla luce del criterio di «sussidiarietà orizzontale»⁹⁶, i parametri fondamentali per scongiurare eventuali derive «regolatorie» da parte delle *Authorities*⁹⁷; parametri, nella specie, da utilizzare al

⁹³ Sul tema, si v. di recente A. ZOPPINI, *Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio*, in *Ars Interpretandi*, 2021, 2, p. 36 ss.

⁹⁴ Così, magistralmente, N. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 359 (conclusione peraltro condivisa anche da chi segue diversa prospettiva: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 322 ss.).

⁹⁵ Si v. N. IRTI, *Contratto e fonti regolative*, in M. DE FOCATIIS e A. MAESTRONI (a cura di), *Contratti dell'energia e regolazione*, cit., p. 1, per il quale “[l]’autonomia privata non è un dogma, ma una creatura del tempo”; e ciò perché “*le fonti regolative non trovano il contratto, ma fanno il contratto*, il quale non progredisce né regredisce, non si espande e non si ritrae, ma è, di epoca in epoca, così come è conformato dalle fonti regolative” (corsivo dell’A).

⁹⁶ In generale sul tema della sussidiarietà nel diritto privato si v. E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell’iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 257 ss. (nonché in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, cit., p. 771 ss.; e ora in *Id.*, *Principi e metodo nell’esperienza giuridica*, Torino, 2018, p. 1 ss.)

⁹⁷ M. ANGELONE, *Diritto privato «regolatorio»*, cit., pp. 206 ss. e 455 ss.

fine di ammettere un eccentrico controllo di meritevolezza⁹⁸ (o di liceità⁹⁹) sul singolo contratto «conformato», sì da realizzare, di riflesso, anche quel controllo «a monte» che pare difettare con riguardo all'intervento autoritativo in sé.

Senonché a noi pare che un simile approccio, pur nella convinta adesione ad una metodologia che non sminuisca il ruolo cardine ormai assunto dal formante «principialistico»¹⁰⁰, rischi di condurre ad esiti non propriamente soddisfacenti¹⁰¹. E ciò non tanto per quell'argomento¹⁰² – evidentemente non invocabile nel nostro caso¹⁰³ – che ritiene addirittura «abusivo» l'uso diretto dei principi costituzionali nei rapporti tra privati, ma soprattutto perché la riconosciuta

⁹⁸ Si v. a tal proposito P. BARCELLONA, *Intervento statale*, cit., p. 217 ss., così come la nota posizione di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 611, secondo cui “[i]l giudizio di meritevolezza dell'atto deve essere espresso alla luce dei principi fondamentali dell'ordinamento e dei valori che lo caratterizzano”.

⁹⁹ Secondo un approccio volto a distinguere il controllo di liceità da quello di meritevolezza (sulla differenza qualitativa tra i due, si v. A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, 3^a ed., Torino, 2009, p. 207).

¹⁰⁰ Sul tema si v., da ultimo, F. ADDIS, *Argomentazione «per principî» e individuazione della fattispecie «a posteriori»*, in *Nuovo dir. civ.*, 2022, 3, p. 5 ss.

¹⁰¹ Il tutto pur prescindendo dall'ulteriore ostacolo, tutt'altro che secondario, rinvenibile nella normativa consumeristica, che esclude dal giudizio di vessatorietà le clausole meramente riproduttive di disposizioni di legge (art. 34, comma 3, cod. cons.); sul tema e sulla necessità di ricomprendere – anche, e soprattutto, alla luce dell'art. 1, part. 2, dir. n. 93/13/CEE [che parla di altresì di «disposizioni (...) regolamentari»] – nella locuzione «disposizioni di legge» anche le norme di rango secondario, si v., *ex plurimis*, P. SIRENA, *Art. 1469-ter, comma 3*, in G. ALPA e S. PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2003, p. 602; e, in giurisprudenza, Cass., 17 febbraio 2009, n. 3773, in *Banca borsa tit.*, 2010, II, p. 687 ss., con nota di S. CORRADI, *Brevi riflessioni sui profili probatori e risarcitori in tema di responsabilità da inadempimento dell'intermediario finanziario*; ed in *Danno resp.*, 2009, p. 506 ss., con nota di V. SIRGIOVANNI, *La Cassazione interviene di nuovo sulle norme di condotta degli intermediari finanziari*.

¹⁰² Così A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo di principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 4, p. 747 ss. (sulla «proporzionalità», spec. pp. 753-757; sulla «ragionevolezza», spec. pp. 757-760).

¹⁰³ S'intende sì come connotato da un intervento, sia pure mediato ed *ab externo*, di un «regolatore» indipendente indubbiamente assoggettato a norme pubblicistiche: e, invero, si v. A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, p. 338, il quale, con riguardo alla «proporzionalità», afferma che “il principio di proporzionalità trova applicazione in tutti i casi in cui vi sia esercizio di potestà da parte di una pubblica amministrazione o, più ampiamente, *da parte di un soggetto che pone in essere attività amministrativa*” (corsivo aggiunto), dacché la conclusione, ripresa dalla dottrina cit. nella nota precedente, della “inapplicabilità del principio all'attività di diritto privato” (similmente, già in tempi non sospetti, U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Milano, 1965, p. 367, nt. 523, secondo cui detto criterio presupporrebbe uno «intervento autoritativo»).

(ed innata) «polisemia»¹⁰⁴, «indeterminatezza»¹⁰⁵ e «ambiguità»¹⁰⁶ che connota i parametri suesposti mal si concilierebbe con le esigenze di certezza e sicurezza che il mercato innegabilmente richiede¹⁰⁷, ancor più quando a venire in discussione è la delicata funzione di regolazione su di esso incidente¹⁰⁸.

La strada da percorrere, allora, potrebbe forse essere altra.

Posto che non è peregrino ravvisare il fondamento degli interventi di conformazione – o, almeno, di una parte consistente di essi¹⁰⁹ – anche

¹⁰⁴ A. MORRONE, *Principio di ragionevolezza e definizione di «diritto»*, in M. LA TORRE e A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, p. 285.

¹⁰⁵ S. TROIANO, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Padova, 2005, p. 37.

¹⁰⁶ G. SCACCIA, *Motivi teorici e significati pratici della generalizzazione del canone di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in M. LA TORRE e A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza*, cit., p. 387 ss., spec. p. 393, ove la «ragionevolezza» è definita “sfuggente, polimorfa e ambigua” (tanto da venir sovente definita attraverso un linguaggio «perifrastico»: ID., *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, p. 1).

¹⁰⁷ Si v., sia pure in prospettiva non velatamente assiologica, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 2, p. 334 ss., e ora in L. FERRONI (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Napoli, 2002, p. 441 ss., spec. p. 447, che definisce come «riconosciuta» l’operatività, in ispecie, del principio di «proporzionalità» “nel mercato, nel libero mercato”.

¹⁰⁸ In generale su tali rischi, si v., per tutti, N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., *passim*, spec. pp. 16-17. Invero, anche la dottrina più favorevole ad ammettere una diretta applicazione dei canoni di «ragionevolezza» e «proporzionalità» nei rapporti tra privati (in ispecie negoziali), non fa mistero di tutte le contraddizioni che, già in punto di teoria generale, una tale operazione comporta. Ne dà riprova la conclusione cui, di recente, è giunta giovane (sia pure già autorevole) dottrina (A. MATTIA SERAFIN, *La presupposizione*, cit., pp. 249-250), che, nel tentativo (invero, notevole) di ricostruire la discussa figura della «presupposizione» quale «tecnica argomentativa composita» ispirata a «ragionevolezza» e «proporzionalità» (*op. cit.*, p. 258 ss.), riconosce che “«durante» l’incessante attività ermeneutica, sollecitata dalla dialettica euristica tra norma e fatto” i suddetti principi “(...) p[ossono] assumere ora la forma della «clausola generale» (...), ora la forma di un «criterio argomentativo», risultando così frustrate le esigenze cui si faceva riferimento nel testo (per la difficile qualificazione dei suddetti «parametri», si veda già prima S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, 2ª ed., Milano, 2016, p. 1, il quale, con più specifico riferimento alla «ragionevolezza», constata che essa è “definita di volta in volta principio, clausola generale, standard, parametro, criterio di valutazione”).

¹⁰⁹ Invero, corre l’obbligo di precisare che, accanto all’art. 41 Cost., altre norme e altri interessi d’indubbia rilevanza costituzionale ed europea potrebbero ben rappresentare il fondamento legittimante gli interventi di etero-conformazione sul contratto e, a monte, la stessa esistenza delle Autorità indipendenti da cui questi promanano. Così, senza pretese di esaustività, si possono ricordare le previsioni di cui agli art. 47 Cost. che, nel sancire la tutela del risparmio in tutte le sue forme, ben potrebbero rappresentare fondamento delle funzioni regolatorie ed etero-integrative attribuite alla Banca d’Italia (e, *sub specie*, anche alla Consob o all’IVASS); ancora, l’art. 21 Cost., su cui fondare l’attività dell’AGCOM; o, addirittura, l’art. 2 Cost., in relazione agli interventi del Garante dei dati personali. In ogni caso, sul tema della «copertura» costituzionale ed euro-unionale dell’attività regolatoria si v., *ex plurimis*, S. BATTAINI e G. VESPERINI, *Indipendenza del regolatore nazionale imposta dal diritto europeo e globale* in M. D’ALBERTI e A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit., p. 73 ss.; G. GITTI e P. SPADA, *La regolazione di mercato come strategia*, in G. GITTI (a cura di), *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 16 ss.; M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione*, cit., p. 33 ss.

sull'organizzazione dell'impresa, nell'art. 41 Cost.¹¹⁰, e precisamente nella clausola di «utilità sociale» ivi prevista, il passo naturalmente successivo potrebbe essere quello di riconoscere nella stessa clausola, non solo il fondamento della potestà conformativa, ma altresì il limite di tale potestà, assunto e specificato – s'intende – attraverso le norme di rango primario attributive delle funzioni regolatorie.

D'altronde, già tempo addietro, autorevole dottrina aveva dimostrato come la formula «utilità sociale» dovesse intendersi quale “formula verbale riassuntiva di una serie di interessi a rilievo sociale”¹¹¹ e come, pertanto, compito dell'interprete fosse proprio quello “di individuare (...) quali sono gli interessi che nel settore dei rapporti economici emergono sul piano formale accanto a quelli del soggetto che pone in essere l'attività economica e in che modo si realizzi fra loro l'equilibrio”¹¹².

Alla luce di tale percorso argomentativo, si potrebbe quindi sostenere – ma, chiaramente, si tratta qui d'un semplice abbozzo – che proprio la clausola di «utilità sociale» possa rappresentare il parametro di giudizio, il punto d'equilibrio tra l'ampiezza e la pervasività degli interventi conformativi delle Autorità e l'assetto d'interessi in concreto perseguito dai privati.¹¹³

Epperò, una volta riconosciuto ciò, occorrerà valutare se e come tale criterio possa trovare effettiva rispondenza in un adeguato sindacato giurisdizionale sugli atti e, in genere, sull'attività regolatoria svolta dalle Autorità a ciò deputate, non foss'altro perché trattasi di questione che implica, ed è a sua volta implicata da, tutte le ulteriori questioni che abbiamo sopra ripercorso: dall'analisi sulle fonti della regolazione a quella sugli strumenti regolatori, dall'indagine sul rapporto tra l'autonomia privata e l'operato autoritativo a quella sui limiti di tale operato.

¹¹⁰ Così anche M. ANGELONE, *op. ult. cit.*, p. 34.

¹¹¹ M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., p. 81.

¹¹² M. NUZZO, *o.u.c.*

¹¹³ Peraltro, lo stesso A., quasi premonendo l'avvento dei proteiformi moduli operativi delle *Authorities*, avvertiva che le molteplici combinazioni tra interessi compendiabili sotto la clausola di «utilità sociale» e atti a contenuto patrimoniale “difficilmente possono essere fissate da uno strumento rigido qual è la legge” (*o.u.c.*, p. 58).

In verità, le soluzioni prospettabili in materia sono ampiamente incerte¹¹⁴, e ciò anche per via di una serie di limiti, tutti strutturalmente connaturati al nostro ordinamento, quali l'esistenza di una pluralità di giurisdizioni¹¹⁵ e la presenza – tra queste – di un giudice dedicato (il giudice amministrativo)¹¹⁶, che tuttavia appare ancora oggi eccessivamente legato a logiche di tipo impugnatorio.

Tali profili ordinamentali, è evidente, mal s'attagliano con le necessità imposte da un effettivo «*judicial review*» sull'operato delle Autorità indipendenti¹¹⁷, e chiamano in causa, al contempo, l'ormai improcrastinabile

¹¹⁴ Sui caratteri del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti, e sui relativi parametri alla stregua dei quali esso deve essere condotto, si v. A. PAJNO, *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, pp. 640 ss. e 644 ss. In verità, come evidenziato, la discrezionalità di cui godono le *Authorities* è talmente lata da sfociare nella «politicità», dacché “la classica garanzia messa in campo dalla giurisdizione vacilla” (M. ANGELONE, *o.u.c.*, pp. 86-87). Per ovviare all'*impasse*, è stato allora proposto di assicurare l'effettività della giurisdizione attraverso un controllo di «rispondenza» ai «principi generali dell'azione amministrativa» e, in particolare, mediante una valutazione in termini di «ragionevolezza», «adeguatezza» e «proporzionalità» delle determinazioni adottate rispetto agli obiettivi regolatori da raggiungere (così, pressoché in termini, F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti*, cit., § 4, che discorre di necessità di “vagliare la regola posta dall'autorità nella sua intrinseca ragionevolezza anziché limitarsi a guardarla attraverso la lente d'ingrandimento – davvero troppo riduttiva – della conformità alla fonte superiore secondo il principio di legalità”, e ciò malgrado il sindacato condotto in base a tale ultimo principio “possa sembrare in sé più rigoroso”; sul tema si v. anche F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 191 ss.).

¹¹⁵ Il tema, com'è ovvio, s'interseca all'ulteriore, delicata, questione relativa all'eventuale scrutinio da parte della Corte costituzionale degli atti adottati dalle Autorità indipendenti, e, in particolare, degli atti aventi carattere «normativo». Sul punto, taluno ha sostenuto che, anche in base agli indici ritraibili dall'ordinamento attualmente vigente, potrebbero esistere margini per predicare un sindacato di costituzionalità sugli atti delle *Authorities* (così M. ANGELONE, *o.u.c.*, pp. 89 ss.). Senonché, a noi pare che gli argomenti portati a sostegno di una siffatta conclusione, già di per sé fragili, dimostrino tutti i loro limiti ove si considerino attentamente i tratti del fenomeno «regolatorio». Anzitutto, l'assunto che il lemma «legge» di cui all'art. 134 Cost. possa ricomprendere al suo interno anche atti normativi di rango non primario, oltre a scontrarsi contro l'indubbio modello di sindacato costituzionale accolto dal nostro Costituente, ignora – o, meglio, oblitera – tutte le delicate questioni, già sopra viste, relative alla collocazione degli atti delle Autorità entro la tradizionale gerarchia delle fonti. Quanto, poi, all'ulteriore argomento secondo cui la Corte costituzionale avrebbe comunque aperto il proprio sindacato alle norme contenute in fonti secondarie, e in particolare a quelle contenute nei regolamenti cc.dd. «integrativi», basti rilevare che, così ragionando, si omette completamente di considerare la marcata differenza che intercorre tra codesti regolamenti e gli atti «normativi» di regolazione, che, come già ricordato, sono ampiamente disancorati dalle fonti primarie su cui (eventualmente) possono fondarsi in termini di «legittimazione».

¹¹⁶ Giustappunto elevato a «giudice dell'economia»: A. SANDULLI, *Gli strumenti di controllo*, in L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, cit., p. 363 ss., spec. p. 376.

¹¹⁷ Si veda, ad esempio, L. CARBONE, *Le autorità indipendenti tra regolazione e giurisdizione*, in *Rass. dir. pub. eur.*, 2015, p. 406 ss., che, non a caso, prospetta l'esigenza di strumenti e tecniche che favoriscano una interazione tra giudice amministrativo e Autorità indipendenti al fine di

esigenza di una matura riflessione sull'effettività della tutela giurisdizionale anche rispetto alla «regolazione» in sé considerata.

accrescere la consapevolezza del primo sull'impatto sia economico che sociale degli atti di regolazione oggetto di scrutinio.



L'attività di investimento dei fondi di private equity in partnership pubblico-privato nella regolamentazione di mercato
di **VINCENZO VIETRI**

SOMMARIO: **1.** PREMESSA. I FONDI DI *PRIVATE EQUITY* A COMPARTECIPAZIONE PUBBLICA E PRIVATA. – **2.** I PRINCIPALI BENEFICI DERIVANTI DALL'INTERVENTO DI SOGGETTI PUBBLICI NELL'ATTIVITÀ DI *PRIVATE EQUITY*. – **3.** L'ESPERIENZA DI CASSA DEPOSITI E PRESTITI: ALCUNE RECENTI INIZIATIVE ALLO SCOPO DI PROMUOVERE ULTERIORI INVESTIMENTI DI *PRIVATE EQUITY*. – **4.** LE PRINCIPALI NOVITÀ NEL PANORAMA REGOLAMENTARE EUROPEO IN MATERIA DI INFORMATIVA DI SOSTENIBILITÀ – **5.** ALCUNI SPUNTI DI RIFLESSIONE SULL'ATTUALE *FRAMEWORK* NORMATIVO. – **6.** CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Abstract

There is no doubt that nowadays the private equity (PE) industry is playing a key role in facilitating the access by SMEs to private capital markets and fostering the transition of the financial sector to a sustainable growth model. One of the main features of the Italian PE landscape in recent years has been the development of PE “funds of funds”, aimed at aligning interests of both public and private nature. Cassa Depositi e Prestiti (CDP), a joint-stock company under public control, has become an anchor investor with the goal to promote the investment of public resources, including funds from the National Recovery and Resilience Plan (PNRR), towards the private equity sector and, specifically, sustainable economic activities. In this paper we also purport to analyze recent developments in the European regulatory framework for sustainability disclosure and its impact on the growth of the private equity industry. We argue that, in order to further foster sustainable investment activity through private equity, it is critical to identify a reasonable balance between two major interests at stake: on the one hand, financial market stability vis-à-vis the new climate-related systemic risks and, on the other hand, product and/or process innovation and business competitiveness.

1. Premessa. I fondi di *private equity* a compartecipazione pubblica e privata. Nel contesto attuale di ripresa economica a seguito dell'emergenza Covid-19, l'attività di investimento dei fondi di *private equity*¹ è destinata a emergere come il principale canale di accesso al mercato dei capitali da parte di piccolo-medie imprese domestiche (PMI) ad alto potenziale di sviluppo, a seguito della significativa riduzione di finanziamenti

¹ Giova ricordare che nell'ordinamento nazionale l'attività di *private equity* è svolta principalmente per il tramite di fondi comuni di investimento alternativi (cc.dd. FIA) riservati, di tipo chiuso, appartenenti alla macro categoria degli organismi di investimento collettivo del risparmio di natura contrattuale. Cfr. D.M. n. 30 del 5 marzo 2015, come successivamente modificato.

erogati da istituti creditizi². Nell'ambito della finanza d'impresa, il *private equity* rappresenta una fonte alternativa di finanziamento con l'obiettivo di immettere ingente liquidità nell'economia reale, fornendo, al contempo, un supporto manageriale nella gestione aziendale orientato alla ristrutturazione del debito (se del caso) e/o alla futura crescita e "internazionalizzazione" dell'impresa, in un contesto economico divenuto sempre più competitivo.

È indubbio, poi, che negli ultimi anni l'industria del *private equity* sembra rivolgere una maggiore attenzione alle tematiche della sostenibilità e della promozione dei fattori ambientali, sociali e di buon governo societario (in sigla, ESG) nell'attività di investimento³. Ciò sulla base della considerazione per cui una politica di investimenti sostenibili è in grado di contribuire non solo alla mitigazione di nuovi rischi di natura sistematica nel mercato finanziario⁴, bensì alla creazione di "valore" aziendale nel medio-lungo periodo

² Un recente rapporto dell'Associazione italiana di categoria per il *Private Equity*, il *Venture Capital* e il *Private Debt* (in sigla, AIFI) ha rilevato che gli investimenti di *private equity* hanno registrato un record nel corso del 2022, per un totale di 23,6 milione di euro (contro i 14,7 milioni dell'anno precedente) e di circa 848 operazioni (più del 30% rispetto al 2021). Cfr. AIFI, 2022. *Il mercato italiano del private equity e venture capital*, marzo 2022. V. anche G.D. MOSCO, *Gli investimenti in private equity: punti di forza e criticità secondo tre gestori di fondi. Intervista a Marco Baratti, Fabio Canè e Filippo Gaggini*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1-2, 2021, 520 ss..

³ Esula dallo scopo del presente lavoro procedere con un'analisi della nozione di sostenibilità che, al pari del paradigma ESG, può essere oggetto di diversi significativi, di più ampio (o ristretto) contenuto, a seconda dell'interpretazione soggettiva attribuita dall'interlocutore in questione. Pone in risalto il problema, F. CAPRIGLIONE, *Etica della finanza e sostenibilità economica*, in *Riv. elettronica di diritto, economia, management*, 2, 2020, 17, secondo cui la sostenibilità "ha finito spesso col subire distorsioni per essere adattata a finalità della politica ovvero al governo degli affari e, dunque, alla proposizione di una configurabilità volta a conseguire forme d'incremento del profitto. Pertanto, può dirsi che permangono talune incertezze in ordine all'identificazione della portata funzionale della sostenibilità." Tuttavia, giova ricordare come ad oggi la definizione di sostenibilità che sembra essere maggiormente condivisa su ampia scala risulta essere quella elaborata dalla Commissione mondiale su Ambiente e Sviluppo (*UN World Commission on Environment and Development (Brundtland Commission)*) nel rapporto denominato "Our common future" del 1987, secondo cui "[L]o sviluppo sostenibile è quello sviluppo che consente alla generazione presente di soddisfare i propri bisogni senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri". Cfr. UNITED NATIONS BRUNDTLAND COMMISSION, *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, 4 agosto 1987.

⁴In una recente indagine condotta dal *World Economic Forum*, un'organizzazione internazionale indipendente impegnata a promuovere la cooperazione tra settore pubblico e privato su scala globale, è stato evidenziato che i profili ambientali e di sostenibilità figurano tra le categorie di rischio più rilevanti, in termini di probabilità e di severità degli impatti potenziali. Sul punto, WORLD ECONOMICS FORUM, *The global risks report 2022*, 17th edition, 2022.

generando, di conseguenza, rendimenti finanziari più elevati a titolo di remunerazione dell'investimento originariamente effettuato⁵.

Per quanto riguarda le principali novità per il settore nel mercato italiano, si è osservato, altresì, il progressivo rafforzamento del binomio “*private equity*” e “intervento pubblico”, attraverso la creazione di fondi di investimento a compartecipazione pubblica e privata, nelle vesti di “fondi di fondi”⁶. Più precisamente, negli ultimi anni ha trovato sempre più diffusione l'idea di un fondo istituzionale destinato a investire in fondi di *private capital* (compresi quelli di *private equity*), a loro volta intenti a effettuare investimenti in imprese private ad alto potenziale di sviluppo e con obiettivi di sostenibilità.

È chiaro che qualsiasi intervento dello Stato nel capitale delle imprese ha di solito natura straordinaria e temporanea, essendo destinato a un utilizzo ristretto, piuttosto che generalizzato, delle risorse pubbliche, limitatamente alle circostanze specifiche che lo hanno reso necessario e con l'intento di ripristinare le logiche del mercato e della concorrenza, una volta superata la situazione di momentanea crisi⁷. Tuttavia, l'esempio dei fondi di *private equity* di natura mista pubblico-privata che ha trovato diffusione nel contesto italiano negli ultimi anni può essere una testimonianza di come alcune iniziative di collaborazione tra investitori istituzionali e operatori privati possa avere carattere fisiologico e continuativo, anziché occasionale, a fronte dei benefici

⁵ È dell'avviso che la ricerca della sostenibilità sia fondamentale ai fini della creazione di valore aziendale, R. MASERA, *L'impresa e la creazione di valore*, in AA.VV. (a cura di F. CAPRIGLIONE), *Finanza, impresa e nuovo umanesimo*, Cacucci, Bari, 2007, 81 ss., secondo cui un'impresa deve a tal fine necessariamente coniugare i profili funzionali (tra cui sono ricomprese l'efficienza e la remunerazione del capitale) con “una condotta etica rispettosa della legalità, dei diritti umani e del contesto ambientale”.

⁶ S. CASELLI, F.L. SATTIN, *Private equity e intervento pubblico. Esperienze rilevanti e modelli di intervento per una nuova politica economica*, Milano, 2011, 250 ss.. Sul ruolo degli enti pubblici a sostegno dell'attività di *private equity*, si riportano le dichiarazioni di Innocenzo Cipoletta, presidente AIFI: “Non è un momento in cui il capitale pubblico è in concorrenza con quello privato ma in collaborazione: sono allineati per lo sviluppo e questa è la funzione che la nostra industria intende fare al fine di portare il risparmio italiano verso le piccole e medie imprese affinché diventino sempre più forti e più capaci di resistere”. V. anche E. SCUDIERI, *Private equity, Aifi chiede misure specifiche per il rilancio delle pmi*, in www.focusrisparmio.com, 19 aprile 2021.

⁷ Si pensi, a titolo esemplificativo, a interventi di sostegno pubblico nell'attività bancaria. Sul punto, C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche. Le regole dell'attività*, Bologna, Il Mulino, 2020, III ed., 265 ss..

a favore dell'intero tessuto economico-produttivo del Paese, nonché del processo di transizione verso un modello (economico e finanziario) sostenibile in un arco temporale di medio-lungo periodo⁸.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si ritiene opportuno illustrare i principali vantaggi legati all'intervento di soggetti pubblici nell'attività di *private equity*, anche per il tramite dell'esempio costituito da Cassa Depositi e Prestiti (in sigla, CDP). Seguirà un'analisi della cornice regolamentare in materia di informativa di sostenibilità a livello europeo, rilevando alcune criticità che sono finora emerse nei primi anni di vigenza della disciplina. Infine, ci si propone di formulare alcuni auspici per la futura regolamentazione di settore, affinché la cornice normativa che va delineandosi possa essere in grado effettivamente di favorire l'afflusso di risorse finanziarie verso attività economiche qualificate realmente come sostenibili, senza introdurre, al contempo, oneri eccessivi che siano di ostacolo allo sviluppo di un'economia competitiva.

2. I principali benefici derivanti dall'intervento di soggetti pubblici nell'attività di *private equity*. Nel nostro Paese, la raccolta di risorse finanziarie nel mercato dei capitali non risulta ancora pienamente sviluppata e al passo con gli altri Stati europei⁹.

Come già attestato da precedenti iniziative di altri Paesi, è evidente che una *partnership* pubblico-privata può senz'altro contribuire a un maggiore afflusso di capitali privati verso il tessuto economico-imprenditoriale¹⁰. Difatti, la partecipazione di un investitore pubblico nell'attività di *private equity*, sotto forma di investimento indiretto (o co-investimento), è in grado di esercitare

⁸ In questi termini, F.L. SATTIN, *La via italiana al private equity e l'intervento pubblico: una sinergia virtuosa*, in *ENTER Working Paper, WP No 2, JEL code G24, G28, Centre for Research on Entrepreneurship and Entrepreneurs*, Bocconi University, Milano, gennaio 2011.

⁹ Cfr. AIFI, *Private Capital. Guidare la crescita e il cambiamento: il ruolo di AIFI e le sfide future 2021-2025*, 2021, 21.

¹⁰ In proposito, giova richiamare l'esempio dei "fondi di fondi" a partecipazione mista promossi dalla *Caisse des dépôts et consignations* in Francia, dallo *UK Innovation Investment Fund* inglese, nonché dallo *Yozma Fund* istituito dal governo israeliano.

un'azione di “*moral suasion*”¹¹ verso gli investitori istituzionali, quali gli enti previdenziali, i fondi pensioni e le compagnie assicurative, destinando risorse finanziarie complementari verso attività economiche (sostenibili) necessarie al raggiungimento di obiettivi di crescita e di innovazione di lungo termine nel nostro Paese¹².

In quest'ottica, i cc.dd. “fondi di fondi” sono in grado di attivare un effetto leva sulla raccolta di capitali da parte di fondi “*target*” – ossia quei fondi privati di *private equity* responsabili della gestione operativa degli investimenti – in modo tale da moltiplicare l'afflusso di risorse finanziarie a disposizione delle imprese domestiche¹³. Tale circostanza è ancora più significativa con riferimento all'attuale scenario economico caratterizzato dall'impegno assunto dal nostro Paese nel dare attuazione ai rinomati programmi del *Recovery Plan* e del Piano Nazionale per la Ripresa e la Resilienza (in sigla, PNRR), rispettivamente a livello europeo e nazionale¹⁴, con una disponibilità

¹¹ In merito alla possibilità di incentivare lo sviluppo dell'*asset class* del *private equity* attraverso un'azione di *moral suasion* verso gli investitori istituzionali italiani, v. AIFI, *Audizione in videoconferenza. Innocenzo Cipolletta, Presidente AIFI. Proposta di Legge C. 107, Centemero e altri. Disposizioni per la promozione e lo sviluppo delle start-up e delle piccole e medie imprese innovative mediante agevolazioni fiscali e incentivi agli investimenti*, 14 marzo 2023, 4.

¹² Per un'analisi sul ruolo dell'intervento pubblico nel raggiungimento degli obiettivi politici dell'Unione europea relativi alla transizione verde e digitale delle economie nazionali nel contesto della recente crisi, M. PASSALACQUA, B. CELATI e M. T. CARBALLEIRA RIVERA, *Planning public investments for recovery*, in *Open Review of Management, Banking and Finance*, 2021; E. SCOTTI, *Pandemia, aiuti di stato e transizione ambientale*, in U. MALVAGNA, A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Sistema produttivo e finanziario post Covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità. Voci dal diritto dell'economia*, Pacini Giuridica, Pisa, 439 ss.. Con riguardo alle diverse opportunità di partenariato pubblico-privato per realizzare le infrastrutture del futuro, v. A. GERVASONI, M. LERTORA, G. PASCARELLI, *PPP & Private Capital for sustainable infrastructure and smart cities*, Milano, Guerini, 2022. Si rinvia anche a M. NICOLAI, *I Fondi di fondi pubblico-privati per la creazione di nuove imprese tecnologiche*, AIFI, 2006.

¹³ Cfr. AIFI, *Private Capital. Un volano per il rilancio del Paese e la sua crescita sostenibile 2022-2026*, 17 febbraio 2022, 24.

¹⁴ In un contesto di rilancio economico post-COVID, il *Recovery Plan* e il PNRR sono volti a delineare le priorità per il rilancio socio-economico nell'ambito del c.d. *Next Generation EU*, adottato nel dicembre 2020, attraverso un dettagliato piano che prevede poderosi investimenti nei settori della digitalizzazione e dell'innovazione tecnologica, nonché della transizione sostenibile e dell'inclusione sociale in chiave ESG. Sul punto, cfr. FORUM PER LA FINANZA SOSTENIBILE, *Finanza sostenibile per il rilancio dell'economia. Opportunità e sfide nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, 25 febbraio 2021.

straordinaria – a differenza del passato – di capitali di origine pubblica¹⁵.

Tuttavia, affinché la forma di partenariato pubblico-privato sia di successo, è necessario che, in un’ottica di economia di mercato, i “fondi di fondi” risultino strutturati secondo meccanismi di allineamento degli interessi di operatori pubblici e privati¹⁶. Orbene, il metodo ottimale sembra consistere nell’adozione dello schema denominato “*upside leverage scheme*”, a mente del quale i soggetti pubblici e privati sono chiamati indistintamente a sopportare le perdite nella medesima proporzione – in assenza di meccanismi di recupero “a fondo perduto” a favore delle parti private – diversamente dall’ipotesi di ripartizione dei profitti, da destinarsi esclusivamente agli operatori privati una volta raggiunta una determinata soglia di redditività e/o restituito il capitale investito (oltre agli interessi) al soggetto pubblico¹⁷. Ciò sulla base della considerazione per cui il suddetto schema di investimento consentirebbe agli investitori privati di ottenere la remunerazione più alta possibile del capitale investito, garantendo al contempo un utilizzo ottimale delle risorse pubbliche¹⁸.

Sempre in un’ottica di favorire un maggiore sviluppo del *private equity*, si potrebbe, inoltre, ipotizzare l’intervento dei “fondi di fondi” nell’attività del

¹⁵ Al contempo, la *partnership* con soggetti privati può rappresentare per l’amministrazione pubblica un’occasione per migliorare e rendere più efficiente l’attività delle istituzioni pubbliche interessate, grazie alle competenze strategiche e al *know-how* tecnico di soggetti specializzati e all’esigenza di rispetto di tempistiche più celeri che contraddistinguono l’operato di soggetti privati. In questi termini, D. SICLARI, *Il ruolo del partenariato pubblico-privato alla luce del PNRR*, in www.dirittobancario.it, 19 aprile 2022.

¹⁶ M. FOLLIN, *Il private equity ha i mezzi per far ripartire le aziende*, in *Milano Finanza*, 14 maggio 2020, che riporta il pensiero critico di Anna Gervasoni, direttore generale di AIFI, a mente della quale “*Dobbiamo stare attenti al fatto che l’ingresso del pubblico nell’industria sia una leva per il rilancio e non un ostacolo. Il rapporto pubblico-privato deve essere correttamente indirizzato o rischia di creare danni per il Sistema*”.

¹⁷ M. JAASKLEAINEN, M. MAULA, G. MURRAY, *Profit Distribution and Compensation Structures in Publicly and Privately Funded Hybrid Venture Capital Funds*, University of Exeter, *Discussion Papers in Management*, 07/04, 2007.

¹⁸ Nell’ambito delle *partnership* tra investitore pubblico e privato, si osservano due ulteriori schemi di investimento alternativi a quello dell’“*upside leverage scheme*” qui delineato. Da un lato, il modello del “*risk sharing*” contempla una sostanziale parità di condizioni tra operatori pubblici e privati, con ripartizione di perdite e profitti in maniera proporzionale alle quote sottoscritte. Dall’altro, lo schema del “*downside protection*” si ravvisa quando l’investitore pubblico garantisce interamente la copertura delle perdite a favore dell’investitore privato. V. F.L. SATTIN, *Fondi misti di private equity in partnership pubblico-privati*, in *Il Sole 24 ore*, 25 agosto 2020.

mercato secondario (*over-the-counter*), con la possibilità per quest'ultimi di procedere all'acquisto di quote di fondi "target" che abbiano già chiuso il periodo di sottoscrizione e, conseguentemente, in una fase successiva alla raccolta iniziale di capitali¹⁹. È indubbio che ciò contribuirebbe ad aumentare la liquidità sul mercato del *private capital*, rendendo gli investimenti di *private equity* maggiormente appetibili a tutti gli operatori del settore²⁰. Non è un caso che l'assenza di un mercato dell'*exit* particolarmente sviluppato continui ad oggi a rappresentare un ostacolo all'afflusso di ulteriori capitali privati, per via della natura illiquida degli investimenti di media-lunga durata detenuti dagli investitori di *private equity* nelle società partecipate.

3. L'esperienza di Cassa Depositi e Prestiti: alcune recenti iniziative allo scopo di promuovere ulteriori investimenti di *private equity*. Negli ultimi anni CDP ha assunto in varie occasioni il ruolo di *anchor investor* a sostegno della raccolta di capitale privato²¹. Invero, alcune recenti iniziative proposte da CDP sono in grado di dimostrare come il "fondo di fondi" rappresenti lo strumento ideale nell'intento di fare operare capitali pubblici e privati in sinergia tra loro²².

¹⁹ In proposito, si rileva che, a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta del secolo scorso, sono stati costituiti alcuni fondi specializzati nel mercato secondario, la cui attività consisteva nel rilevare quote di altri fondi, a prezzi scontati, attraverso la compravendita di partecipazioni detenute da investitori interessati a un *exit* anticipato rispetto alla chiusura naturale del ciclo di vita di un fondo (che è tipicamente superiore ai dieci anni). Cfr. A. PUCA, *Growing Trends in Private Equity: Secondary Market Investing, Enterprising Investor*, CFA Institute, 2018. La prassi di mercato è ad oggi mutata con la possibilità di effettuare vendite "alla pari" nel mercato secondario, ottenendo, in alcuni casi, persino un premio di maggioranza. Ciò è dovuto alla circostanza per cui un numero crescente di investitori fa ricorso al mercato secondario con l'intento esclusivo di modificare la propria *asset allocation*, piuttosto che di procedere a una liquidazione anticipata del proprio investimento. Cfr. AIFI, *L'evoluzione del mercato secondario del private equity*, in *Quaderno AIFI n. 48*, Egea, Milano, 2021.

²⁰ Sull'importanza dello sviluppo del mercato secondario, v. AIFI, *Il mercato secondario del private equity*, in *Quaderno AIFI n. 36*, Egea, Milano, 2014.

²¹ A. PERRAZZELLI, *Il private capital nel mondo. Il contesto normativo e istituzionale*, Intervento della Vice Direttrice Generale della Banca d'Italia presso il convegno annuale AIFI, 20 marzo 2023.

²² Sul ruolo di CDP nel panorama del *private equity* italiano, v. F.L. SATTIN, *Dal private equity al private debt: quale future per le Pmi nel nostro Paese?*, in *Il Sole 24 ore*, 31 marzo 2016, che ha sostenuto quanto segue: "Corretta quindi la scelta di Cassa Depositi e Prestiti di utilizzare, come tramite per lo stimolo allo sviluppo di tale attività, il Fondo Italiano di

Per quanto qui di interesse, si segnala la costituzione nel marzo 2010, su iniziativa del Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF), del Fondo Italiano d'Investimento SGR, controllato da CDP *Equity* e sottoscritto, per le rimanenti quote, dall'Associazione Bancaria Italiana, dai principali gruppi bancari e da alcune fondazioni, con l'obiettivo della gestione di fondi mobiliari chiusi dedicati a far confluire capitali "pazienti" verso il sistema delle imprese italiane d'eccellenza, nell'ambito della crescita del sistema produttivo del Paese²³.

A testimonianza di come l'intervento di CDP possa contribuire a un aumento significativo dell'afflusso di capitali nella fase iniziale di *fundraising*, anche attraverso il coinvolgimento di investitori istituzionali (tra cui i fondi pensione), si pensi, a titolo esemplificativo, al successo della raccolta – per oltre un miliardo di euro – effettuata dal Fondo Italiano d'Investimento SGR, attraverso i "fondi di fondi" di *private equity* (FoF *Private Equity* Italia) e di *private debt* (FoF *Private Debt* Italia), nell'ambito del "Progetto Economia Reale", che mira a sostenere la crescita e la competitività delle PMI italiane²⁴.

Si intende in questa sede altresì ricordare che nel novembre 2022 il Fondo Italiano d'Investimento SGR ha perfezionato il primo *closing* nel mercato italiano di un "fondo di fondi" dedicato esclusivamente all'*impact investing*²⁵, qualificato ex articolo 9 della SFDR (si veda *infra*), grazie al

Investimento il quale, avendo sviluppato una conoscenza specifica degli operatori del settore del private equity grazie all'attività condotta come "fondo di fondi", è in grado di selezionare e svolgere lavori di due diligence al fine di identificare i migliori potenziali gestori per tale nascente e importate attività finanziaria."

²³ Si rileva che, nell'ambito del suo mandato, il Fondo Italiano d'Investimento opera con capitale di rischio e anche attraverso il ricorso a strumenti di debito ibridi, quali il finanziamento mezzanino, effettuando investimenti diretti e indiretti (mediante "fondi di fondi").

²⁴ Il progetto in questione, promosso da CDP e Assofondipensione ha agevolato l'accesso al mercato del *private capital* dei fondi pensione italiani attraverso l'impiego dei "fondi di fondi" sopra citati, che hanno a loro volta effettuato investimenti in fondi di *private equity* e di *private debt*, gestiti da investitori privati, destinati ad aziende domestiche focalizzate sullo sviluppo occupazionale e sulle tematiche ESG. Cfr. FONDO ITALIANO D'INVESTIMENTO, *Fondo Italiano d'Investimento: raccolto oltre 1 miliardo di euro dai fondi di fondi nell'ambito del Progetto Economia Reale*, 15 giugno 2023.

²⁵ Le strategie di investimento di *impact investing* sono quelle che mirano a sortire un effetto concreto e misurabile in vista del perseguimento di obiettivi di natura extra-finanziaria definiti *ex ante*, quale parte integrante della *mission* aziendale. Il termine *impact investing* è stato coniato nel 2007 dalla *Rockefeller Foundation*, una fondazione privata fondata nel 1913 con

sostegno dell'investitore principale CDP, destinato a promuovere esclusivamente investimenti in fondi con la medesima qualifica ai sensi del regolamento europeo, che perseguano obiettivi sociali e ambientali, misurabili ed intenzionali, congiuntamente a rendimenti finanziari per gli investitori²⁶. Giova osservare, in proposito, che le caratteristiche proprie della “finanza ad impatto” contribuiscono a rendere questa tipologia di attività d'investimento coerente con i principi cardine dell'agere degli enti pubblici, tra cui, *in primis*, la trasparenza e la rendicontazione. Difatti, nell'ipotesi del “fondo di fondi” di *impact investing* sopra menzionato sussiste l'obbligo per il gestore di dar conto con cadenza regolare, attraverso la pubblicazione di un *report*, dei risultati raggiunti dal fondo medesimo, misurati attraverso metriche oggettive e/o numeriche, e confrontabili con un *benchmark* di riferimento.

Di recente istituzione è anche il FoF Infrastrutture, un “fondo di fondi” ex articolo 8 del regolamento SFDR, gestito da CDP *Real Asset* SGR con l'obiettivo di favorire lo sviluppo di progetti infrastrutturali con finalità ambientali e sociali, e con dotazione target *pari* a cinquecento milioni di euro²⁷.

Da ultimo, degne di nota – sebbene il carattere straordinario e la natura temporanea – sono le cc.dd. misure di “*private equity* di Stato”²⁸ introdotte

sede a New York, in occasione del “Bellagio Summit” per il lancio del *Global Impact Investing Network* (GIIN), la principale organizzazione senza scopi di lucro che promuove l'infrastruttura, la ricerca e la formazione sull'*impact investing*. Per un inquadramento generale sull'*impact investing*, si veda FORUM PER LA FINANZA SOSTENIBILE, *Impact Investing: la finanza a supporto dell'impatto socio-ambientale*, 1 dicembre 2017.

²⁶ FONDO ITALIANO D'INVESTIMENTO, *Fondo Italiano d'Investimento: Primo closing di un fondo di fondi dedicato all'impact investing*, 22 novembre 2022. Il target di raccolta complessiva del “fondo di fondi”, denominato FOF *Impact Investing*, è stato fissato a centoventi milioni di euro, da raggiungersi entro giugno 2025, con CDP *Equity* quale sottoscrittore principale per una quota pari a cinquanta milioni di euro.

²⁷ CDP, *CDP Real Asset: nasce il Fondo di Fondi per investire in infrastrutture con focus sulla sostenibilità*, 2 maggio 2023.

²⁸ A. SACCO GINEVRI, *Il private equity di Stato: il caso del Patrimonio Rilancio*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1-2, 2021, 93 ss., secondo cui “[i]l confine tra gli interessi lucrativi, tipici dell'investitore privato e quelli pubblicistici, di cui è portatore lo Stato, è oggi più labile che in passato, poiché si sta assistendo a una progressiva ibridazione dell'interesse sociale, oramai nel mezzo fra le istanze remunerative dell'investimento azionario e le esigenze di protezione degli stakeholders a vario titolo coinvolti nella gestione dell'impresa. Questo rinnovato modello organizzativo dell'impresa è terreno fertile per la partnership fra soci pubblici e soci privati, in quanto contribuisce ad avvicinare le strategie delle due diverse

dal “Decreto Rilancio”²⁹, tra cui si annovera il “Patrimonio Rilancio” costituito da investimenti pubblici effettuati dal MEF e gestito da CDP, con durata legislativamente fissata a dodici anni, salvo proroghe. Il Patrimonio Rilancio rappresenta uno strumento di politica industriale destinato alla ricapitalizzazione, attraverso acquisizioni di partecipazioni di minoranza, di società strategiche all’interno di filiere produttive ritenute cruciali per lo sviluppo economico del Paese.

4. Le principali novità nel panorama regolamentare europeo in materia di informativa di sostenibilità. Facendo seguito al c.d. *Action Plan*³⁰, l’Unione europea ha progressivamente iniziato a delineare una cornice normativa volta a rendere i fattori di sostenibilità – nonché i relativi rischi associati – come l’elemento centrale dell’attuale regolamentazione sui servizi finanziari, coinvolgendo l’intera industria finanziaria, dunque non solo il settore bancario e dei servizi di investimento, bensì anche quello della gestione collettiva del risparmio, compresi i fondi comuni di investimento. Ciò con l’obiettivo ultimo di indirizzare in maniera corretta i flussi di capitale verso prodotti di investimento che possano ritenersi effettivamente sostenibili, in assenza di pratiche di *marketing* scorrette (c.d. *greenwashing*)³¹.

tipologie di investitori verso l’obiettivo comune dello sviluppo sostenibile delle società partecipate in un’ottica di sistema, che è l’unica coerente con le esigenze di stabilità dei mercati nel lungo termine a cui tipicamente è improntata l’azione dei gestori di portafogli partecipativi”.

²⁹ Cfr. artt. 26 e 27 del D. L. n. 34 del 19 maggio 2020, convertito in legge con modifiche, dall’art. 1, comma 1, della legge n. 77 del 17 luglio 2020, e il decreto d’attuazione n. 26 del MEF, adottato in data 3 febbraio 2021.

³⁰ Il Piano d’Azione adottato dalla Commissione europea nel marzo 2018 è rivolto a introdurre una strategia comune per indirizzare l’economia europea verso un nuovo paradigma di crescita sostenibile, nel quale il sistema finanziario assume un ruolo propulsivo. Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Action Plan: Financing Sustainable Growth* (COM (2018) 97 final), 8 marzo 2018.

³¹ Nella prassi di mercato, con la denominazione di *greenwashing* si intende far riferimento a quelle tecniche di *marketing* rivolte a sopravvalutare in maniera fittizia le credenziali *green* di un prodotto finanziario commercializzato. Secondo quanto enunciato nel considerando 11 della Tassonomia (si veda *infra*), per *greenwashing* si fa riferimento a una pratica di *marketing* che “consiste nell’ottenere un vantaggio sulla concorrenza in modo sleale commercializzando un prodotto finanziario come ecocompatibile quando in realtà gli standard ambientali di base

Occorre, in via di premessa, precisare che l'apparato normativo europeo di cui si discute è stato concepito secondo un'architettura multi-livello – che prevede una disciplina di rango primario e una di secondo livello – e “a più velocità”, con l'adozione di atti normativi di natura secondaria emanati dalla Commissione europea in una fase successiva, a seguito di un lungo processo di consultazione con le tre autorità europee di vigilanza dei mercati finanziari. Come si può immaginare, tale circostanza ha contribuito all'insorgere di dubbi interpretativi e di incertezze applicative di vario genere, alimentando lo stesso rischio di *greenwashing*, posto che, nell'attesa dell'adozione degli atti integrativi della disciplina europea, gli operatori nel mercato finanziario hanno potuto talvolta definire, in maniera non del tutto appropriata, i propri prodotti finanziari come “sostenibili” nelle strategie di *marketing*.

Nella cornice europea, il primo pilastro normativo è rappresentato dal regolamento sull'informativa di sostenibilità dei servizi finanziari (c.d. SFDR)³², inteso a promuovere un maggiore grado di trasparenza sull'informativa relativa ai rischi di sostenibilità nell'ambito del processo decisionale interno di gestione, nonché sull'impatto (potenzialmente negativo) delle scelte di investimento sui fattori di sostenibilità, in una dimensione esterna. Da un'analisi approfondita delle norme appare chiaro che il campo di applicazione degli obblighi di *disclosure* risulta assai esteso, diventando quest'ultima il principale strumento adoperato dal legislatore europeo al fine di garantire una maggiore uniformità e comparabilità delle informazioni sulle politiche di investimento in materia di sostenibilità comunicate agli investitori³³.

non sono soddisfatti”. È bene, però, precisare che non può ancora ravvisarsi nell'attuale quadro normativo europeo una definizione legale di *greenwashing* da prendere come riferimento per stabilire i limiti dei comportamenti da ritenersi legittimi, in un'ottica di *enforcement* e, conseguentemente, ai fini di una maggiore responsabilizzazione dei gestori patrimoniali nell'ambito di applicazione della disciplina europea.

³² Regolamento (UE) 2019/2088 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019, con decorrenza dal 10 marzo 2021.

³³ Per un'interessante riflessione sulla centralità rivestita dal principio di trasparenza nella disciplina europea sui servizi finanziari allo scopo di eliminare l'incidenza delle asimmetrie

Inoltre, il regolamento SFDR introduce per la prima volta una definizione comune di “investimento sostenibile”³⁴, in termini di investimenti in attività economiche che contribuiscono alla realizzazione di obiettivi ambientali e/o sociali, senza al contempo arrecare un danno significativo ad altri obiettivi ritenuti altrettanto meritevoli di tutela (c.d. principio del *do not significant harm*). Tale definizione – chiaramente di ampio respiro – necessita, però, di essere letta in combinato disposto con il regolamento Tassonomia (si veda *infra*) e gli ulteriori atti delegati di secondo livello, ai quali è attribuito il compito di precisare quando un’attività economica è effettivamente in grado di contribuire al perseguimento di finalità ambientali e/o sociali, senza causare un danno considerevole ad altri obiettivi.

La normativa europea di primo livello sulla trasparenza in materia di sostenibilità è integrata dal Regolamento c.d. Tassonomia³⁵, destinato a stabilire una classificazione delle attività economiche che possono ritenersi sostenibili dal punto di vista ambientale all’interno del mercato unico. La Tassonomia ha il pregio di rappresentare il primo tentativo di adozione di un sistema armonizzato di classificazione delle attività economiche eco-

informative sulle libere scelte di investimento della clientela, v. P. LUCANTONI, *L’informazione da prospetto. Struttura e funzione nel mercato regolato*, Giuffrè, Milano, 2020. In merito all’uso della *disclosure* informativa quale strumento primario per il rafforzamento delle decisioni di investimento degli investitori, si rinvia a L. ENRIQUES, S. GILOTTA., *Disclosure and Financial Market Regulation*, N. MOLONEY, E. FERRAN, J. PAYNE (a cura di), *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2015, 511 ss..

³⁴ Cfr. l’articolo 2(17) del regolamento SFDR, secondo cui per investimento sostenibile deve intendersi un “*investimento in un’attività economica che contribuisce a un obiettivo ambientale, misurato, ad esempio, da indicatori chiave di efficienza delle risorse sull’uso dell’energia, delle energie rinnovabili, delle materie prime, dell’acqua e della terra, sulla produzione di rifiuti e sulle emissioni di gas a effetto serra, o sul suo impatto sulla biodiversità e sull’economia circolare, o un investimento in un’attività economica che contribuisce a un obiettivo sociale, in particolare un investimento che contribuisca ad affrontare le disuguaglianze o che promuova la coesione sociale, l’integrazione sociale e i rapporti di lavoro, o un investimento nel capitale umano o in comunità economicamente o socialmente svantaggiate, a condizione che tali investimenti non danneggino in modo significativo nessuno di questi obiettivi e che le società partecipate seguano buone pratiche di governance, in particolare per quanto riguarda strutture di gestione sane, relazioni con i dipendenti, retribuzione del personale e conformità fiscale.*”

³⁵ Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020, relativo all’istituzione di un quadro normativo che favorisce gli investimenti sostenibili, in vigore dal 12 luglio 2020.

sostenibili, offrendo un insieme di definizioni condivise su scala sovranazionale. Tuttavia, come si evince anche dalle considerazioni che precedono, numerosi continuano a essere gli interrogativi – ad oggi senza risposta – in merito ad alcune interazioni tra la disciplina contenuta nella SFDR e quella sancita dalla Tassonomia, con ovvie conseguenze sull'effettivo ambito di applicazione della disciplina vigente³⁶.

Nel quadro normativo *in fieri*, si rinvengono, altresì, due tipologie di atti che concorrono a definire la normativa di secondo livello, da un lato gli standard regolamentare tecnici (*Regulatory Technical Standards*)³⁷, destinati a implementare la disciplina sulla *disclosure* ai sensi del regolamento SFDR e, dall'altro, i criteri tecnici di *screening* (*Technical Screening Criteria*)³⁸, volti a indentificare le soglie necessarie a classificare le attività economiche e i prodotti finanziari in conformità a ciascun obiettivo ambientale previsto dalla Tassonomia. Da ciò emerge l'esistenza di un quadro normativo assai complesso, contraddistinto da norme giuridiche tecniche, spesso di difficile comprensione e non facilmente reperibili, con un aumento significativo degli oneri di natura organizzativa e procedurale a carico dei partecipanti del mercato finanziario nel tentativo di adempiere ai nuovi obblighi di *disclosure*.

5. Alcuni spunti di riflessione sull'attuale *framework* normativo.

Non vi sono dubbi che il processo di transizione verso un modello economico

³⁶ A titolo esemplificativo, giova rilevare come la stessa nozione di "sostenibilità" ai sensi del regolamento SFDR si discosti, in parte, da quella delineata dalla Tassonomia, per via della maggiore rilevanza attribuita agli aspetti sociali dal primo regolamento. Difatti, la Tassonomia non sembra porsi il problema di un eventuale conflitto tra fattori ambientali e sociali: in questo senso, un'attività economica potrebbe essere considerata sostenibile ai sensi del regolamento *de quo* – poiché in linea con gli obiettivi ambientali specificati nel medesimo – pur non essendo sufficientemente "sostenibile" da un punto di vista sociale (come prescritto dal regolamento SFDR).

³⁷ Cfr. EBA, EIOPA, ESMA, *Final Report on draft Regulatory Technical Standards*, 24 aprile 2023.

³⁸ Il Regolamento delegato (UE) 2021/2139 della Commissione europea del 4 giugno 2021 costituisce il primo esempio di *Technical Screening Criteria* destinato a stabilire i criteri tecnici e le condizioni nel rispetto delle quali un'attività economica è in grado di contribuire in maniera sostanziale alla mitigazione del clima e/o all'adattamento ai mutamenti climatici, senza al contempo arrecare un danno significativo a un altro obiettivo ambientale previsto dalla Tassonomia.

e finanziario sostenibile richiederà tempi lunghi, nuove conoscenze e professionalità, nonché il coinvolgimento di tutti gli operatori del mercato, data la complessità del tema della sostenibilità.

La prima sfida consisterà nel tentativo di creare un “linguaggio comune”, cercando di addivenire a definizioni di sostenibilità e ESG che siano quanto più possibili condivise all’interno della comunità internazionale, seppure con una dovuta precisazione. Le nozioni di sostenibilità e di ESG dovranno pur sempre mantenere un sufficiente grado di flessibilità allo scopo di recepire i continui aggiornamenti che si ritengano necessari nel corso del tempo per delineare un fenomeno *in fieri*, attraverso un dialogo costante con i vari partecipanti ai mercati finanziari ³⁹.

Non sono, altresì, da sottovalutare le conseguenze che derivano dall’utilizzo di una tecnica legislativa caratterizzata da un eccessivo tecnicismo, in particolare con riguardo alla disciplina di secondo livello in materia di informativa di sostenibilità che risulta essere di difficile comprensione – e, di conseguenza, applicazione – da parte degli operatori di

³⁹ Basti un esempio per tutti. Si può discutere se la *cybersecurity* (ossia la resilienza informatica) possa essere ricompresa tra le metriche chiave del paradigma ESG. È soltanto di recente, nel contesto di un’economia globale caratterizzata dalla crescente digitalizzazione e interconnessione dell’industria, che vari *stakeholder* hanno avanzato richieste affinché la *corporate governance* aziendale predisponga adeguate misure di prevenzione e di mitigazione dei rischi legati a eventuali attacchi cibernetici e violazioni della sicurezza informatica. È chiaro che la sicurezza informativa sta progressivamente diventando parte integrante del modello organizzativo ESG, quale naturale conseguenza della crescente rilevanza della tecnologia nella creazione di valore strategico di un’azienda. Inoltre, sempre a titolo esemplificativo, l’attuale crisi energetica correlata al conflitto armato in Ucraina, con i conseguenti aumenti dei prezzi al consumo e le difficoltà nell’approvvigionamento delle risorse prime, sta contribuendo a un rinnovato interesse per l’energia nucleare e il gas fossile, da sempre visti con occhio critico dal punto di vista della sostenibilità. Di recente, la Commissione europea ha stabilito di ricondurre queste attività tra quelle che possono considerarsi eco-sostenibili. Cfr. Regolamento delegato (EU) 202/1214 del 9 marzo 2022 (C(2022) 631 *final*). Una tale scelta non è stata esente da critiche dal momento che l’inclusione dell’energia nucleare e del gas naturale nel quadro della tassonomia UE sembrerebbe in contrasto con il principio della neutralità tecnologica sancito dal regolamento stesso, contribuendo così a minare la credibilità del complessivo quadro di riferimento per gli investimenti sostenibili. Sul punto, EUROSIF, *The inclusion of gas and nuclear undermines the credibility of the EU Taxonomy*, 3 febbraio 2022. È sulla base delle considerazioni che precedono che una parte della dottrina ha avanzato la tesi secondo cui il termine ESG potrà essere meglio utilizzato in futuro come abbreviazione destinata a ricomprendere tutto ciò che non può essere tipicamente misurato mediante parametri finanziari di tipo tradizionale. V. D.K. CHIA, *There Is No “C” in “ESG”: An Illustration of ESG’s Biggest Risk*, in *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, 14 ottobre 2022.

mercato. La preoccupazione principale rimane quella che il forte tecnicismo alla base della *disclosure* di sostenibilità possa causare distorsioni involontarie del mercato e limitare l'afflusso di capitale aggiuntivo verso investimenti sostenibili.

È poi evidente che, a seguito del proliferare di molteplici regolamentazioni in materia di trasparenza relativa alla sostenibilità⁴⁰, bisognerà affrontare il problema della frammentazione normativa, con le ovvie conseguenze che quest'ultima può comportare a livello di raccolta di capitali privati, su scala nazionale e non solo. È indubbio che la competitività dell'industria dei fondi di *private equity*, con particolare riguardo all'attività transfrontaliera, passi necessariamente attraverso l'applicazione di standard regolamentari e adempimenti a carico dei gestori dei fondi che siano quanto più possibile uniformi tra loro. Una preoccupazione crescente è il rischio che i gestori di fondi di *private equity* possano spostare la propria attività, in maniera opportunistica, in *trading venues* di paesi terzi in cui sia vigente una regolamentazione meno onerosa (pratica del c.d. *forum shopping*).

È, pertanto, legittimo interrogarsi sull'opportunità di introdurre una regolamentazione che risulti essere quanto più possibile armonizzata e in grado di favorire il c.d. *level playing field*, in un quadro di cooperazione tra le autorità nazionali competenti e nell'ambito di un dialogo costante con i vari *stakeholder* interessati. Con riferimento specifico al nostro Paese, si reputa fondamentale che il recepimento della disciplina europea all'interno dell'ordinamento nazionale possa avvenire non solo in tempi più rapidi rispetto al passato, ma anche seguendo un approccio orientato a parametri di proporzionalità e senza oneri aggiuntivi a carico degli operatori domestici

⁴⁰ A titolo esemplificativo, la *Securities Exchange & Commission*, ossia l'autorità di vigilanza per il mercato finanziario, ha annunciato nel maggio 2022 l'adozione di una proposta di regolamento sull'informativa ESG con l'obiettivo di migliorare il flusso informativo sui fattori ambientali, sociali e di *governance* presi in considerazione dai consulenti di investimento e dai fondi di investimento registrati nell'ambito delle strategie di investimento. Cfr. U.S. SECURITIES & EXCHANGE COMMISSION, *Enhanced Disclosures by Certain Investment Advisers and Investment Companies about Environmental, Social, and Governance Investment Practices*, Advisers Act Rel. No. 6034, 25 maggio 2022, consultabile al seguente link: <https://www.sec.gov/rules/proposed/2022/ia-6034.pdf>.

del settore⁴¹.

Nell'intento di creare le condizioni necessarie alla transizione sostenibile sarà indispensabile, altresì, l'intervento pubblico mediante l'adozione di politiche di sostenibilità e di incentivi – nonché di sanzioni⁴² – cosicché gli investitori possano cogliere appieno tutte le opportunità offerte dalle nuove attività di investimento. D'altronde, giova ricordare che il quadro europeo di riferimento in materia di sostenibilità si caratterizza per essere un sistema basato principalmente – se non esclusivamente – sulla trasparenza informativa. Ciò implica che il modello delineato potrà essere efficace soltanto qualora gli operatori del mercato finanziario si dimostrino davvero intenzionati a perseguire l'ambizioso progetto di transizione sostenibile.

Qualora ciò non bastasse, e dunque nell'ipotesi in cui gli operatori di mercato continuino a operare, come in passato, nell'ottica esclusiva del profitto quale principale obiettivo imprenditoriale, si renderà necessaria adottare una tecnica normativa di diverso tipo. Più precisamente, si è dell'avviso che l'introduzione di alcune misure fiscali, quali il credito d'imposta a beneficio degli investitori (specie quelli istituzionali), potrà rappresentare uno strumento efficace in grado di indurre un effettivo cambiamento nella prassi comportamentale degli investitori, contribuendo ad aumentare la massa di risorse finanziarie effettivamente a disposizione delle attività economiche sostenibili e, più in generale, dell'economia reale⁴³.

⁴¹ AIFI, *Indagine conoscitiva sui mercati finanziari al servizio della crescita economica. Audizione del Presidente AIFI – Prof. Innocenzo Cipolletta*, 29 luglio 2020, 3.

⁴² Non è da sottovalutare neppure l'importanza nel delineare un quadro sanzionatorio organico e coordinato a livello europeo in maniera efficiente, in cui non debba ravvisarsi una divergenza significativa nell'attività di *enforcement* all'interno del mercato unico, posto che quest'ultima continua a rientrare nell'ambito delle competenze delle autorità nazionali. In questo contesto, l'iniziativa da parte delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari europei relativa a una consultazione pubblica in materia di definizione del termine di *greenwashing* è da ritenersi particolarmente lodevole. Cfr. EBA, EIOPA, ESMA, *ESAs Call for evidence on better understanding greenwashing*, 15 novembre, 2022. Difatti, una comprensione più granulare del fenomeno del *greenwashing*, nelle sue varie forme, anche attraverso l'esame di esempi concreti nelle varie fasi del ciclo di vita dei prodotti finanziari, potrà promuovere politiche di supervisione più efficienti e coordinate da parte delle autorità nazionali, in grado di porre fine al caso di notevole disomogeneità nell'irrogazione di sanzioni all'interno del mercato europeo.

⁴³ V. M. BODELLINI, S. DALVINDER, *Sustainability and finance: utopian oxymoron or achievable companions?*, in *Law and Economics Yearly Review*, 1, 2021, 187 ss..

6. Considerazioni conclusive. Nell'attuale fase di ripresa economica post-pandemica si assiste a un sempre maggiore consolidamento della finanza alternativa e, in particolare, dell'attività dei fondi di *private equity* a supporto dell'economia reale. Inoltre, nel processo graduale di transizione verde, i fondi di *private equity* sono destinati ad assumere un ruolo critico nel finanziamento e nel supporto gestionale e strategico alle imprese intente a perseguire obiettivi di sostenibilità.

Nello specifico contesto italiano, sono evidenti i vantaggi legati a un'interazione virtuosa tra capitali pubblici e privati. Attraverso la *partnership* pubblico-privata, ingenti risorse pubbliche (*in primis*, di provenienza dal PNRR) possono essere destinate in fondi di *private equity* che siano intente a finanziare aziende domestiche attive in ambiti considerati particolarmente rilevanti nell'attuale fase storica – quali i settori socio-sanitari, delle energie rinnovabili e del digitale – generando così valore a lungo termine a beneficio dell'intera collettività. Al contempo, la raccolta di capitali aggiuntivi ad opera degli investitori privati di *private equity* agisce come ulteriore incentivo nell'attività di investimento, dato l'effetto moltiplicatore dei ritorni finanziari in caso di successo dell'iniziativa imprenditoriale. Con le ovvie conseguenze che l'obiettivo del conseguimento di rendimenti finanziari quanto più possibile elevati da parte di investitori privati comporta in termini di utilizzo efficiente delle risorse pubbliche – secondo le logiche di mercato – e nel rispetto di tempistiche più brevi rispetto all'ipotesi di intervento autonomo dello Stato.

L'AIFI, nella veste di associazione di categoria per l'industria del *private equity*, può senz'altro svolgere un ruolo di rilievo nell'intento di facilitare le interazioni tra il settore pubblico e gli operatori privati, mettendo in risalto come la *partnership* pubblico-privata consenta di incidere non soltanto sull'attività economica delle imprese finanziate, bensì sull'intero contesto territoriale in cui si opera, attraverso attività di investimento programmate di comune accordo nell'interesse di lungo periodo del Paese.

Non da meno è il compito dell'AIFI nel proseguire nell'opera di

sensibilizzazione ed educazione finanziaria degli operatori di mercato in tema di investimenti di *private capital* destinati ad attività sostenibili. Invero, è soltanto influenzando i comportamenti degli investitori futuri – e in particolare delle nuove generazioni – che sarà possibile “incalanare” un numero crescente di risorse finanziarie nella direzione della sostenibilità a lungo termine.

Per di più, gli operatori pubblici, insieme all'AIFI, avranno un peso di rilievo nel definire un quadro normativo e regolamentare che sia effettivamente favorevole a una crescita economica sostenibile, nell'ambito di un dialogo costante con i vari *stakeholder*, al fine di assicurare la corretta implementazione delle regole. In particolare, l'attore pubblico avrà un ruolo sempre più determinante nel cercare di offrire un maggiore grado di certezza del diritto, tale da incoraggiare la *compliance* normativa e la fiducia degli investitori nell'attività di investimento sostenibile⁴⁴. Difatti, solo in presenza di un assetto regolamentare “affidabile” e in assenza di un'eccessiva stratificazione normativa (sebbene dovuta alla complessità della materia *de quo*), si potrà assicurare che i capitali, pubblici e privati, investiti confluiscano in attività realmente sostenibili⁴⁵.

⁴⁴ È dell'avviso che la transizione verso la sostenibilità richieda necessariamente meccanismi di programmazione pubblica, non potendo essere affidata esclusivamente alla autoregolazione del mercato, L. AMMANNATI, A. CANEPA, *Intervento pubblico e finanza sostenibile per la transizione ecologica*, in *Riv. trim. dir. econ.*, suppl. al n. 4, 2022, 144 ss.; v. anche A. MOLITERNI, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *Riv. quadrim. dir. ambiente*, 2020, 32 ss.; M. PELLEGRINI, *Il ruolo dello stato nella transizione della finanza verso la sostenibilità*, in M. PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale. Studi dedicati a Mauro Giusti*, Cedam, Padova, 2021, 88 ss..

⁴⁵ In proposito, si ritiene utile riportare le dichiarazioni di F.L. SATTIN, *La R-Evolution del Private Equity e il suo ruolo nella ripresa*, in *Il Sole 24 ore*, 17 giugno 2021: “Ed è questa la vera sfida che l'industria del private equity e i regolatori dovranno affrontare, in particolare nel nostro Paese, spesso afflitto da eccessi o incertezze nelle normative: consentire la massima articolazione e flessibilità degli strumenti nell'ambito di una regolamentazione chiara, equa e che ne garantisca il corretto utilizzo. Non sarà certo facile trovare il giusto bilanciamento tra tali aspetti per loro natura contrastanti, che dovranno anche tenere conto della necessaria compatibilità che tali norme dovranno avere nell'ambito di un mercato sempre più internazionalizzato e competitivo, anche a livello di singoli Paesi. E l'Italia dei soldi degli investitori internazionali ha un grande bisogno. Tuttavia, se tutte le parti coinvolte, operatori, associazioni di categoria e regolatori in primis, agiranno in buona fede, parlandosi, rispettandosi, ascoltandosi e mettendo professionalità, competenza e trasparenza in primo piano, sarà possibile trovare la soluzione migliore e il private equity, in tutte le sue nuove


Non da ultimo, nel dare attuazione all'ambizioso progetto della transizione sostenibile, sarà fondamentale effettuare un'analisi dei costi-benefici della regolamentazione *in fieri*, tentando di ricercare un ragionevole bilanciamento tra ciascuno degli interessi tutelati, meritevoli di protezione giuridica: da un lato, la stabilità del mercato finanziario e una maggiore protezione degli investitori a fronte di nuovi rischi di natura sistemica, dall'altro, il continuo sostegno alla crescita e alla competitività delle imprese, attraverso l'innovazione di prodotti e/o servizi offerti.

Nella gestione di un portafoglio di investimenti, essere ESG *compliant* è ormai diventato imprescindibile. Tuttavia, dare attuazione a questo progetto nel modo più efficace risulta essere la principale sfida che il settore si troverà ad affrontare nei prossimi decenni. L'auspicio è quello di adottare una regolamentazione che adotti un approccio proporzionale con riguardo agli adempimenti informativi e procedurali e che, più in generale, non risulti eccessivamente onerosa. Non vi è dubbio che l'imposizione di eccessivi vincoli alle filiere di produzione e di valore, specie con riguardo agli operatori di minori dimensioni, potrebbero avere delle conseguenze di rilievo fino al punto che la nuova regolamentazione possa rivelarsi "insostenibile" per alcuni destinatari delle norme giuridiche.

articolarzioni, sarà più che pronto per affrontare una nuova era di sviluppo e crescita, capitalizzando al meglio sulle esperienze passate e creando le condizioni basilari per liberare il suo enorme potenziale a supporto della crescita economica e sociale. È un'occasione unica per il rilancio del nostro Paese: non possiamo sbagliare!"

Sezione Seconda: Rapporti pubblico - privato





Il ruolo della contrattazione pubblica nella transizione verso l'economia circolare. Le strategie nazionali di Italia e Spagna nell'ambito dei rispettivi Piani di Ripresa e Resilienza
di **ILARIA BAISI**

SOMMARIO: **1.** L'ECONOMIA CIRCOLARE: UN'ALTERNATIVA ALL'ATTUALE MODELLO ECONOMICO LINEARE. – **2.** LA STRATEGIA EUROPEA PER L'ECONOMIA CIRCOLARE. – **3.** L'ECONOMIA CIRCOLARE NEL PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA "ITALIA DOMANI". – **4.** L'ECONOMIA CIRCOLARE NEL PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA "ESPAÑA PUEDE". – **5.** I CONTRATTI PUBBLICI COME STRUMENTO DI PROMOZIONE DELL'ECONOMIA CIRCOLARE: GLI APPALTI VERDI "CIRCOLARI", TRA ITALIA E SPAGNA. – **6.** OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

Abstract

The essay examines the role of public procurement in the transition towards a circular economy, with particular attention to Mission 2 – "Green revolution and ecological transition" of the National Recovery and Resilience Plan (NRRP). Indeed, this includes the new National Strategy for the Circular Economy, in strict compliance with the Action Plan (CEAP) launched by the European Union in 2020. Furthermore, the analysis has been carried out in comparison with the Spanish Strategy for the Circular Economy – "España Circular 2030", which aims to increase the *contratación pública verde* as well. However, the main purpose of the paper is to demonstrate that there are all the conditions to have *Green Public Procurement* (GPP) definitively turned into *Circular Public Procurement* (CPP), both in Italy and Spain

1. L'economia circolare: un'alternativa all'attuale modello economico lineare.

La crescente attenzione che la scienza giuridica sta dimostrando verso il tema della sostenibilità¹ – sempre più legata, ultimamente, anche a obiettivi di circolarità² –

¹ Nel contesto dell'ecologia, la sostenibilità presuppone il rispetto della capacità della natura di rigenerarsi; tale caratteristica, in particolare, la rende dinamicamente interconnessa – ma comunque non sovrapponibile – al concetto di sviluppo sostenibile: quest'ultimo, nato nel 1987 ad opera della *World Commission on Environment and Development* (WCED) – che nel *Rapporto Brundtland* lo descrive, per la prima volta, come sviluppo in grado di soddisfare «i bisogni delle generazioni attuali senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri» –, non solo rappresenta il punto di partenza di gran parte del moderno diritto internazionale dell'ambiente, ma anche «il principio che maggiormente influenza le politiche ambientali e di sviluppo, mettendo a confronto il diritto e l'etica, la doverosità, la solidarietà e la responsabilità [...], e costituendo, altresì, il punto di equilibrio tra i sistemi di *command and control* e degli strumenti di mercato a tutela dell'interesse ambientale» (R. LEONARDI, *La tutela dell'interesse ambientale, tra procedimenti, dissensi e silenzi*, Giappichelli, Torino, 2020, 57). Sennonché, la prospettiva debole, e di mera composizione degli interessi, sottesa alla nozione stessa di sviluppo sostenibile «ha di fatto finito per attribuire rilievo primario allo sviluppo economico (fatti salvi i limiti ambientali), con conseguente considerazione della variabile ambientale come uno degli elementi da inserire nelle scelte economiche (e non come il presupposto per ripensare il complessivo assetto del sistema)» (A. MOLITERNI, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2, 2020, 34). Per una trattazione esaustiva dell'argomento, si vedano altresì F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010; V. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Riv. giur. amb.*, 2, 2002, 209 ss.; M. CEVOLI, C. FALASCA, L. FERRONE (a cura di), *Ambiente e crescita: la negoziazione dello sviluppo sostenibile*, Futura Editrice, Roma, 2004; S. BORGHESI, A. VERCELLI, *La sostenibilità dello sviluppo globale*, Carocci Editore, Roma, 2005.

² Rispetto alla sostenibilità, che si basa sull'integrazione equilibrata delle prestazioni economiche, ambientali e sociali (la c.d. *Triple Bottom Line* che abbraccia persone, profitto e pianeta), il concetto di

conferma l'indifferibilità e l'urgenza di «ripensare l'attuale sistema economico, riprogettandolo in modo che sia in grado di disaccoppiare il profitto derivante dalla vendita di beni dall'utilizzo di materie prime come *input* della produzione»³. L'economia circolare, del resto, nasce come risposta a un sistema di produzione-consumo lineare⁴ divenuto oramai insostenibile, con risorse sempre più scarse e ripercussioni negative sull'ambiente sempre più marcate.

Contestualmente, in tutto il mondo i tassi di produzione di rifiuti sono in aumento, mentre il tasso di recupero è ancora basso: pure in Europa – nonostante i notevoli progressi compiuti per imballaggi, rifiuti urbani e RAEE⁵ – i tassi di riciclaggio sono tutt'ora inferiori alla metà dei rifiuti prodotti⁶. Una situazione critica che porterà la gestione dei rifiuti a essere, inevitabilmente, una delle principali criticità del sistema di crescita lineare. Di contro, il sistema dell'economia circolare parte dal presupposto che non esistono rifiuti: i prodotti sono progettati e ottimizzati per essere disassemblati e riutilizzati; persino il riciclo, dove una grande parte dell'energia e del prodotto viene perduta, è marginale⁷.

circularità – che sottende l'idea di sostituire il riciclaggio e il riutilizzo di materie prime all'impiego di risorse vergini, con l'obiettivo di adeguare il sistema produzione-consumo ai requisiti di sostenibilità ambientale – si concentra esclusivamente sulle dimensioni economica e ambientale. Cfr. M. GEISSDOERFER, SAVAGET P., BOCKEN N., HULTINK E., *The Circular Economy – A new sustainability paradigm?*, in *J. Clean. Prod.*, 143, 2017, 757-768; A. DE PASCALE, R. ARBOLINO, K. SZOPIK-DEPCZYŃSKA, M. LIMOSANI, G. IOPPOLO, *A systematic review for measuring circular economy: the 61 indicators*, in *J. Clean. Prod.*, 281, 2021 (124942); B. SUÁREZ-EIROA, E. FERNÁNDEZ, G. MÉNDEZ, *Integration of the circular economy paradigm under the just and safe operating space narrative: twelve operational principles based on circularity, sustainability and resilience*, in *J. Clean. Prod.*, 322, 2021 (129071). Peraltro, non tutti gli studiosi concordano con questa visione ristretta, dal momento che legare l'economia circolare esclusivamente all'uso efficiente delle risorse ostacolerebbe un approccio ampio sistemico. Cfr. K. OPFERKUCH, S. CAEIRO, R. SALOMONE, T.B. RAMOS, *Circular economy in corporate sustainability reporting. A review of organisational approaches*, in *Business Strategy and the Environment*, 8, 2021, 4015-4036; K. WEBSTER, *What Might We Say about a Circular Economy? Some Temptations to Avoid if Possible*, in *World Futures*, 7-8, 2013, 542-554. Ad ogni modo, secondo A. D'ALOIA, *Economia circolare e diritto. Alla ricerca dei confini materiali della sostenibilità*, in *La regolazione dell'economia circolare* (a cura di M. Cocconi), FrancoAngeli, Milano, 2020, 11, «tra le molteplici frecce dell'arco della sostenibilità, il tema dell'economia circolare si pone come uno dei più promettenti e densi di implicazioni riformatrici». L'Autore, tuttavia, non manca di sottolineare come economia circolare e sviluppo sostenibile, alla fin fine, condividano un'unica strategia: agire tutti insieme «verso un cambiamento sostanziale dei processi decisionali in cui anche il diritto deve cercare strumenti diversi e più adatti a stimolare questa collaborazione, questo "scopo morale comune"».

³ Ellen MacArthur Foundation, *Towards the Circular Economy. Opportunities for the consumer goods sector*, II, 2013, 14.

⁴ Secondo la logica *take-make-dispose*, fondata sull'estrazione di risorse ritenute disponibili in quantità illimitate nonché sull'utilizzo dell'ecosistema come contenitore di tutti gli scarti di produzione. Negli ultimi anni, però, i prezzi reali di molte risorse sono nettamente aumentati, e alcune di loro sono vicine all'esaurimento: una situazione critica, destinata per di più ad acuirsi a causa dell'aumento della popolazione. Cfr. P. LACY, J. KEEBLE, R. MCNAMARA, *Circular Advantage. Innovative business models and technologies to create value in a world without limits to growth*, Accenture, 2014.

⁵ Rifiuti da apparecchiature elettriche ed elettroniche.

⁶ European Environment Agency (EEA), 2021.

⁷ Sul punto, v. A. ACAMPORA, O. MARTUCCI, *Il sistema dell'economia circolare*, in *Economia circolare. La sfida del packaging* (a cura di A. Acampora e C.A. Pratesi), FrancoAngeli, Milano, 2023, 39-55.

Orbene, a prescindere dalle molteplici definizioni elaborate nel tempo, l'economia circolare è stata progettata per potersi rigenerare da sola⁸, fondamentalmente sulla base di quattro principi: riduzione, riuso, riciclo e recupero⁹. Seppur con diverso potenziale di circolarità, queste azioni strategiche riflettono la conservazione del valore delle risorse impiegate, che nell'attuale sistema lineare, invece, viene quasi completamente perduto¹⁰. Dopotutto, persino il riciclo¹¹ proposto dalla *green economy* mantiene un approccio "dalla culla alla tomba" (*from cradle to grave*), con conseguente perdita in termini di qualità e valore dei prodotti, dal momento che non sono progettati per essere valorizzati alla fine del loro ciclo di vita. All'opposto, l'economia circolare mira a efficientare l'intero processo produttivo incoraggiando un approccio "dalla culla alla culla" (*from cradle to cradle*), in grado di trasformare i materiali senza diminuirne la qualità nel tempo.

2. La strategia europea per l'economia circolare. A fronte di risorse naturali limitate e più di 2,2 miliardi di tonnellate di rifiuti prodotti ogni anno¹², l'Unione Europea ha deciso, da tempo, di intraprendere un processo di transizione verso un modello di produzione e consumo "circolare". A tal fine, la Comunicazione COM (2014) 398 *final* pone le basi di un nuovo programma d'azione¹³, benché limitato al settore dei rifiuti. Invero, il primo "Piano d'Azione per l'Economia Circolare" (PAEC)¹⁴ lo si deve alla Comunicazione COM (2015) 614 *final*: il c.d. "anello mancante", da un lato, rendeva la strategia dell'Unione coerente con gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile (SDGs) previsti

⁸ Ellen MacArthur Foundation, *ult. op. cit.* la definisce come un'economia nella quale i flussi di materiali sono di due tipi: biologici (in grado di essere reintegrati nella biosfera) e tecnici (destinati a essere rivalorizzati senza entrare nella biosfera).

⁹ Sono le cc.dd. "4R dell'economia circolare", mutuata dalla Direttiva 2008/98/CE relativa alla gestione dei rifiuti. Più di recente, lo studio di J. KIRCHHERR, D. REIKE, M. HEKKERT, *Conceptualizing the circular economy: an analysis of 114 definitions in Resources, Conservation and Recycling*, 2017, 127, 221–232 ha tra l'altro esteso il paradigma delle R a nuovi principi: rifiutare, riparare, rigenerare, ricondizionare e ridestinare.

¹⁰ «Nell'attuale sistema produttivo una notevole quantità di risorse si spreca, dall'estrazione allo smaltimento. Come risultato, sono necessarie più risorse primarie per soddisfare le sempre crescenti esigenze della società. Vista la scarsità di risorse e l'inevitabile aumento della domanda di beni di consumo, vi è la necessità di ridurre la distruzione di valore dei prodotti esistenti e la dipendenza da fonti primarie di energia e materie prime» (così A. ACAMPORA, O. MARTUCCI, *Il sistema dell'economia circolare*, cit., 51).

¹¹ Il riciclaggio, invero, consente di preservare solo in parte il valore creato durante il processo di produzione, richiedendo ulteriori sforzi in termini di energia e lavoro.

¹² Più di un quarto (27%) è generato prevalentemente dalle famiglie. Cfr. Parlamento Europeo, *Gestione dei rifiuti nell'UE: infografica con fatti e cifre*, 2023, reperibile all'indirizzo www.europarl.europa.eu.

¹³ Comunicazione della Commissione, *Verso un'economia circolare: programma per un'Europa a zero rifiuti*, 2 luglio 2014.

¹⁴ Comunicazione della Commissione, *L'anello mancante. Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare*, 2 dicembre 2015.

dall'Agenda 2030 delle Nazioni Unite¹⁵; dall'altro, invitava i singoli Stati a integrare codesta strategia con misure di rilievo nazionale. Nello specifico, il Piano individuava sette aree chiave, tali da coinvolgere «ogni fase della catena del valore: produzione, consumo, riparazione e rigenerazione, gestione dei rifiuti e reimmissione nell'economia delle materie prime secondarie»¹⁶. Allo stesso tempo, il pacchetto di misure sull'economia circolare prevedeva la modifica di sei importanti direttive in materia di rifiuti, approvate tra gli anni Novanta e i primi anni Duemila¹⁷.

Sulla spinta del *Green Deal* europeo (GDE)¹⁸ – un pacchetto di iniziative strategiche teso, in primo luogo, a rendere l'Unione climaticamente neutra entro il 2050, instaurando altresì un modello di produzione e consumo “circolare”¹⁹ –, con la Comunicazione COM (2020) 98 *final* è stato comunque adottato un nuovo “Piano d'Azione per l'Economia Circolare” (CEAP)²⁰. Tra le misure più significative del Piano, una proposta di regolamento dei prodotti sostenibili²¹ e una nuova strategia per rendere i prodotti tessili più durevoli e riciclabili²². D'altronde, «considerato che il modo in cui un prodotto è progettato determina fino all'80% del suo impatto ambientale nel ciclo di vita»²³, la definizione di ulteriori specifiche di progettazione garantirà che «entro il 2030 una parte significativa dei prodotti a disposizione dei consumatori dell'UE sia progettata in modo da essere durevole, efficiente sotto il profilo energetico e delle risorse,

¹⁵ Assemblea Generale ONU, *Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile*, Risoluzione A/70/L.I, 25 settembre 2015. Più nel dettaglio, il target 12.1 aspira alla gestione sostenibile e all'utilizzo efficiente delle risorse naturali, mentre il target 12.5 richiama esplicitamente il ciclo dei rifiuti proiettato verso modelli di economia circolare.

¹⁶ Specificatamente, plastica; tessile; RAEE; cibo e acqua; imballaggi; batterie e veicoli; edifici e costruzioni.

¹⁷ Le direttive oggetto di modifica sono: Direttiva 2008/98/CE (direttiva quadro rifiuti); Direttiva 94/62/CE (imballaggi e rifiuti di imballaggio); Direttiva 1999/31/CE (discariche di rifiuti); Direttiva 2003/53/CE (veicoli fuori uso); Direttiva 2006/66/CE (pile e accumulatori); Direttiva 2012/19/CE (apparecchiature elettriche ed elettroniche).

¹⁸ Comunicazione della Commissione, *Il Green Deal europeo*, 11 dicembre 2019.

¹⁹ Nel delineare una nuova visione dell'economia e dello sviluppo fondata sulla sostenibilità, la Comunicazione COM (2019) 640 *final* adotta infatti un approccio olistico e intersettoriale, con politiche riguardanti clima, ambiente, energia, trasporti, industria, agricoltura e finanza.

²⁰ Comunicazione della Commissione, *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e competitiva*, 11 marzo 2020.

²¹ Comunicazione della Commissione, *Prodotti sostenibili: dall'eccezione alla regola*, 30 marzo 2022. «Il fulcro di questa iniziativa legislativa sarà quello di ampliare la direttiva sulla progettazione eco-compatibile [Direttiva ErP 2009/125/CE] al di là dei prodotti connessi all'energia, in modo da rendere il quadro per la progettazione eco-compatibile applicabile alla più ampia gamma possibile di prodotti e renderlo conforme alla circolarità» (P. FICCO, *Il ruolo delle istituzioni nello sviluppo dell'economia circolare*, in *Economia circolare*, cit., 59). A tal proposito, si vedano anche Comunicazione della Commissione, *Sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale*, 18 giugno 2003; Comunicazione della Commissione, *Libro Verde sulla politica integrata dei prodotti*, 7 febbraio 2001.

²² Comunicazione della Commissione, *Strategia dell'UE per prodotti tessili sostenibili e circolari*, 30 marzo 2022.

²³ COM (2022) 140 *final*, 2.

riparabile, riciclabile e fabbricata prediligendo materiali riciclati»²⁴. Il settore tessile e dell'abbigliamento, nondimeno, è importante sul piano economico e può svolgere un ruolo determinante nell'economia circolare: le misure comprenderanno, segnatamente, requisiti di progettazione eco-compatibile dei tessuti, informazioni più chiare, un passaporto digitale dei prodotti e un regime di responsabilità estesa del produttore dell'UE. Del resto, «prolungare la vita dei prodotti tessili è il modo più efficace per ridurre significativamente l'impatto sul clima e sull'ambiente»²⁵. Completano il pacchetto, infine, la revisione del regolamento sui prodotti da costruzione²⁶ – che saranno progettati per essere più durevoli, riparabili, riciclabili nonché più facili da rifabbricare – e una proposta legislativa sulla responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde²⁷.

3. L'economia circolare nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza “Italia Domani”. La forte contrazione economica dovuta alla crisi pandemica ha spinto le istituzioni eurounitarie a predisporre uno strumento finanziario per la ripresa economica strettamente legato agli obiettivi delineati dal *Green Deal*: l'obiettivo è ricostruire un'Europa più verde, digitale e resiliente. Non a caso, per poter accedere ai fondi del *Next Generation UE* (NGUE)²⁸, ciascuno Stato ha dovuto predisporre un Piano Nazionale per la Ripresa e la Resilienza (PNRR) che destinasse almeno il 37% della spesa alla transizione ecologica; tutti gli investimenti e le riforme previsti da tali piani, per di più, devono rispettare il principio del “*do no significant harm*” (DNSH), nel senso di “non arrecare danni significativi all'ambiente”. «Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza italiano fa del contrasto ai cambiamenti climatici una delle sue principali sfide, cui dedicare il 40% delle risorse»²⁹.

²⁴ Ivi, 14.

²⁵ COM (2022) 141 *final*, 3.

²⁶ Comunicazione della Commissione, *Proposta di regolamento (UE) che fissa condizioni armonizzate per la commercializzazione dei prodotti da costruzione, modifica il regolamento (UE) 2019/1020 e abroga il regolamento (UE) n. 305/2011*, 30 marzo 2022.

²⁷ Comunicazione della Commissione, *Proposta di direttiva che modifica le direttive 2005/29/CE e 2011/83/UE per quanto riguarda la responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde mediante il miglioramento della tutela dalle pratiche sleali e dell'informazione*, 30 marzo 2022.

²⁸ Il fulcro di NGEU è il Dispositivo per la ripresa e la resilienza (RRF), strumento che offre sovvenzioni e prestiti a sostegno delle riforme e degli investimenti negli Stati membri per un valore totale di 723,8 miliardi di euro. Il resto dei fondi viene invece erogato attraverso altri programmi europei come il Pacchetto di Assistenza alla Ripresa per la Coesione e i Territori d'Europa (REACT-EU), Orizzonte Europa, InvestEU o il Fondo per una Transizione Giusta (JTF).

²⁹ V. MOLASCHI, *L'economia circolare nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *AmbienteDiritto.it*, 1, 2022, 7.

Nell'ambito della Missione 2 – “Rivoluzione verde e transizione ecologica”³⁰, la Componente 1 – “Economia circolare e agricoltura sostenibile”³¹ prevede misure finalizzate, in primo luogo, a efficientare la capacità di gestione dei rifiuti: vi sono ricompresi, pertanto, specifici investimenti per la realizzazione di nuovi impianti di trattamento/riciclaggio e l’ammodernamento di quelli esistenti; il miglioramento della rete di raccolta differenziata dei rifiuti urbani; la costruzione di impianti innovativi per particolari flussi. Circa il 60% di questi progetti, viepiù, è concentrato nei comuni del Centro-Sud Italia, al fine di colmare i divari gestionali e gli standard qualitativi che, da sempre, contraddistinguono le diverse aree del territorio nazionale. Allo stesso tempo, vengono destinate ingenti risorse a quelle filiere strategiche per cui il CEAP ha fissato precisi target di riciclo: RAEE, carta e cartone, plastica e tessile³²; a sostegno di questi progetti “faro” altamente innovativi, tra l’altro, verrà sviluppato anche un apposito sistema di monitoraggio attraverso l’impiego di satelliti, droni e intelligenza artificiale.

In questo contesto, non mancano poi le riforme: Strategia nazionale per l’economia circolare (SEC)³³; Programma nazionale per la gestione dei rifiuti (PNGR)³⁴ e Supporto tecnico alle autorità locali³⁵. La SEC, precisamente, «ambisce alla diffusione di nuove abitudini produttive e di consumo volte ad impostare le dinamiche del mercato verso orizzonti maggiormente eco-sostenibili»³⁶, soffermandosi, in particolare, sugli strumenti operativi dell’economia circolare: simbiosi industriale³⁷, regimi di

³⁰ Il PNRR italiano si articola in 7 Missioni (aree tematiche principali), suddivise in Componenti (aree d’intervento che affrontano sfide specifiche), composte a loro volta da Riforme e Investimenti. La missione 2, precisamente, pone le basi «per realizzare la transizione verde, ecologica e inclusiva del Paese favorendo l’economia circolare, lo sviluppo di fonti di energia rinnovabile e un’agricoltura più sostenibile». Sul punto, v. S. LAZZARI, *La transizione verde nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 1, 2021, 198-220.

³¹ Alla Componente 1 – che si prefigge di perseguire un duplice percorso verso una piena sostenibilità ambientale – il Piano destina 8,1 miliardi di euro.

³² «L’Italia ad oggi è ancora lontana dal raggiungimento di questi target, ad esempio più del 50% dei rifiuti plastici viene raccolto come Rifiuti Plastici Misti e quindi non recuperato ma utilizzato per il recupero energetico o inviato in discarica» (PNRR, 125).

³³ Emanata con d.m. 259/2022 e successivamente integrata dal d.m. 342/2022 (cronoprogramma di attuazione), individua azioni, obiettivi e misure da perseguire per un’effettiva transizione ecologica circolare.

³⁴ Approvato con d.m. 257/2022, integra la previsione di cui all’art. 198-bis, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (T.U. Ambiente), ai sensi del quale il PNGR «fissa i macro-obiettivi, definisce i criteri e le linee strategiche cui le Regioni e le Province autonome si attengono nella elaborazione dei Piani regionali di gestione dei rifiuti». Dev’essere sottoposto ad attività di aggiornamento almeno ogni sei anni.

³⁵ Oltre al supporto tecnico per gli Enti Locali, verrà sviluppato uno specifico piano d’azione per supportare le stazioni appaltanti nell’applicazione dei criteri ambientali minimi (CAM). V. *infra* (§ 5).

³⁶ A. DEPIETRI, *L’economia circolare tra residui di produzione e bioeconomia*, in *Il mosaico dell’economia circolare. Regole, principi, modelli* (a cura di M. Cocconi), FrancoAngeli, Milano, 2023, 128.

³⁷ Strategia di tipo sistemico che ha l’obiettivo di coinvolgere industrie e attori tradizionalmente separati in un processo di interazione e collaborazione finalizzato all’ottenimento di vantaggi competitivi derivanti dalla condivisione/trasferimento di risorse (sottoprodotti o scarti di produzione, cascami energetici ed idrici, servizi, capacità) tra due o più industrie dissimili. Cfr. SEC, 46.

responsabilità estesa del produttore (EPR)³⁸, educazione ambientale e appalti pubblici circolari. Nondimeno, «la Strategia sottolinea la necessità di istituire un vero e proprio mercato interno delle materie prime seconde, sottolineando come tale azione necessiti di una maggiore armonizzazione dei criteri nazionali in merito a *End of Waste* (EoW)³⁹ e sottoprodotti»⁴⁰. A questo riguardo, nel documento programmatico compare persino un esplicito richiamo al concetto di bioeconomia: «un primo passo per rendere maggiormente competitivi sul mercato i prodotti *bio-based*»⁴¹.

Rimanendo nell'ambito della Missione 2, l'approvazione di un nuovo PNGR è funzionale «a garantire, da un lato, la rispondenza dei criteri di pianificazione agli obiettivi della normativa comunitaria, in ottica di prevenzione del contenzioso; dall'altro, la sostenibilità, l'efficienza, efficacia, ed economicità dei sistemi di gestione dei rifiuti in tutto il territorio nazionale, in coerenza con gli obiettivi di coesione territoriale»⁴². Rispetto ai traguardi europei di riduzione dello smaltimento finale, peraltro, spicca l'introduzione di un nuovo Registro Elettronico Nazionale sulla Tracciabilità dei Rifiuti (R.E.N.T.R.I.)⁴³.

4. L'economia circolare nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza “*España Puede*”⁴⁴. Pure nel caso della Spagna l'impatto economico della pandemia è stato

³⁸ Un approccio di politica ambientale in base al quale i produttori sono chiamati a gestire il fine vita dei prodotti da loro stessi immessi sul mercato, anche attraverso l'accettazione dei prodotti restituiti o la gestione dei rifiuti che restano dopo l'utilizzo. In quest'ottica, si reputa prioritaria l'introduzione di nuovi regimi EPR nelle filiere delle plastiche e del tessile. Cfr. SEC, 51-52. Per un approfondimento, v. N. GRANATO, *Economia circolare e responsabilità estesa del produttore: una strategia di politica ambientale*, in *Il mosaico dell'economia circolare*, cit., 69-102.

³⁹ Procedimento per il quale un rifiuto – sottoposto ad un processo di recupero – perde tale qualifica per acquisire quella di prodotto. L'EoW costituisce un tassello indispensabile per la valorizzazione dei rifiuti generati, consentendo una riduzione del consumo di risorse naturali e materie prime. Cfr. SEC, 65-67.

⁴⁰ *Ivi*, 129.

⁴¹ *Ibid.* L'Autrice, tuttavia, non manca di sottolineare come siffatto riferimento si limiti ad una dimensione strettamente agricola, «lasciando sullo sfondo l'immenso potenziale rigenerativo che lo scarto vegetale può avere nel mondo industriale». Sul punto, v. anche “Una nuova strategia di Bioeconomia per un'Italia sostenibile”, BIT II, 2019.

⁴² SEC, 37. Un Piano, dunque, che nel suo insieme rafforza la consapevolezza e i comportamenti virtuosi di operatori economici e cittadini, per la riduzione e la valorizzazione dei rifiuti.

⁴³ Varato con d.lgs. 3 settembre 2020, sostituisce in via sperimentale il sistema cartaceo (S.I.S.T.R.I.). Ai sensi dell'art. 188-*bis*, d.lgs. 152/2006, introduce un modello di gestione digitale per l'assolvimento degli adempimenti quali l'emissione dei formulari di identificazione del trasporto, e la tenuta dei registri cronologici di carico e scarico.

⁴⁴ La scelta della Spagna si giustifica non tanto per i problemi economici analoghi a quelli dell'Italia o per l'ingente quantità di fondi parimenti ricevuti dal programma *Next Generation EU*, quanto piuttosto per il modello di azione amministrativa in materia ambientale. Si fa riferimento, in primo luogo, al *Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico* (MITERD), che con il nuovo Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica (MASE) continua comunque a condividere tutte le competenze necessarie per attuare la transizione ecologica, comprese quelle in materia di energia. Per una trattazione esaustiva sul tema, si rinvia a A. MOLITERNI, *Il Ministero della transizione ecologica. Una proiezione organizzativa del principio d'integrazione?*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2021, 439-450; A. MARTINI, *Amministrazione in transizione: riflessioni sulla transizione ecologica e sull'organizzazione amministrativa al suo servizio*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 3, 2021, 150-179.

particolarmente marcato: l'emergenza sanitaria non ha fatto altro che aggravare gli squilibri che già da tempo attanagliano l'economia spagnola. Conseguentemente, il *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* (PRTR) promuove principalmente politiche in grado di favorire una crescita sostenibile e inclusiva, ponendo contestualmente l'accento sulle riforme istituzionali e sulla collaborazione tra pubblico e privato⁴⁵. Di talché, similamente a quello italiano, il Piano riflette un tasso di sensibilità crescente verso la tutela dell'ambiente, tanto nella versione originaria quanto in quella aggiornata⁴⁶; un contributo fondamentale alla transizione ecologica, peraltro, arriva dall'attuazione della *Estrategia Española de Economía Circular* (EEEC)⁴⁷ e dei "*Planes de Acción*"⁴⁸ che ne derivano.

La Strategia per l'economia circolare varata dalla Spagna, difatti, getta le basi per quelle che saranno le politiche da implementare, a più riprese, entro il prossimo decennio, mediante lo sviluppo di successivi piani d'azione di durata triennale. Dopotutto, "*España Circular 2030*"⁴⁹ adotta un approccio intersettoriale, con l'esplicito

⁴⁵ Il PNRR spagnolo si struttura su 4 assi portanti, declinati in 10 Missioni, a loro volta suddivise in 30 Componenti. Il primo asse – a cui vengono destinate ben il 39,12% delle risorse (pari a 27,9 miliardi di euro) – «rafforza gli investimenti pubblici e privati per riorientare il modello produttivo, promuovendo la transizione verde, la decarbonizzazione, l'efficienza energetica, il dispiegamento delle energie rinnovabili, l'elettrificazione dell'economia, lo sviluppo dello stoccaggio dell'energia, l'economia circolare, le soluzioni basate sulla natura e il miglioramento della resilienza di tutti i settori economici» (PRTR, 8). Per un approfondimento, si vedano B.P. AMICARELLI, P. CLARIZIA, M. MANOCCHIO, P. MARCONI, G. MOCAVINI, R. MORGANTE, G. NAPOLITANO, A. RENZI, *I piani nazionali di ripresa e resilienza in prospettiva comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2021, 1161-1166; C. RAMOTTI, *Il PNRR spagnolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2023, 595-600.

⁴⁶ *Adenda el Plan de Recuperación*, approvata in data 6 giugno 2023. In questa occasione, peraltro, la Spagna ha deciso di mobilitare l'intera quota di prestiti assegnatele, dopo aver beneficiato, nel primo triennio, soltanto delle sovvenzioni a fondo perduto: con un totale di 164 miliardi di euro, il PNRR spagnolo diventa vieppiù paragonabile a quello italiano. Sotto questo profilo, se è vero che in termini assoluti il nostro Paese risulta primo per quantità di risorse assegnate alla transizione ecologica, è altrettanto vero che in termini percentuali è uno degli ultimi, in quanto investe finanche su molti altri settori – come sanità, istruzione e ricerca – su cui gli altri Paesi non intervengono.

⁴⁷ «La Estrategia establece unas orientaciones estratégicas a modo de decálogo y se marca una serie de objetivos para el año 2030: 1. Reducir en un 30% el consumo nacional de materiales en relación con el PIB, tomando como año de referencia el 2010; 2. Reducir la generación de residuos un 15% respecto de lo generado en 2010; 3. Reducir la generación residuos de alimentos en toda cadena alimentaria; 4. Incrementar la reutilización y preparación para la reutilización hasta llegar al 10% de los residuos municipales generados; 5. Reducir la emisión de gases de efecto invernadero por debajo de los 10 millones de toneladas de CO₂eq; 6. Mejorar un 10% la eficiencia en el uso del agua» (EEEC, 6).

⁴⁸ Cfr. *I Plan de Acción de Economía Circular* (PAEC 2021-2023), che stanziava oltre 1,5 miliardi di euro in investimenti su 5 assi portanti (produzione, consumo, gestione dei rifiuti, riutilizzo di materie prime secondarie e recupero delle acque reflue) e 3 linee d'intervento (attività formative, campagne di sensibilizzazione e creazione di nuovi posti di lavoro), per un totale di 116 misure decise da undici ministeri diversi. Se ne trae, ordunque, una risposta coordinata e complementare, perfettamente in linea con le iniziative e le politiche intraprese a livello eurounitario.

⁴⁹ «Los principios generales que inspiran esta Estrategia, y que emanan de los ordenamientos comunitario y nacional, son los siguientes: Protección y mejora del medio ambiente; Acción preventiva; Descarbonización de la economía; Quien contamina paga; Protección de la salud; Racionalización y eficiencia; Cooperación y coordinación entre las administraciones públicas; Participación pública; Desarrollo sostenible; Solidaridad entre personas y territorios; Integración de los aspectos ambientales

intento di non trascurare alcuna componente della società – dalla pubblica amministrazione all'industria, dalle imprese ai consumatori – nella fase della sua attuazione: a tal fine, vengono identificati sei settori prioritari di azione (edilizia, industria, beni di consumo, agroalimentare, turismo e tessile). Sotto il profilo istituzionale, coadiuvano l'implementazione dell'azione strategica lungo tutto il Paese iberico l'apposita Commissione interministeriale⁵⁰, il Consiglio per l'economia circolare⁵¹ e un gruppo di lavoro del Comitato "Rifiuti", che assicura il necessario coordinamento tra le diverse amministrazioni a livello nazionale, regionale e locale. Infine, quanto alla verifica dei progressi compiuti, il documento programmatico mutua i dieci indicatori⁵² stabiliti dalla Commissione europea nella Comunicazione COM (2018) 29 *final* relativa al quadro di monitoraggio per l'economia circolare⁵³, includendovi però anche la misurazione delle emissioni di gas a effetto serra (GHG)⁵⁴. L'impatto e gli effetti prodotti dalla Strategia sull'economia circolare vengono valutati su base triennale, in stretta correlazione con le attività di redazione e aggiornamento dei corrispondenti piani d'azione settoriali.

In un contesto di questo tipo, perciò, non sorprende affatto che l'economia circolare occupi un posto di rilievo nel PRTR: se nella Componente 12 – "Politica Industriale della Spagna 2030"⁵⁵ si propongono riforme e investimenti specificatamente

en la toma de decisiones; Mejora de la competitividad de la economía; Generación de empleo de calidad» (EEEC, 26).

⁵⁰ Alla quale sono devolute le attività di controllo e monitoraggio, nonché il compito di proporre, almeno su base annuale, nuove politiche settoriali da includere nei piani triennali. «Esta Comisión, constituida durante el proceso de elaboración de la Estrategia, está formada por aquellos Ministerios cuyas políticas tienen un impacto directo en la transición hacia una economía circular» (EEEC, 46).

⁵¹ A cui solitamente partecipano, in un'ottica di collaborazione pubblico-privato, anche rappresentanti dei settori primario, secondario e terziario, così come centri di ricerca che promuovono l'innovazione. «El Comité Ejecutivo de la Comisión Interministerial podrá acordar la participación en el Consejo de personas expertas independientes, incluido del mundo académico, con experiencia y reconocimiento en el ámbito de la economía circular, para que formulen ideas, sugerencias y propuestas [...]» (EEEC, 47).

⁵² 1. Autosufficienza riguardo alle materie prime; 2. Appalti pubblici verdi; 3. Produzione di rifiuti; 4. Rifiuti alimentari; 5. Tassi di riciclaggio complessivi; 6. Tassi di riciclaggio per flussi di rifiuti specifici; 7. Contributo dei materiali riciclati al soddisfacimento della domanda di materie prime; 8. Commercio di materie prime riciclabili; 9. Investimenti privati, occupazione e valore aggiunto lordo nei settori dell'economia circolare; 10. Numero di brevetti correlati alla gestione e al riciclaggio dei rifiuti.

⁵³ Comunicazione della Commissione relativa al quadro di monitoraggio per l'economia circolare, 16 gennaio 2018, nella quale si ribadisce, peraltro, che «nella transizione verso un'economia più circolare, monitorare le tendenze e i modelli principali è fondamentale per capire in che modo i vari elementi che la compongono si sviluppano nel tempo, contribuire a individuare i fattori di successo negli Stati membri e valutare se sono state adottate misure sufficienti. I risultati del monitoraggio dovrebbero costituire la base per la definizione di nuove priorità verso l'obiettivo a lungo termine di un'economia circolare. Lungi dall'interessare unicamente i responsabili politici, tali risultati dovrebbero essere fonte d'ispirazione per tutti e orientare le nuove azioni».

⁵⁴ In totale, dunque, si hanno sempre dieci indicatori, ma suddivisi in cinque fasi e aspetti dell'economia circolare: 1. Producción y consumo; 2. Gestión de residuos; 3. Materias primas secundarias; 4. Competitividad e innovación; 5. Emisión de Gases de Efecto Invernadero.

⁵⁵ «Los principales retos a los que se enfrenta la industria y a los que responde este componente son: (i) la transformación digital basada en los datos en el ámbito de la industria y los servicios, (ii) el refuerzo de su peso en la economía española y el aumento de la dimensión de las empresas industriales, y (iii) la

destinati a promuovere il dispiegamento di questo nuovo modello economico⁵⁶, interventi a favore dell'economia circolare si ritrovano finanche in altre aree afferenti alla politica industriale, così come in ulteriori componenti settoriali, quali sono quelle dedicate all'agricoltura e all'allevamento, alla riqualificazione degli edifici, all'acqua o al turismo. Più in generale, quindi, il Piano investe nella transizione ecologica per riorientare il sistema produttivo spagnolo, promuovendo la decarbonizzazione, l'efficienza energetica e l'economia circolare, nonché soluzioni volte a migliorare la resilienza di tutti i settori economici⁵⁷.

5. I contratti pubblici come strumento di promozione dell'economia circolare: gli appalti verdi "circolari", tra Italia e Spagna. «L'Italia attualmente produce circa 30 milioni di tonnellate di rifiuti urbani, conferendone il 21% in discarica, circa il 20% in impianti di incenerimento con recupero energetico o di calore e riciclandone il 50%, percentuale che ci pone fra i Paesi più avanzati»⁵⁸. Il grosso della produzione nazionale di rifiuti riguarda, però, quelli di origine industriale, pari a 154 milioni di tonnellate: «circa la metà dei rifiuti speciali è data dal settore delle costruzioni e delle demolizioni, un quarto dal trattamento di rifiuti e attività di risanamento e circa un quinto dalle attività manifatturiere»⁵⁹. Numeri che vanno letti, peraltro, alla luce degli obiettivi eurounitari fissati per il 2030, quando si dovrà riciclare almeno il 60% dei rifiuti (65% nel 2035), smaltirne in discarica al massimo il 10% e destinare il resto al recupero energetico o di calore; rispetto al riciclo degli imballaggi e alla raccolta differenziata delle bottiglie di plastica monouso, tuttavia, sarà necessario raggiungere, rispettivamente, target del 70% e del 90%.

mejora de la eficiencia en la gestión del agua, los residuos, la energía y de los recursos, emisiones y energías renovables en el marco de la economía circular». Tra le singole misure che rientrano nella Componente 12: «*Política de residuos e impulso a la economía circular*» (C12.R2) e «*Plan de apoyo a la implementación de la normativa de residuos y al fomento de la economía circular*» (C12.I3).

⁵⁶ Investimento totale stimato: 3,8 miliardi di euro. «En este contexto, se prevé que las inversiones asociadas a la implementación de la nueva normativa de residuos y a garantizar el cumplimiento de los nuevos objetivos comunitarios en esta materia [...]. Por otro lado, se dedicarán también inversiones al fomento de la economía circular en el ámbito de la empresa, para facilitar la introducción del nuevo modelo económico en los ciclos productivos» (PAEC 2021-2023, 6). Oltre ai fondi del *Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia*, concorrono a questo fine pure le ulteriori risorse stanziare del *Fondo Europeo de Desarrollo Regional* (FEDER) per il periodo 2021-2027.

⁵⁷ Accelerando, in questo modo, il raggiungimento degli obiettivi già previsti dal *Plan Nacional Integrado de Energía y Clima* (PNIEC) e dal *Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático* (PNACC) 2021-2030: «Así, el Plan de Recuperación tiene como objetivo acelerar la transición ecológica como elemento clave en la fase de reconstrucción a corto plazo y servir de palanca para la modernización de la economía, generando por tanto una mayor resiliencia en la economía a medio y largo plazo» (PRTR, 57).

⁵⁸ P. Ficco, *Il ruolo delle istituzioni*, cit., 60.

⁵⁹ *Ibid.*

In questo contesto, l'approvvigionamento di beni e servizi – che corrisponde, all'incirca, al 15% del Pil nazionale⁶⁰ – rappresenta senza dubbio uno strumento fondamentale per la transizione verso un modello di produzione e consumo più sostenibile: se indotta ad acquistare in maniera più consapevole, invero, la Pubblica Amministrazione (P.A.) trascina inevitabilmente il mercato verso prodotti e servizi dal ridotto impatto ambientale, incoraggiando altresì le imprese a sperimentare strategie produttive eco-compatibili. Il processo d'acquisto che permette alle PP.AA. di integrare esigenze di carattere ambientale all'interno dei contratti pubblici prende il nome di *Green Public Procurement (GPP)*⁶¹, dal momento che va letteralmente a “colorare” di verde ogni singola fase della procedura di gara. Nondimeno, come ha avuto modo di affermare il Consiglio di Stato, gli “appalti verdi” si connotano per essere «un segmento dell'economia circolare»⁶². In fin dei conti, i contratti pubblici hanno tutte le caratteristiche per introiettare i principi di circolarità, segnatamente: contribuendo alla chiusura dei cicli di energia e di materiali; sfruttando al massimo il valore dei materiali; riducendo o addirittura eliminando la produzione di rifiuti.

In altre parole, pure per le istituzioni pubbliche è giunto il momento di ripensare *in toto* i propri modelli di approvvigionamento: valutando se sussista la possibilità di usufruire di un servizio in luogo dell'acquisto di un prodotto⁶³; ponendo attenzione a tutte le fasi di vita del prodotto⁶⁴; instaurando un confronto con i fornitori ed il mercato in generale, per trovare soluzioni circolari⁶⁵. Infatti, se da un lato l'Unione Europea

⁶⁰ Dati ANAC riferiti all'anno 2022.

⁶¹ Sul GPP la letteratura è assai copiosa. Tra le ricostruzioni più complete e aggiornate, si vedano O. HAGI KASSIM, *Gli appalti verdi*, in *Diritto dell'Ambiente* (a cura di G. Rossi), V ed., Giappichelli, Torino, 2021, 509-519; G.G. GIAMMARELLI, E. CICCARESE, *Green E-Procurement. “Acquisti verdi” da parte delle PP.AA.*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021; F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, in *Trattato sui contratti pubblici. Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara* (a cura di R. De Nicolis, M. A. Sandulli), II, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, 167-195.

⁶² Cons. St., Sez. III, 14 ottobre 2022, n. 8773.

⁶³ «In numerose situazioni la Pubblica Amministrazione può valutare se è assolutamente necessario acquistare un prodotto o se piuttosto non sarebbe sufficiente usufruire della funzione che tale prodotto supporta: è il caso ad esempio delle stampanti/fotocopiatrici, delle autovetture o dell'illuminazione» (ERVET, *Il Green Public Procurement come strumento per promuovere l'Economia Circolare*, gennaio 2019, 4).

⁶⁴ «Nel caso in cui l'amministrazione non opti per acquisire un servizio ma per approvvigionarsi di un bene, dovrebbe tenere conto degli impatti ambientali che il prodotto genera in fase di produzione, ma anche in fase d'uso e in fase di fine vita» (Ivi, 5). Tra gli strumenti più immediati di cui le PP.AA. possono avvalersi: marchi ambientali, modelli contrattuali di acquisto-restituzione (*buy-sell back*) o di acquisto-rivendita (*buy-resell*) e sistemi di prodotto-servizio.

⁶⁵ «La consultazione del mercato, che può estendersi anche ai fornitori, agli operatori del riciclo, ai produttori o ai progettisti, è fondamentale per avere una panoramica delle possibilità esistenti, ma anche in alcuni casi per dare tempo al mercato di sviluppare soluzioni che incontrino le richieste dell'amministrazione. Al tempo stesso, offre la possibilità di verificare la fattibilità di eventuali criteri di aggiudicazione e di non trovarsi nella situazione di richiedere un prodotto o servizio non ancora disponibile sul mercato» (Ivi, 8). In luogo della procedura ordinaria, quindi, le PP.AA. possono avviare partenariati

definisce gli appalti pubblici verdi «un processo mediante cui le pubbliche amministrazioni cercano di ottenere beni, servizi e opere con un impatto ambientale ridotto per l'intero ciclo di vita rispetto a beni, servizi e opere con la stessa funzione primaria ma oggetto di una procedura di appalto diversa»⁶⁶, dall'altro, gli appalti pubblici circolari – descrivibili come «il processo tramite il quale le autorità pubbliche acquistano lavori, beni o servizi che cercano di contribuire a cicli chiusi di energia e materiali nelle catene di approvvigionamento, riducendo nel contempo al minimo, e nel migliore dei casi evitando, gli impatti ambientali negativi e la creazione di rifiuti nell'intero ciclo di vita di tali lavori, beni o servizi»⁶⁷ – assicurano comunque un grado di sostenibilità superiore. A livello sovranazionale, peraltro, tutti i principali atti di programmazione, riconoscono negli appalti pubblici un volano eccezionale per la transizione verso l'economia circolare⁶⁸: la Commissione europea, per esempio, cerca già da tempo di facilitare l'inserimento di criteri circolari nell'ambito del GPP⁶⁹.

Sicché, se il nuovo Codice dei Contratti Pubblici (“Codice 36”) conferma un approccio “*mandatory-rigido*”⁷⁰, una prima traccia della tendenza a muoversi verso soluzioni circolari la si può comunque rintracciare nell'ancor più recente “*Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi della pubblica amministrazione*” (PAN GPP)⁷¹, mediante il quale il Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica mira a rendere i criteri ambientali minimi⁷² non solo opportunità per lo sviluppo di modelli

per l'innovazione, al fine di acquistare prodotti o servizi sviluppati in stretta collaborazione con le imprese. Cfr. art. 75, d.lgs. 36/2023.

⁶⁶ Comunicazione della Commissione, *Appalti pubblici per un ambiente migliore*, 16 luglio 2008.

⁶⁷ Commissione europea, *Appalti pubblici per un'economia circolare. Buone prassi e orientamenti*, 2018, 5.

⁶⁸ Si vedano, *ex multis*, il *Green Deal* europeo e il Piano d'Azione per l'Economia Circolare, in attuazione del quale «la Commissione proporrà criteri e obiettivi minimi obbligatori in materia di appalti pubblici verdi (GPP) nella legislazione settoriale e introdurrà gradualmente un obbligo di comunicazione per monitorare il ricorso [a tale tipologia di appalti] senza creare oneri amministrativi ingiustificati per gli acquirenti pubblici» (CEAP, 6).

⁶⁹ «Includere i “principi dell'economia circolare” nelle pratiche di appalto può aiutare gli acquirenti del settore pubblico ad adottare un approccio maggiormente olistico alla sostenibilità, dalle prime fasi di un appalto fino alla fine del ciclo di vita del prodotto, ottenendo nel contempo potenziali risparmi» (*Ibid.*).

⁷⁰ Con la sola precisazione che, rispetto al testo dell'art. 34, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il nuovo art. 57, c. 2, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 aggiunge disposizioni volte a specificare che i CAM sono «definiti per specifiche categorie di appalti e concessioni» nonché «differenziati, ove tecnicamente opportuno, anche in base al valore dell'appalto o della concessione» con decreto del MASE. Le stazioni appaltanti, vieppiù, «valorizzano economicamente le procedure di affidamento di appalti e concessioni conformi ai criteri ambientali minimi».

⁷¹ D.m. 3 agosto 2023 (G.U. 19 agosto 2023, n. 193), approvato in virtù di quanto disposto ex art. 1126, c. 1, l. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007). Il nuovo Piano archivia definitivamente il precedente, adottato per la prima volta nel 2008 e revisionato, da ultimo, nel 2013.

⁷² In tale Piano, i CAM sono descritti come «le indicazioni tecniche che consistono in considerazioni specifiche di natura ambientale e, quando possibile, etico-sociale, collegate a diverse fasi che caratterizzano le procedure di gara: la definizione dell'oggetto dell'appalto; la selezione dei candidati laddove sia opportuno selezionare gli offerenti in base alla loro capacità tecnica di assicurare migliori

sostenibili, ma anche di economia circolare⁷³. Non a caso, «il presente Piano d'azione, promuovendo gli appalti pubblici verdi – anello di congiunzione tra la produzione e il consumo – per la propria trasversalità settoriale e per l'efficacia su tutti gli obiettivi di tutela ambientale»⁷⁴, è «funzionale all'attuazione dei paradigmi della transizione verde e dell'economia circolare del sistema produttivo, nonché al sostegno dell'innovazione in termini di prodotti, processi e modelli di *business*»⁷⁵. Nel nuovo concetto di “appalti circolari”, pertanto, è ricompreso lo spostamento del baricentro da un'esigenza di tutela ambientale in senso stretto ad un contributo alla costruzione di un nuovo modello economico, dove a una domanda di tipo circolare corrispondono offerte altrettanto circolari⁷⁶.

Ebbene, se in Italia si registra la volontà di rendere gli appalti pubblici una delle leve fondamentali per supportare i modelli di economia circolare, anche l'ordinamento spagnolo sembra essere decisamente proiettato verso questa direzione: non solo perché la Spagna – prima nella legge sugli appalti pubblici del 2017⁷⁷ e poi nella legge sul cambiamento climatico del 2021⁷⁸ – ha previsto l'obbligo di inserire nei contratti pubblici almeno una clausola legata all'innovazione, alla tutela dell'ambiente o alla sostenibilità, ma soprattutto perché ha posto gli appalti verdi alla base della Strategia

prestazioni ambientali durante l'esecuzione del contratto; la definizione delle specifiche tecniche; i criteri premianti con i quali valutare le offerte che offrono prestazioni o soluzioni tecniche più avanzate rispetto alle caratteristiche definite nel capitolato d'appalto; la definizione delle condizioni di esecuzione dell'appalto/clausole contrattuali».

⁷³ Cfr. PAN GPP, 24.

⁷⁴ Ivi, 15.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Cfr. M. COCCONI, *L'attuazione del modello dell'economia circolare nel Green Public Procurement*, in *La regolazione*, cit., 74. Tra l'altro, come rileva l'Autrice, non si assiste «ad un arretramento del valore della tutela della concorrenza dinanzi alle istanze correlate alle istanze ambientali e sociali, ma al riconoscimento della necessità di utilizzare le stesse dinamiche di mercato anche per promuovere politiche di sostenibilità ambientale». Lo sviluppo economico, insomma, rimane un interesse pubblico da perseguire, specialmente nella sua accezione di sviluppo sostenibile.

⁷⁷ Cfr. art. 202, ley 8 noviembre 2017, n. 9 de *Contractos del Sector Publico* (LCSP): «será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución [...] que podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social». Tra le clausole ambientali che possono essere inserite: «la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero [...], el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica». Sull'argomento, si vedano altresì P. LÓPEZ TOLEDO, *La contratación pública verde en el derecho español*, in *Documentos de Trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, 10, 2015, 3 ss.; E. PÉREZ DE LOS COBOS HERNÁNDEZ, *La contratación pública ecológica como instrumento de impulso de la economía circular*, in *Actualidad Jurídica Ambiental*, 2, 2020, 679 ss.

⁷⁸ Cfr. art. 31, ley 20 mayo 2021, n. 7 de *Cambio Climático y Transición Energética*: «en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios medioambientales y de sostenibilidad energética cuando guarden relación con el objeto del contrato, que deberán ser objetivos, respetuosos con los principios informadores de la contratación pública y figurar, junto con la ponderación que se les atribuya, en el pliego correspondiente».

“España Circular 2030”⁷⁹, così come del *I Plan de Acción de Economía Circular (2021-2023)*⁸⁰. Ciononostante, i principali protagonisti dell’applicazione del GPP in Spagna rimangono i governi regionali e locali, che a livello legislativo – a differenza del governo centrale – non sarebbero nemmeno vincolati ad “acquistare verde”⁸¹. Sempre in chiave comparativa, infine, è interessante osservare come il governo spagnolo, nell’ambito della Strategia Nazionale per lo Sviluppo Sostenibile, abbia dedicato una specifica azione volta ad allineare i contratti pubblici agli SDGs dell’Agenda 2030⁸².

6. Osservazioni conclusive. Nel complesso, dunque, lo strumento degli appalti pubblici verdi accompagna efficacemente la transizione verso un modello di economia circolare – sia a livello microeconomico, sia a livello macroeconomico – con contributi trasversali lungo tutta la catena del valore, dalla progettazione, all’uso e allo smaltimento finale⁸³. Cioè, si parla sempre più spesso di *Circular Public Procurement (CPP)*, a

⁷⁹ «Destaca la necesidad de incorporar en los procesos de contratación medidas voluntarias a través de estándares o sistemas voluntarios de certificación que mejoran la sostenibilidad de los productos, como criterios de valoración o adjudicación, debiéndose aplicar con la máxima objetividad para determinar la bonanza del producto o servicio a contratar» (così J.R. FUENTES I GASÒ, *Comunidades Autónomas, economía circular y contratación pública verde: del plan a la acción*, in *Queste istituzioni*, 2, 2023, 60). L’Autore, per di più, fa notare come finanche le Comunità Autonome, dal 2015 a questa parte, abbiano iniziato ad approvare delle strategie per l’economia circolare che mirano a promuovere gli appalti pubblici verdi, incorporando obiettivi, linee guida e azioni a questo specifico proposito (Ivi, 62-70).

⁸⁰ «Este plan prevé un apartado especial para la contratación pública “con criterios de circularidad” que enlista algunas acciones para que el sector público “adopte un enfoque más holístico de la sostenibilidad, desde las primeras fases de la contratación hasta el final de la vida del producto, al tiempo que se logran ahorros potenciales» (Ivi, 61).

⁸¹ Cfr. J. ROSELL, *Green Public Procurement in Spain*, in *Hacienda Pública Española/Review of Public Economics*, 2, 2023, 95-117. In ogni caso, sottolinea l’Autore, è sempre bene analizzare l’implementazione del GPP settore per settore: «for example, central government is typically responsible for military expenditure, a sector in which GPP is not as easily implemented as might be the case in other sectors. As such, the GPP adoption rate of central government is reduced in part by its competences as regards expenditure. In contrast, local governments are likely to be responsible for more pro-green competences and to face greater pressure from citizens to implement GPP, which ultimately favours GPP adoption. This means that before concluding that a particular tier of government implements higher or lower rates of GPP, we need to control for other variables». Sotto questo punto di vista, v. anche M. BRAULIO-GONZALO, M.D. BOVEA, *Criteria analysis of green public procurement in the Spanish furniture sector*, in *Journal of Cleaner Production*, 258, 2020 (120704); F. TESTA, F. IRALDO, M. FREY, T. DADDI, *What factors influence the uptake of GPP (green public procurement) practices? New evidence from an Italian survey*, in *Ecological Economics*, 82, 2012, 88-96.

⁸² Cfr. *Plan de Acción para la Implementación de la Agenda 2030. Hacia una Estrategia Española de Desarrollo Sostenible*, 29 junio 2018. Sul punto, v. anche M. PASCUAL NÚÑEZ, *España estrena su primer Plan de Acción de Economía Circular 2021-2030: ¿Cómo desacoplaremos el crecimiento económico del consumo de recursos en la próxima década?*, in *Actualidad Jurídica Ambiental*, 114, 2021, 105 ss.

⁸³ A questo fine, «i criteri ambientali per la raccolta e la gestione di rifiuti consentono di aumentare la qualità e la quantità della raccolta differenziata rendendo più economico il recupero di tale materia. Parallelamente, criteri ambientali su altre merceologie prescrivono un contenuto minimo di materia riciclata, valorizzando gli investimenti di un determinato tipo di raccolta e di gestione dei rifiuti. In alcuni casi i criteri ambientali sono veri e propri requisiti di eco-progettazione che mirano ad aumentare la vita utile dei beni, in modo tale da rendere possibile il recupero del prodotto o dei suoi componenti nell’ambito dello stesso ciclo produttivo o di cicli produttivi diversi che possono diventare complementari, supportando

conferma delle forti connessioni che legano le politiche in materia di “acquisti verdi” a quelle di promozione dell’economia circolare: come dimostrano gli ultimi decreti del MASE⁸⁴, i criteri ambientali contenuti nei CAM sono ormai orientati alla circolarità, superando in tal modo l’approccio *green* che lega il fine strategico dei contratti pubblici al solo interesse ambientale. Gli appalti “circolari”, viepiù, incoraggiano lo sviluppo e la diffusione di soluzioni innovative nei materiali, così come nella progettazione dei prodotti e dei servizi: ne deriva la massima estensione della vita utile dei beni e il loro reinserimento nei cicli produttivi, con minori sprechi e minori esternalità, finanche in relazione alle emissioni di sostanze pericolose e all’uso di energia.

In prospettiva, pertanto, risulta fondamentale estendere il ruolo degli acquisti circolari a tutti gli investimenti che, in un modo o nell’altro, possano essere influenzati dalle autorità pubbliche. Del resto, come gli appalti pubblici verdi hanno contribuito a efficientare la spesa pubblica – soprattutto nel medio e lungo periodo, razionalizzando i fabbisogni ed i consumi all’interno delle amministrazioni –, allo stesso modo, se opportunamente integrati, potranno indirizzare le piccole e medie imprese verso modelli di sviluppo più evoluti e sostenibili, grazie a una gestione eco-efficiente delle risorse e dei materiali⁸⁵.

A fronte di un tessuto produttivo che presenta ancora forti ritardi nello sviluppo impiantistico e tecnologico, perciò, risulta determinante sviluppare una forma di appalti verdi che rispecchi il più possibile i principi dell’economia circolare: più concretamente, ciascuna fase della procedura di gara deve poter tenere adeguatamente in considerazione tutti gli aspetti fondamentali per la circolarizzazione dei prodotti, mediante un approccio *Life Cycle Thinking* (L.C.T.)⁸⁶. In fondo, solo con la diffusione su vasta scala del CCP sarà possibile mettere in atto misure che promuovono l’eco-design, l’impiego dei sottoprodotti e il riciclo dei materiali, favorendo al contempo la riduzione degli sprechi e il mercato delle materie prime seconde.

la simbiosi industriale. In altri casi, invece, prevedono approcci o criteri che favoriscono la dematerializzazione dell’economia». Cfr. PAN GPP, 18.

⁸⁴ Cfr. CAM Edilizia, d.m. 23 giugno 2022, n. 256; CAM Eventi Culturali, d.m. 19 ottobre 2022, n. 459; CAM Tessili, d.m. 7 febbraio 2023.


⁸⁵ Dopotutto, «le imprese innovative spesso hanno migliori indicatori economici rispetto a quelle non innovative (fatturato, occupazione, investimenti) e, in particolare, le aziende che investono nell’economia verde hanno maggiori esportazioni, innovano e assumono di più» (PAN GPP, 29).

⁸⁶ Un’impostazione di pensiero che propone di tener conto di tutti gli aspetti del ciclo di vita di un prodotto o servizio prima di avviarne la relativa progettazione, realizzazione e distribuzione. Il principale strumento operativo e di valutazione che lo applica è il *Life Cycle Assessment* (L.C.A.).

In conclusione, considerato come l'Italia – ad eccezione che per il tasso di riciclo dei rifiuti urbani e speciali prodotti⁸⁷ – dal 2018 vada segnando progressi inferiori alla media dell'Unione Europea in tutti gli altri indicatori di circolarità⁸⁸ –, appare decisamente opportuno ripensare uno strumento strategico quale il GPP in un'ottica più circolare, attraverso oggetti dell'affidamento ad hoc e criteri premianti mirati. Proprio ora che il nostro Paese è impegnato nell'attuazione del PNRR, il valore economico delle commesse pubbliche consentirebbe non solo di tutelare l'ambiente attraverso il mercato, ma anche di promuovere e favorire la transizione verso un'economia di tipo circolare.

⁸⁷ Indicatore in cui l'Italia doppia la media dell'Unione europea – oltre l'80% contro meno del 40% – sopravanzando di più lunghezze anche Francia, Germania e Spagna. Cfr. *IV Rapporto Circonomia*, ed. 2023. Sul punto, v. anche Circular Economy Network, *V Rapporto sull'Economia Circolare in Italia, 2023*: «a livello globale l'economia circolare, purtroppo, arretra, ma l'Italia si conferma Paese leader tra le più grandi economie europee. Non mancano tuttavia i campanelli di allarme. Perché peggioriamo su alcuni indicatori chiave come il tasso di uso circolare della materia e la produttività delle risorse».

⁸⁸ Rispetto al 2022, tuttavia, l'Italia perde a vantaggio dell'Olanda il primo posto nel ranking europeo della circolarità, costruito sulla base di 17 diversi indicatori che misurano l'impatto ambientale delle attività economiche e civili sull'ambiente e sul clima, l'efficienza nell'uso delle risorse, così come la capacità di risposta ai problemi ambientali. Un arretramento, peraltro, particolarmente marcato nel settore delle nuove energie rinnovabili, il solare e l'eolico. Alla base del brusco rallentamento italiano sulla via della transizione ecologica, il *IV Rapporto Circonomia 2023* pone la scarsa capacità di innovazione tecnologica del nostro Paese: nel 2021 l'Italia ha speso in ricerca e sviluppo l'1,48% del Pil, contro il 2,26% della media UE.



PNRR e pubbliche amministrazioni: riforme, capacità amministrativa e risultati attesi su organizzazione e risorse umane
di **DANIELA BOLOGNINO** E **GIACOMO D'ARRIGO***

SOMMARIO 1. INTRODUZIONE. - **PARTE I:** 2. IL RUOLO DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI NELL'ATTUAZIONE DEL PNRR. - 3. PNRR E PA: TRA CENTRO E TERRITORI. - 4. L'IMPATTO SULLE STRUTTURE AMMINISTRATIVE: TRA STRUTTURE *AD HOC*, RAFFORZAMENTO DELLA CAPACITÀ AMMINISTRATIVA E RELAZIONI TRA CENTRO E TERRITORI. - **PARTE II:** 5. LE MODIFICHE "A REGIME" DEL RECLUTAMENTO DEI LAVORATORI PUBBLICI COME ATTUAZIONE DELLE RIFORME ORIZZONTALI DEL PNRR. - 6. LE MODIFICHE PROPOSTE DAL (POI ABROGATO) ART. 10, DECRETO-LEGGE N. 44 DEL 2021 – LA SPINTA ALL'ACCELERAZIONE. - 7. LE MODIFICHE A REGIME APPORTATE DAL DECRETO-LEGGE 30 APRILE 2022, N. 36 E DAL D.P.R. AL D.P.R. 16 GIUGNO 2023, N. 82. VERSO UN RECLUTAMENTO DI QUALITÀ. - 8. PNRR: CHIAROSCURI NEI RAPPORTI STATO/TERRITORI E IN ALCUNE NORME "TEMPORANEE" SUL RECLUTAMENTO.

Abstract

The essay is dedicated to analysing the impact of the Pnrr on public administrations and the expected results with respect to organisational and human resources reforms. In particular, it analyses: a) how much and how the Pnrr affects public structures, redetermining aspects of internal organisation; their strengthening, intervening on the various planning, management and reporting activities; also highlighting the preponderant role of the central administration with respect to the administrative structures of the other institutional levels; b) the specific reform interventions adopted in the implementation of the Pnrr to modify the methodology of recruitment 'at regime' of public workers and for the strengthening of administrative capacity, as a strategy with a long-term impact.

1. Introduzione. La pandemia da Covid-19 è stato l'evento mondiale negativo più grande degli ultimi 70 anni. Più grande per dimensione globale e per espansione territoriale: non è una forzatura dire che dalla seconda guerra mondiale in poi, nessuna altra vicenda ha avuto un ruolo in modo così diffuso e penetrante su scala planetaria⁸⁹. Una crisi che è stata ben sintetizzata come "un arresto improvviso dell'attività economica a causa dei blocchi e del simultaneo shock della domanda e dell'offerta"⁹⁰.

Il *Next Generation EU* (Ngeu) a livello europeo e i Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza (Pnrr) rappresentano gli strumenti con cui Unione Europea e Stati membri hanno reagito a questa emergenza sanitaria che è divenuta anche economica e sociale. Non si tratta, come avvenuto altre volte in passato, di iniziative di solo supporto

* Il saggio, frutto di una riflessione scientifica comune, è stato scritto da Giacomo D'Arrigo in riferimento alla parte I, paragrafi n. 2, 3, 4 e da Daniela Bolognino in riferimento alla parte II, paragrafi n. 5, 6, 7. L'introduzione e il paragrafo n. 8 sono elaborazione comune degli autori

⁸⁹ L'OCSE stima che l'andamento del pil dei Paesi del G20 nel secondo trimestre del 2020 abbia registrato una notevole caduta del pil delle economie più ricche del pianeta con una media del -11,8% (per capire la "forza" del dato, basti pensare che durante il primo trimestre della crisi economica del 2009, la riduzione del pil dei Paesi del G20 sia stata di -1,6%. L'analisi completa dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) nel *G20 GDP Growth – Second quarter of 2020*, OECD, 14 settembre, <https://www.oecd.org/newsroom/g20-gdp-growth-second-quarter-2020-oecd.htm> realizzato nel 2020.

⁹⁰ M. BUTI, G. Papacostantinou, *The legacy of the pandemic: how Covid-19 is Reshaping Economic Policy in the EU*, in CERP Policy Insights n. 109 del 23 aprile 2021.

finanziario - per quanto sia da riconoscere l'assoluta rilevanza delle somme erogate - ma di sostegno per istituzioni, comunità e privati con meccanismi di funzionamento innovativi. Tale novità sta nel fatto che la programmazione/pianificazione degli investimenti, il cronoprogramma della spesa, il monitoraggio sull'attuazione e l'approvazione di riforme di sistema, sono legati tra loro da un'unica impostazione operativa vincolata al raggiungimento di traguardi e obiettivi con un *timing* di concretizzazione estremamente breve (inteso come arco temporale entro cui raggiungerli) e rigido (il cui sfioramento non è permesso salvo esserne penalizzati) fissato in semestri, per cui il conseguimento di *milestone* e *target* di un semestre è condizione necessaria per ottenere l'erogazione dei fondi per le attività del semestre successivo. Nella impostazione normativa e nella concretizzazione pratica, il Ngeu ed a cascata i Pnrr dei singoli Stati hanno quindi come propria caratteristica operativa, che li differenzia da altri programmi di finanziamento europei, la centralità assegnata al conseguimento di obiettivi verificati con monitoraggio⁹¹.

Il contesto complessivo è inoltre caratterizzato da due aspetti che si affermano con il *Recovery Plan*, l'iniziativa promossa dalla Commissione Europea che dà il via al percorso del Ngeu: il rafforzamento della centralizzazione della *governance* istituzionale e gestionale (sia a livello europeo che nazionale)⁹² e lo "sviluppo di una politica macroeconomica europea"⁹³ per usare le parole con cui parte della dottrina autorevolmente descrive il sostegno ad alcuni nuovi obiettivi macroeconomici (es. il raggiungimento della neutralità climatica) a discapito di altri (es. l'energia prodotta da carbone): una evoluzione rispetto al passato quando su scala continentale era solo il vincolo di coordinamento/vigilanza/penalizzazione a indicare tipo di sviluppo e obiettivi dell'Unione. In questo contesto, pianificazione strategica, gestione, amministrazione e attuazione di politiche pubbliche, hanno quindi assunto significati e paradigmi nuovi e di conseguenza anche le strutture pubbliche, europee e nazionali, coinvolte in queste attività hanno man mano assunto un ruolo chiave ed aumentato competenze ed ambiti. Non si tratta di un vero e proprio elemento di novità ma di un processo che nel continente

⁹¹ Per una analisi approfondita dei profili di governance, funzionamento, obiettivi e politiche di NGEU e PNRR e per la comparazione con a tradizionale programmazione UE, si vedano anche: G. D'ARRIGO e P. DAVID, *Next Generation EU e Pnrr italiano: analisi, governance e politiche per la ripresa*, Rubbettino, 2022; F. Fabbrini, *Next Generation EU. Il futuro dell'Europa dopo la pandemia*, Il Mulino, 2022; P. CUCUMILE, *I fondi strutturali e il PNRR a confronto*, in *Il Diritto Amministrativo*, 2023, n. 1.

⁹² A definire tali impianti sono il Regolamento UE 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 (a livello europeo) ed i decreti legge 77/2021 e 13/2023 (a livello nazionale).

⁹³ L. LIONELLO, *Next Generation EU: has the hamiltonian moment come for Europe?*, in *Eurojus* n. 4 del 2020.

era in atto da tempo (in Italia più a rilento)⁹⁴ e che con l'avvento del Ngeu accelera aumentando, in modo formale e non, sia gli ambiti di attività delle strutture e sia lo "spazio amministrativo europeo"⁹⁵.

Alla luce di queste premesse, il saggio affronta alcuni aspetti determinanti per l'efficientamento delle pubbliche amministrazioni, ossia:

- i. quanto e come il Pnrr incida (dal punto di vista formale ed informale) sulle strutture pubbliche rideterminando: gli aspetti dell'organizzazione interna; il rinforzo delle strutture pubbliche; intervenendo sulle diverse attività di programmazione, gestione e rendicontazione, talvolta anche ben oltre funzioni e compiti assegnate dal Piano o tradizionalmente svolte. Mettendo anche in evidenza il ruolo preponderante dell'amministrazione centrale rispetto alle strutture amministrative degli altri livelli istituzionali;
- ii. gli specifici interventi di riforma adottati in attuazione del Pnrr al fine di modificare la metodologia di reclutamento "a regime" dei lavoratori pubblici e per il rafforzamento della capacità amministrativa, come strategia con una gittata a lungo termine. Gli interventi normativi che verranno analizzati si pongono in netta antitesi con le riforme degli ultimi venti anni che hanno considerato il personale quasi esclusivamente come voce di spesa sul bilancio e per questo oggetto di tagli e blocchi del *turn over*, che ne hanno depauperato la quantità e la qualità. Il rilancio delle pubbliche amministrazioni deve avere al centro la "qualità", come metodo per selezionare e attrarre i migliori, in modo da garantire, anche attraverso le giuste risorse umane, che le amministrazioni operino in maniera efficiente, efficace e per la soddisfazione dell'interesse pubblico e dei cittadini. Si effettuerà dunque un'analisi di tali riforme "a regime" per comprendere se siano idonee, per impostazione e tempistiche, a garantire tale risultato o se invece la qualità venga sacrificata in nome della celerità.

2. Il ruolo delle pubbliche amministrazioni nell'attuazione del PNRR. I temi dell'efficientamento, della riforma e del (nuovo) ruolo assunto dalle strutture pubbliche oltre che gli interventi di reclutamento e rinforzo degli apparati, sono i temi principali di

⁹⁴ G. NAPOLITANO, *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fascicolo n. 2, Giuffrè, 2015.

⁹⁵ Per una analisi approfondita dei temi del diritto amministrativo europeo, M. P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, 2018.

questo paper e le pubbliche amministrazioni sono centrali, sia in quanto realtà attuatrici del Pnrr e sia in quanto soggetti destinatari di una delle riforme orizzontali (la più rilevante) previste dal Piano stesso⁹⁶.

L'impostazione del Pnrr incide su vari profili, in particolare per quanto di nostro interesse, con riferimento agli aspetti di: governance gestionale; processi di pianificazione della pa; riorganizzazione degli apparati amministrativi; organizzazione interna rispetto ad obiettivi (politiche) da perseguire. Tutti elementi che riguardano la pubblica amministrazione, intervenendo sino a cambiarla talvolta anche senza disposizioni formali. La centralità assunta da questi profili risalta proprio considerando l'impostazione del meccanismo di funzionamento del Pnrr come descritto in apertura: una iniziativa *performance based* (si riceve la *tranche* semestralmente stabilita solo se si raggiungono *target* e *milestones*, indipendentemente dai costi sostenuti) con centralità al raggiungimento (misurabile ed effettivo) dei risultati ed i compiti delle strutture impegnate su questi fronti.

È bene anche solo accennare, come punto di partenza, alla condizione di grande criticità in cui da anni versa la pa italiana: un comparto che a gennaio 2021 conta 3,2 milioni di dipendenti (31mila in meno rispetto al gennaio del 2020)⁹⁷ che a vario titolo svolgono mansioni, compiti e funzioni dei diversi settori della macchina pubblica. Un numero di persone coinvolte certamente notevole, ma al minimo storico degli ultimi vent'anni: secondo i dati Ocse⁹⁸ del 2021, circa il 13,4% dell'occupazione totale del Paese; un dato che si colloca sotto la media Ocse che è del 17,7% e con una media età di appena superiore ai cinquant'anni (il 16,3% ha oltre sessant'anni e soltanto il 4,2 ne ha meno di trenta). Nel dettaglio italiano inoltre, la Funzione pubblica ha stimato che il *turnover* per le amministrazioni centrali abbia funzionato nella misura di un assunto ogni tre cessazioni di rapporto e di un assunto ogni due nelle amministrazioni locali (con un saldo netto complessivo tra il 2007 e il 2019 di 185 mila dipendenti pubblici in meno, soprattutto per enti locali ed aziende sanitarie, realtà oggi centrali nella responsabilità di attuazione del Piano di ripresa). Una situazione complessiva che ha prodotto un disallineamento tra l'insieme delle competenze disponibili e quelle richieste dal nuovo modello economico e produttivo. Una condizione generale che l'ex premier Mario Draghi

⁹⁶ Al sito istituzionale del Pnrr www.italiadamani.gov.it la descrizione delle riforme previste e l'aggiornamento dell'attuazione. Una analisi ragionata sulle riforme del Piano è stata realizzata da G. GALLI, F. NERI E F. SCINETTI, *Il Pnrr e le riforme*, in Osservatorio sui Conti Pubblici Italiani, 28 aprile 2023.

⁹⁷ Forum della Pubblica Amministrazione (FPA), *Lavoro pubblico 2021*.

⁹⁸ Organizzazione per la Cooperazione e per lo Sviluppo Economico (OCSE), *Studi Economici dell'Ocse, Italia 2021*.

parlando delle pubbliche amministrazioni in fase di presentazione del Piano ha evidenziato come “permangono in una condizione di fragilità, su cui è urgente intervenire”⁹⁹ e poi ancora “per l’Italia il Ngeu rappresenta una opportunità imperdibile di sviluppo, investimenti, riforme. L’Italia deve modernizzare la sua pubblica amministrazione”¹⁰⁰. Riflessione che accresce il suo valore se si considera che l’impostazione del Piano attribuisce alla Stato e alle pubbliche amministrazioni centrali un ruolo primario con la responsabilità della titolarità piena dell’andamento del Pnrr ed alle amministrazioni territoriali quella della attuazione di attività e progetti.

Una attenzione per la modernizzazione delle strutture pubbliche che prende le mosse da documenti Ue, con una procedura che conferma l’accresciuto ruolo della dimensione continentale sulle legislazioni nazionali e finalizzazione degli obiettivi: con il Ngeu le “Raccomandazioni Paese” annuali emesse dall’Unione Europea, non sono più semplici pareri orientativi ma sono diventate vincolanti. Proprio il Regolamento 241/2021 impegna infatti gli Stati membri a tenerne conto, nella definizione dei propri Pnrr¹⁰¹. Delle Raccomandazioni dell’anno 2019, in quella indirizzata all’Italia uno dei richiami è stato proprio sulla necessità di “migliorare l’efficienza della pubblica amministrazione, in particolare investendo nelle competenze dei dipendenti pubblici, accelerando la digitalizzazione e aumentando l’efficienza e la qualità dei servizi pubblici locali”¹⁰². Una richiesta utile sia per la realizzazione dei progetti del Pnrr e sia per migliorare la capacità amministrativa complessivamente¹⁰³. Rispetto alla centralizzazione del Piano italiano riferita alla pa, proprio nelle Linee Guida citate si stabilisce che “il Piano deve fornire elementi circa la sussistenza della capacità amministrativa necessaria per la realizzazione delle misure indicate e, in particolare, assicurare che siano adeguatamente considerate le *Country Specific Recommendations* (CSR) in particolare per il 2019 e per il 2020”¹⁰⁴. È utile richiamare un importante dettaglio di differenza rispetto al PNR (Programma Nazionale di Riforma) che ogni Paese è chiamato a redigere annualmente in fase di “semestre europeo” per la formazione del proprio bilancio: il vincolo giuridico del Pnrr si presenta in termini molto più stringenti

⁹⁹ M. DRAGHI, *Linee programmatiche delle PA, Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, premessa.

¹⁰⁰ M. DRAGHI, cit.

¹⁰¹ Oltre che alle *Linee Guida della Commissione Europea per la redazione dei Piani finanziati con il RRF*.

¹⁰² Consiglio dell’Unione Europea, *Raccomandazione sul programma di riforma 2019 dell’Italia e che formula e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2019 dell’Italia*, 9 luglio 2019.

¹⁰³ Alcuni dubbi proprio in merito al tema centralizzazione di decisioni in un contesto policentrico come quello italiano sono stati espressi da più voci, su tutti si veda L. TORCHIA, *Attuazione e monitoraggio del Pnrr*, intervento al convegno AIPDA Next Generation EU del 28 aprile 2021.

¹⁰⁴ Commissione Europea, *Linee Guida della Commissione Europea per la redazione dei Piani finanziati con il RRF*, cit.

considerando che: i Pnr sono visti a Bruxelles con lo strumento della Raccomandazione, mentre i Pnrr sono approvati con Decisione di Esecuzione, giuridicamente più forte nel sistema delle fonti UE e strumento di impegno per i Paesi¹⁰⁵.

3. PNRR e PA: tra centro e territori. Il Pnrr italiano interviene nel rapporto tra centro e periferia, negli aspetti di pianificazione e programmazione della Pa rispetto a vincoli, monitoraggi, obiettivi e organizzazione delle strutture. Incidendo nella partecipazione a bandi, scadenze, avvisi, gestione di risorse e progetti e successivamente attraverso disposizioni (più o meno stringenti) che vanno in questa direzione. In sostanza, un approccio di pianificazione e programmazione caratterizzato da una forte centralizzazione tesa al raggiungimento di risultati.

In questa direzione, è da evidenziare innanzitutto come il Pnrr (ed i suoi meccanismi di gestione) impatti sulle strutture pubbliche in modo considerevole, nella forma e nell'approccio che genera¹⁰⁶. La Corte dei Conti ha calcolato come l'impianto attuativo esprima il "peso" che viene assegnato alle amministrazioni centrali indicate come le sole "titolari" degli interventi e differenziate dalle altre amministrazioni territoriali (Regioni, Comuni, Università, altre) che sono invece "soggetti attuatori". La stessa Corte analizza vari profili della distribuzione delle risorse tra centro e periferia¹⁰⁷ e con riferimento alla territorizzazione è opportuno richiamare come il 40% delle risorse complessive del Pnrr (che nel suo complesso cuba 191 miliardi di euro) siano localizzate in attività, investimenti e iniziative da realizzare nelle regioni del Mezzogiorno. Mentre considerando le Regioni nel complesso, Sicilia, Lombardia e Campania sono i territori premiati nella ripartizione complessiva dei fondi¹⁰⁸. Guardando il cronoprogramma degli interventi, per la pubblica amministrazione italiana il 2022 è stato l'anno più impegnativo sotto il profilo degli oneri procedurali (83 traguardi) mentre il 2026 è quello che vedrà come attività principale degli uffici la rendicontazione degli obiettivi finali. Tale

¹⁰⁵ Sul tema si vedano anche D. DE LUGO, *Contributo allo studio dei rapporti fra Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e sistema delle fonti statale: dinamiche, condizionamenti e prospettive*, in Osservatorio sulle Fonti, fasc. 3, 2022; I. A. NICOTRA, *Le tendenze della produzione normativa alla luce di pandemia, crisi economica, guerra e cambiamento climatico*, in Osservatorio sulle Fonti, fasc. 2, 2022; A. MONORCHIO E L. MOTTURA, *Compendio di contabilità di Stato*, Cacucci, 2021; N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalismi*, in *Federalismi.it*, n. 1 2022; D. BOLOGNINO, *Manuale di contabilità di Stato*, Cacucci, 2019, 85-108.

¹⁰⁶ In tema di rapporti tra Unione Europea e Italia si veda anche H. BONURA E B.G. MATTARELLA, *Brevi note sulla relazione 2020 della Corte dei conti sui rapporti finanziari con l'Unione europea e l'utilizzazione dei fondi comunitari: una "voce chiara" tra vecchi mali e nuovi bisogni*, in *Recovery Fund e ruolo della Corte dei conti*, *Quaderni della Rivista della Corte dei conti*, 2021, n. 1, 9-18.

¹⁰⁷ Corte dei Conti, Relazione sullo stato di attuazione del Pnrr, marzo 2022.

¹⁰⁸ Audizione parlamentare del Ministro dell'Economia e Finanze Daniele Franco, 23 febbraio 2022.

impostazione è la conseguenza della scelta di concentrare nei primi anni i passaggi normativo/amministrativi. A completamento dell'analisi del Pnrr attraverso la lente delle pa, è possibile definire la tipologia degli atti che sono stati ipotizzati in relazione al raggiungimento degli obiettivi¹⁰⁹ e autorevole dottrina ha calcolato che nell'insieme delle risorse del Pnrr (191 miliardi euro totali) l'Italia investe lo 0,66% dei fondi attribuiti sulla costruzione di capacità amministrativa, per un totale di 1,268,9 milioni di euro¹¹⁰.

Nel rappresentare attività economiche e tipologia di procedure e provvedimenti che il Pnrr determina sulla pubblica amministrazione, è possibile elaborare una prima riflessione a partire proprio dalla mole di attività messe in campo per la sua realizzazione. Una valutazione che emerge in particolare dalle procedure di gara che riguardano la pa locale e centrale attraverso la lettura di due indicatori legati ai bandi di gara. La “corsa” del Piano, si è realizzata in modo significativo sulle gambe dei Comuni: per stare alle sole opere pubbliche, gli enti locali infatti, raccolgono e “lavorano” complessivamente (non considerando cioè solo il Pnrr) un euro ogni quattro mesi a gara in Italia¹¹¹. Già rispetto al 2021 si registra un aumento del 44,4% ed a confermare che non si tratta di sole previsioni sulla carta vi è l'andamento dei pagamenti in conto capitale che nell'anno 2022 è salito del 14% rispetto al 2020. È indubbio che, nel dato molto alto, una incidenza significativa sia ascrivibile a bandi, gare e avvisi di attuazione del Piano italiano. Incidenza che trova riscontro sia nei dati Anci dell'ottobre 2023 sulla capacità di spesa dei fondi Pnrr per la parte in capo alle amministrazioni locali¹¹² e sia nei dati del Cresme¹¹³. Gare in buona parte spinte dalle diverse misure di semplificazione contenute nei diversi decreto-legge “attuativi”¹¹⁴, che hanno l'obiettivo di velocizzare la messa a terra del Piano consentendo di mandare in appalto opere dotate di progetto preliminare rafforzato.

¹⁰⁹ Corte dei Conti, cit. Per la parte degli obiettivi europei assegnati, abbiamo quindi: normativa settoriale per il 63% dei provvedimenti; atti amministrativi il 15,6%; misure di semplificazione il 12,6%; accordi e protocolli di intesa il 4,4% per concludere con studi preliminari e linee guida il 3,7% e normativa relativa alla governance lo 0,7%. Con riferimento invece ai traguardi operativi, le tipologie di atti previsti sono: piani di riparti e trasferimenti il 2,6%; monitoraggio il 5,1%; piani operativi per il 10,3%; progetti il 24,4% e procedure ad evidenza pubblica il 57,7%.

¹¹⁰ F. DI MASCIÒ E A. NATALINI, *Il Pnrr e la capacità amministrativa*, focus speciale *Un piano per il Paese*, in Il Mulino, 2023.

¹¹¹ Elaborazione Ifel su dati 2022 sul sistema “Siope” della Banca d'Italia.

¹¹² ANCI, Gli investimenti per Comuni e città nel Pnrr, 24 ottobre 2023.

¹¹³ CRESME, Rapporto infrastrutture 2023 – mercato opere pubbliche.

¹¹⁴ Tra i vari decreti legge che si occupano a vario titolo di velocizzare l'attuazione del Pnrr, vale la pena citare tra gli altri 77/2021; 121/2021; 36/2022; 13/2023.

4. L'impatto sulle strutture amministrative: strutture ad hoc, capacità amministrativa e omogeneizzazione. Questo primo sguardo sul Pnrr, sulla sua forza economica ed attività generate, ci conduce alle valutazioni che riguardano l'impatto sulle nostre strutture amministrative e come queste stiano "reagendo" al Piano. Si tratta di approfondire gli aspetti che in particolare riguardano: a) l'organizzazione con l'insediamento di strutture *ad hoc*; b) il ruolo di controlli e la capacità amministrativa; c) l'omologazione da linee guida, circolari, istruzioni tecniche per le amministrazioni, assistenze tecniche.

Rispetto al primo ambito (insediamento di strutture ad hoc), un vincolo ha coinvolto tutte le amministrazioni titolari (quelle centrali) di interventi del Pnrr, queste infatti hanno dovuto provvedere ad attivare apposite strutture dedicate al Piano, incaricate di seguire il coordinamento delle attività di gestione, monitoraggio, rendicontazione e controllo delle diverse iniziative e fasi. Attraverso un decreto interministeriale (nell'ambito della propria singola autonomia) le amministrazioni interessate hanno individuato – o tra quelle esistenti o attraverso apposita unità di missione da istituire sino al dicembre 2026 – una specifica struttura di livello dirigenziale generale che oltre ad adempiere alle attività indicate, funga anche da punto di contatto con il Servizio centrale del Pnrr insediato a Palazzo Chigi¹¹⁵. La piena efficienza di queste strutture di coordinamento, articolate su un massimo di tre uffici dirigenziali di livello non generale, deve garantire tre funzioni: a) coordinamento della gestione, con un presidio su avanzamento delle misure e dei *milestone*, vigilando ed informando gli organi politici e amministrativi su andamento, ritardi, criticità, correzioni; b) controllo, con riferimento alla correttezza delle operazioni, delle informazioni, delle procedure e la verifica della rendicontazione; c) monitoraggio, garantendo la trasmissione delle informazioni e verificando l'andamento del cronoprogramma¹¹⁶. A differenza delle amministrazioni centrali, obbligate appunto a dotarsi di una apposita struttura referente per il Pnrr, le Regioni ed i Comuni (soggetti "attuatori") non hanno tale vincolo ma ciò ha

¹¹⁵ Con il D.L. 13/2023 (governo Meloni) è in parte cambiata la governance del Pnrr come disegnata dal D.L. 77/2021 (governo Draghi) con una ulteriore centralizzazione sulla Presidenza del Consiglio dei Ministri della responsabilità politica e gestionale prima in capo al Mef. Per una prima analisi della nuova governance si veda G. D'ARRIGO E L. SALVO, *NGEU e PNRR: riflessioni su Governance e Mezzogiorno*, in *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, 1/2023 e G. MENEGUS, *La riforma della governance del PNRR*, in Osservatorio Costituzionale, 3/2023.

¹¹⁶ È da notare che l'art. 1 del D.L. 13/2023 autorizzi tutti i ministeri a poter procedere alla riorganizzazione della struttura di livello dirigenziale generale ovvero dell'unità di missione di livello dirigenziale generale, preposte al coordinamento delle attività di gestione, monitoraggio, rendicontazione e controllo degli interventi del Piano nazionale di ripresa e resilienza, in capo a quelle amministrazioni centrali, e ciò ha comportato l'attivazione di un ricambio nei ruoli in parte ancora in corso di svolgimento.

prodotto un effetto di “autoorganizzazione” rispetto all’individuazione di uffici e responsabili per le attività del Piano. In generale ha portato le strutture locali a tararsi: verso l’alto rispetto ai vincoli disposti da legislatore e amministrazioni centrali per finalità e obiettivi da raggiungere; verso il basso responsabilizzato le strutture per priorità e scelte territoriali. Ovviamente il comparto dei Comuni è composito, al suo interno ci sono realtà diversissime tra loro, come le città metropolitane ed i piccoli Municipi e ciò comporta differenti modelli organizzativi anche in base alle forze di personale e strutture in dotazione, ma un elemento unificante per tutti è stato proprio il rimodellamento interno rispetto alle priorità del Pnrr che nella sua prima stesura (Governo Draghi) aveva portato (caso unico per gli strumenti finanziati con risorse UE!) la totalità dei 7901 Comuni a partecipare ad attività del Piano¹¹⁷.

A voler dare una lettura di tale differenziazione rispetto all’obbligo di dotarsi di strutture amministrative *ad hoc*, sembra emergere la consapevolezza del legislatore sulla diversa condizione dell’amministrazione italiana rispetto ai livelli (centrale e nazionale): le differenti forze lavoro e le differenti difficoltà per far fronte all’impatto generato dalla gestione dei fondi del Pnrr soprattutto in ambito locale, dove ingessare gli schemi organizzativi secondo modelli rigidi avrebbe potuto rappresentare un vincolo troppo forte per amministrazioni, soprattutto quelle del sud, in carenza strutturale di personale e delle necessarie competenze. Viene dunque lasciata a queste amministrazioni – come vedremo ne dettaglio nelle pagine seguenti – la possibilità di ricorrere al reclutamento a tempo determinato di personale da dedicare al Pnrr e da imputare ad esso in sede di rendicontazione, ciò crea un vincolo di competenza tra il personale reclutato e le esigenze di competenza nascenti dal Piano e prova a scongiurare il reclutamento al buio, alla quale si affianca un modello flessibile di gestione dell’investimento.

Anche l’attività relativa ai controlli ha avuto un ruolo nel ridefinire, centralizzando, la capacità amministrativa delle strutture pubbliche¹¹⁸. In generale, rispetto al tema Piano nazionale e controlli emerge una impostazione che vede la combinazione tra efficienza e condizionalità che genera una “anomala pressione sull’agire dell’amministrazione pubblica” con una prevalenza complessiva riferita alla performance

¹¹⁷ È opportuno notare come la revisione del Pnrr deliberata dalla Commissione Europea, su richiesta del governo Meloni del luglio del 2023, ha inciso non poco sul finanziamento di attività e progetti dei Comuni con un taglio di circa 12.700 miliardi di euro che – per quanto qua di nostro interesse – vedrebbe diverse amministrazioni territoriali (in tutto o in parte) escluse dal Piano.

¹¹⁸ Per una analisi complessiva sul ruolo dei controlli si veda E. D’ALTERIO, *I controlli sull’uso delle risorse pubbliche*, Giuffrè editore, 2015.

del risultato da raggiungere¹¹⁹. Andando per cenni (non esaustivi) di solo richiamo rispetto a decisioni significative che rientrano sotto questo cappello: a ottobre del 2021 la Ragioneria generale dello Stato alle amministrazioni titolari di interventi Pnrr ha formalizzato una circolare (la n. 25 del 2021) che “nell’ambito delle funzioni di coordinamento e monitoraggio” le invitava a fornire al portale istituzionale italiadomani.it tutte le info sulle pubblicazioni di bandi e avvisi di loro competenza. Una attività informativa ma che indirizza su un unico luogo telematico nazionale la visibilità (di fatto monitorando l’attività degli enti locali anche rispetto alla loro capacità di risposta al Piano). Accanto a questa è da segnalare la circolare RGS n. 28 del 2022 che specifica sul tema dei controlli per rendiconti degli atti di spesa e si spinge anche con indicazioni sul controllo preventivo sino ad indicare indicazioni esplicative.

Vi sono poi da segnalare Regis e Sigeco. Il primo è il sistema informativo unitario del Pnrr, sviluppato dal Mef entrato effettivamente in funzione nel secondo semestre del 2022, finalizzato a consentire in efficienza e trasparenza, le attività centralizzate di monitoraggio (oltre a quelle di controllo, audit, verifica), dei progetti con riferimento all’avanzamento materiale, finanziario e procedurale, definendone una loro anagrafica completa, lo stato delle procedure e l’avanzamento finanziario di ogni singola attività. Anche in questo caso si accentra, attraverso il monitoraggio centralizzato, una attività controllo sull’andamento delle procedure. Il secondo è il Sistema di Gestione e Controllo per il monitoraggio sui fondi europei che adesso è strutturato con la finalità *performanced based* del Pnrr e che a sua volta è soggetto ad attività di monitoraggio dell’unità di audit del Piano (Circolare RGS 9/2022).

Infine, con riferimento all’incidenza del Pnrr sulle pa per gli aspetti di monitoraggio, è da richiamare anche l’iniziativa congiunta dei ministeri della Funzione Pubblica e degli Affari Regionali che hanno insediato (10 febbraio 2022) un tavolo per verificare (centralizzando) l’andamento delle diverse misure di interesse di Regioni ed enti locali affrontando in un’ottica coordinata e unitaria i vari interventi che dovessero rendersi necessari.

In tema di rafforzamento della capacità amministrativa delle strutture pubbliche, una citazione va fatta per la realtà delle piattaforme di assistenza tecnica, anche come tentativo di “risposta” a circa un decennio di *Country Specific Recommendations* che sono state rivolte dal 2011 all’Italia con la richiesta di migliorare efficienza, competenze

¹¹⁹ Per una analisi specifica sul tema dei controlli nel Pnrr si veda E. TATI, *I controlli alla luce del Piano nazionale di ripresa e resilienza: problemi e prospettive tra efficienza e condizionalità*, in *Federalismi.it* 33/2022.

e forza della pa proprio nella direzione del rafforzamento della capacità amministrativa¹²⁰. Considerando infatti che gli enti territoriali costituiscono il livello di governo maggiormente sollecitato dall'attuazione degli interventi del Piano ed a fronte di costante flessione della forza lavoro della pa con conseguente impoverimento delle professionalità disponibili, il programma "Capacity Italia" è stato immaginato per garantire a regioni ed enti locali le competenze tecniche e conoscenze necessarie per partecipare in maniera attiva ed efficace all'attuazione del Pnrr grazie al coinvolgimento di Cassa Depositi e Prestiti, Medio Credito Centrale e Invitalia, rendendo immediatamente disponibile una piattaforma di servizi per il supporto e l'assistenza tecnica agli enti impegnati nell'attuazione del Piano. Finalizzato al trasferimento di conoscenze e competenze per assicurare un'adeguata formazione del personale. Un meccanismo di *capacity building* di rafforzamento della capacità amministrativa in particolare attiva su: redazione dei bandi da parte delle amministrazioni centrali; diffusione dei progetti; supporto agli enti regionali e locali per la presentazione delle domande e dei progetti; supporto per la realizzazione dei progetti; supporto agli enti territoriali per la gestione, il monitoraggio e la rendicontazione dei progetti.

Come l'indicazione per le amministrazioni centrali di dotarsi di apposite strutture per il Pnrr, anche il complesso delle attività di monitoraggio messo in campo – fatto da acquisizione di dati, avanzamento procedure, verifica finanziaria, andamento di *milestone* e target, predisposizione di rapporti, assistenza alle amministrazioni – determina una incidenza sulla strutture a vario titolo coinvolte nella gestione del Piano, rispetto all'approccio di priorità/attenzione/cambiamento che questo genera proprio nelle ossature degli uffici e nella impostazione che viene data alla pa.

Vi è infine un terzo ambito in cui l'impostazione del Pnrr interviene su pianificazione, programmazione e attività delle strutture della Pa.

Si tratta di profili (più o meno espliciti) che tendono ad un processo di (stringente) omogeneizzazione, orientando le strutture nella loro organizzazione e nella loro attività. In particolare si fa riferimento ad atti e documenti ufficiali di differente natura (circolari della Ragioneria Generale dello Stato; linee guida per i bandi gestione e rendicontazione; istruzioni tecniche per le procedure; supporti attuativi) che appunto orientano, influenzano l'impostazione e le modalità operative di ministeri, Regioni e

¹²⁰ Effettivamente le "raccomandazioni Paese" per l'Italia pubblicate il 23 maggio 2022 non hanno visto un richiamo su questo fronte.

Comuni e che contribuiscono ad innovare il profilo e la funzionalità degli apparati intervenendo (condizionandolo) nel rapporto tra centro e periferia.

Dentro questa dimensione certamente si collocano le circolari della Ragioneria dello Stato che, usando una espressione di norma utilizzata nelle diverse tipologie di comunicazione verso gli uffici della pa nei vari livelli, hanno l'obiettivo di dare "indicazioni sulla corretta attuazione del Pnrr"¹²¹. Vi sono le linee guida e le istruzioni tecniche, predisposte in gran parte da Mef e amministrazioni centrali. Tra le prime si segnalano quelle del 7 dicembre 2021 predisposte "per favorire le pari opportunità di genere e generazionali nonché l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità" e quelle del giugno 2022 riferite all'attuazione delle norme sulla pa previste nel D.L. n. 36 del 2022 ("Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza). Circolari, linee guida e istruzioni tecniche, indicano binari comportamentali e specificazioni operative a cui attenersi per gli uffici che le debbono applicare, in particolare rispetto alle attività di redazione, selezione e controllo. In gran parte normano e/o dettagliano quanto previsto da Ngeu o Pnrr ma nella sostanza incidono anche sulla pa, con il risultato pratico rispetto agli uffici che le devono applicare, di comprimere spazi di decisione, limitare le scelte, orientare le attività, impostare le iniziative procedurali. Tutto ciò con schemi, vincoli e indicazioni che definiscono percorsi omogenei per gli uffici ed il personale coinvolto nel Piano ai differenti livelli.

Un meccanismo che, nel rapporto tra amministrazioni "titolari" e "attuatori" del Pnrr, ha un profilo forse ancora più marcato trovandosi le seconde ad applicare le direttive impartite dalle prime nel superiore interesse del rispetto degli obblighi comunitari assunti¹²², con il passaggio di risorse dal centro ai territori che seppur realizzato sotto la voce "trasferimenti" nel caso del Piano accentua la natura del rapporto di dipendenza delle amministrazioni locali che deve limitarsi ad eseguire con dei limiti di autonomia di scelta/gestione estremamente limitati¹²³.

¹²¹ Tra quelle più significative vanno ricordate: la n. 21 del 14 ottobre 2021 (istruzioni tecniche per la selezione dei progetti Pnrr); la n. 32 del 30 dicembre del 2021 (guida operativa per il principio di non arrecare danno significativo all'ambiente – Dnsh); la n. 33 del 31 dicembre 2021 (nota di chiarimento su addizionalità, finanziamento complementare e obbligo di assenza del c.d. doppio finanziamento); la n. 4 del 18 gennaio 2022 (Pnrr – indicazioni attuative); la n. 6 del 24 gennaio 2022 (servizi di assistenza tecnica per le amministrazioni titolari e interventi e soggetti attuatori del Pnrr); la circolare del Ministero dell'Interno e del MEF del 14 marzo 2023 (Pnrr – linee guida per gli adempimenti di monitoraggio, rendicontazione e controllo delle misure a titolarità del Ministero dell'Interno).

¹²² Sull'effetto limitativo dell'autonomia degli enti territoriali ed i vincoli internazionali si veda C. FRANCHINI, *La disciplina pubblica dell'economia tra diritto nazionale, diritto europeo e diritto globale*, Editoriale Scientifica, 2020.

¹²³ Sulle responsabilità del soggetto attuatore nelle varie fasi dell'intervento/progetto, si veda la circolare MEF n. 29/2022.

Infine, allo scopo di assicurare una tempestiva realizzazione degli interventi del Pnrr, sono state messe in campo altre iniziative, anche queste con una genesi che è centrale e che orienta l'attività e l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni (che siano soggetti titolari o attuatori). Si tratta in particolare di percorsi di supporto all'implementazione del Piano: una attività di help-desk con la messa a disposizione di esperti su specifiche aree tematiche per la progettazione e attuazione, la predisposizione di task-force territoriali dedicate. Attività per le quali sono state coinvolte strutture dello Stato attive a vario titolo anche nell'assistenza tecnica alle istituzioni: Cassa Depositi e Prestiti; Invitalia; Sogei; Studiare Sviluppo. Si può dire che con il Pnrr anche il supporto per le assistenze tecniche viene di fatto centralizzato e orientato verso apparati o strutture dello Stato. La consuetudine che voleva il trasferimento di risorse economiche a Ministeri e Comuni per pagare le attività di assistenza tecnica svolte da privati private, viene fortemente limitata.

Il tema del rapporto tra Pnrr e pa ha infine un altro importante profilo che riguarda il potenziamento della capacità assunzionale e amministrativa, la formazione del personale, di cui daremo specificamente conto nella seconda parte di questo saggio.

In estrema sintesi, rispetto ai profili sopra accennati riferiti al processo di centralizzazione ed impatto del Pnrr sulla pa, viene inquadrato (o giustificato) dentro il principio superiore di protezione dell'interesse finanziario generato dal Next Generation Eu a cui gli Stati che ne beneficiano sono richiamati dentro il meccanismo delle condizionalità che caratterizza lo strumento europeo¹²⁴.

5. Le modifiche “a regime” del reclutamento dei lavoratori pubblici come attuazione delle riforme orizzontali del PNRR. Per le ragioni suesposte appare a questo punto fondamentale approfondire le innovazioni alla normativa in tema dei concorsi pubblici, di primaria importanza per il rilancio delle pubbliche amministrazioni con al centro la “qualità”, come metodo per selezionare e attrarre i migliori, così da garantire, anche attraverso le giuste risorse umane, che l'amministrazione operi in maniera efficiente, efficace e per la soddisfazione dell'interesse pubblico e dei cittadini.

Dopo oltre vent'anni di politiche di contenimento della spesa pubblica, di blocco del *turn over* e di tagli al personale delle pubbliche amministrazioni, considerato voce di spesa e non risorsa umana, che hanno lasciato una impietosa situazione deficitaria, in

¹²⁴ P. DERMINE, *The EU's Response to the COVID-19 Crisis and the Trajectory of Fiscal Integration in Europe: Between Continuity and Rupture*, *Legal Issues of Economic Integration*, 47/2020.

termini di numeri, elevata età media e competenze dei lavoratori pubblici¹²⁵, il tema del reclutamento e della valorizzazione delle risorse umane torna finalmente al centro della scena con il Piano nazionale di ripresa e resilienza (di seguito anche solo Pnrr), che, come ampiamente evidenziato nella prima parte di questo contributo, individua come presupposto per la realizzazione delle riforme e investimenti del Ngeu la riforma orizzontale della modernizzazione della PA.

Per l’attuazione del Pnrr gli interventi legislativi posti in essere in poco più di due anni in tema di reclutamento del personale e per la valorizzazione delle risorse umane sono stati molteplici da parte di due Governi, Draghi e Meloni, e hanno avuto ad oggetto sia i reclutamenti straordinari di personale, dirigenti e/o esperti necessari per l’attuazione del Pnrr (come ampiamente messo in luce nella prima parte di questo saggio), sia la riscrittura delle disposizioni per il reclutamento “a regime” del personale e della dirigenza nelle pubbliche amministrazioni.

Nel primo caso (reclutamenti per Pnrr) si è trattato di reclutamenti a tempo determinato al massimo sino al 31 dicembre 2026, con procedure semplificate/accelerate di tipo “straordinario”¹²⁶, dunque non producendo modifiche a regime sul modello di reclutamento; tuttavia creando i presupposti (purtroppo a regime), come è stato efficacemente evidenziato¹²⁷, di un fenomeno di nuovo precariato, per altro qualificato e di cui le amministrazioni si avvarranno per essere “traghettate nel futuro”

¹²⁵ Una attenta analisi è fornita nel [Rapporto 2022 del Comitato scientifico per la valutazione dell’impatto delle riforme in materia di capitale umano pubblico](#). Si rinvia per composizione e compiti alla nota n. 33.

¹²⁶ Si veda innanzitutto il decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80, *Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all’attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l’efficienza della giustizia*, convertito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2021, n. 113. Tale decreto delinea assunzioni (a tempo determinato o con contratti di collaborazione) di personale o dirigenza specificamente destinato a realizzare i progetti PNRR delle amministrazioni al di fuori della dotazione organica e dai limiti di spesa previsti a regime. Per una sua analisi possono utilmente leggersi: L. CARBONARA, C. CATALDI, C. CICCODICOLA, C. LACAVA, L. SALTARI, *Pandemina e assunzioni nelle pubbliche amministrazioni*, in GDA, 2022, n. 1, p. 34-70; B. CIMINO, *Il completamento del percorso di dequotazione del pubblico concorso*, in GDA, 2022, n. 1, p. 17-26; G. D’ALESSIO, *La riforma della Pubblica Amministrazione nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) Italiano*, in *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 2022, n. 17, p. 115-116; T. TREU P. MICHETTI, *PNRR e rinnovamento delle amministrazioni pubbliche*, in *WP CSD.L.E “Massimo D’Antona”.IT – 466/2023*, p. 8; G. RIVELLINI, *Il lavoro pubblico dopo il d.l. 9 giugno 2021, n. 80*, in *LPA*, 2021, n. 3, p. 553-582.

¹²⁷ Le procedure straordinarie di reclutamento ai fini dell’attuazione del PNRR sono state efficacemente analizzate da L. CARBONARA, C. CATALDI, C. CICCODICOLA, C. LACAVA, L. SALTARI, *Pandemina e assunzioni nelle pubbliche amministrazioni*, in GDA, 2022, n. 1, p. 34-70. Gli autori evidenziano tre fattori di rischio rispetto a queste procedure, ossia: “*meccanismi di selezione semplificati che comprimono il principio meritocratico sotteso al concorso pubblico; il ricorso massiccio a contratti a tempo determinato con i conseguenti fenomeni di precariato e successive istanze di stabilizzazione; liberalizzazione degli incarichi dirigenziali ad estranei alla P.A. che può aumentare la fidelizzazione politica del corpo dirigenziale dello Stato.*”

per l'attuazione delle riforme del Pnrr¹²⁸. Tale personale troverà parzialmente spazi di assorbimento attraverso una percentuale di riserva dei posti messi a concorso (non superiore al 40%) stabilita dall'art. 1, comma 3, d.l. n. 80 del 2021¹²⁹.

Nel secondo caso, siamo di fronte a disposizioni che hanno avuto l'obiettivo di modificare "a regime" il sistema di reclutamento del personale e della dirigenza pubblica, dunque impostando una riforma che è destinata a permanere nel nostro ordinamento. Tale secondo percorso è iniziato con il Governo Draghi, già per la ripresa dei concorsi pubblici, con l'art. 10 del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44¹³⁰, convertito con modificazioni dalla L. 28 maggio 2021, n. 76 ed è proseguito con il decreto-legge 30 aprile 2022, n. 36¹³¹, convertito con modificazioni dalla L. 29 giugno 2022, n. 79 e con il d.P.R. al d.P.R. 16 giugno 2023, n. 82, di modifica dello storico d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, recante il "*Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni*".

Si segnano da ultimi (per ora) gli ulteriori decreti adottati, in particolare il decreto-legge 22 aprile 2023, n. 44¹³², convertito con modificazioni dalla L. 21 giugno 2023, n. 74 e il decreto-legge 22 giugno 2023, n. 75¹³³, convertito dalla legge 10 agosto 2023, n. 112, che tuttavia vedremo non intervengono (o intervengono limitatamente) sul sistema di reclutamento a regime.

Consapevoli dell'ampiezza e della rilevanza dei contenuti di tutte queste disposizioni, che hanno ad oggetto i grandi temi del reclutamento e della gestione del personale, e nello specifico reclutamento ordinario e straordinario, precariato

¹²⁸ Per dovere di cronaca si segnala però che l'art. 1, comma 4-bis, del decreto legge 9 giugno 2021, n. 80, convertito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2021, n. 113 in fase di conversione ha stabilito l'applicabilità delle forme semplificate di reclutamento di cui all'art. 1, comma 4, anche alle amministrazioni non interessate dall'attuazione del PNRR.

¹²⁹ Evidenzia molto efficacemente, luci e ombre, di tale la fase di stabilizzazione B. CIMINO, nell'ambito di una interessante analisi della dequotazione del modello concorsuale, mettendo in luce come il concorso pubblico per l'accesso ai ruoli della P.A. sia stato affiancato da "*uno schema trifasico: (i) selezioni semplificate per l'assunzione a tempo determinato o con altre forme c.d. flessibili, principalmente basate su titoli di formazione o sull'esperienza professionale pregressa; (ii) un lungo periodo di precariato, pari almeno ad un triennio, ma spesso anche molto più esteso; (iii) una procedura finale di stabilizzazione, in via automatica o previa procedura idoneativa riservata o, ancora, tramite concorsi con riserva di posti*". In tale senso B. CIMINO, *Il completamento del percorso di dequotazione del pubblico concorso*, in *GDA*, 2022, n. 1, p. 18. In favore di meccanismi agevolati di assorbimento del precariato, sia pur per via concorsuale G. D'ALESSIO, *Il reclutamento e la formazione del personale delle Pubbliche Amministrazioni*, ASTRID POLICY BRIEF, marzo 2021.

¹³⁰ Recante Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici. In tal senso il PNRR italiano che evidenzia che "*il percorso di riforma è stato avviato con l'art. 10 del D.L. n. 44/2021, che ha introdotto meccanismi semplificati per le procedure di concorso che prevedono un ampio ricorso al digitale*", p. 51

¹³¹ Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR).

¹³² Disposizioni urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle amministrazioni pubbliche

¹³³ Recante Disposizioni urgenti in materia di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, di agricoltura, di sport, di lavoro e per l'organizzazione del Giubileo della Chiesa cattolica per l'anno 2025.

(assorbimento del precariato storico e creazione di nuovo precariato), valorizzazione del personale già dipendente (progressioni di carriera e mobilità), nelle pagine che seguono si analizzeranno in particolare le sole disposizioni che hanno ad oggetto le modifiche a regime dei sistemi di reclutamento del solo personale, che sono previste tra le riforme a carattere “orizzontale” nel PNRR italiano¹³⁴, escludendo la differente disciplina che riguarda la dirigenza pubblica e la miriade di disposizioni che sono intervenute prevedendo reclutamenti straordinari con specifiche procedure concorsuali/selettive per reclutare personale a tempo determinato per l’attuazione del Pnrr.

6. Le modifiche proposte dal (poi abrogato) art. 10, decreto-legge n. 44 del 2021 – la spinta all’accelerazione. Il processo di cambiamento del sistema di reclutamento a regime dei lavoratori pubblici è avvenuto all’avvio del Governo Draghi con il Ministro Brunetta che nell’arco di pochi mesi, ha adottato due decreti-legge dai contenuti contrapposti in tema di reclutamento dei lavoratori pubblici, tanto che il secondo ha quasi integralmente abrogato il primo, proprio perché, come vedremo, interveniva anche a regime, sul sistema di reclutamento; nello specifico l’art. 10 del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44¹³⁵, convertito con modificazioni dalla L. 28 maggio 2021, n. 76, è stato quasi integralmente abrogato dal decreto-legge n. 36 del 2022.

Merita dunque un’analisi attenta anche il contenuto dell’art. 10, d.l. n. 44 del 2021 che, adottato antecedente alla formale approvazione del Pnrr (ad opera del Consiglio dell’UE il 13 luglio 2021), fu norma necessitata dalla esigenza di regolare i concorsi nella fase di uscita dalla pandemia di Covid-19; tuttavia si trattava di una norma contenente una prima idea governativa per l’adozione di nuove e semplificate misure per lo svolgimento delle procedure di reclutamento, come infatti precisa il Pnrr che lo considera norma che avvia il percorso di semplificazione e digitalizzazione dei concorsi pubblici¹³⁶. Le esigenze a cui la norma tentava di rispondere erano:

¹³⁴ Sul tema G. D’ALESSIO, *La riforma della Pubblica Amministrazione nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) Italiano*, in *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 2022, n. 17, p. 109-122.

¹³⁵ Misure urgenti per il contenimento dell’epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici.

¹³⁶ In tal senso PNRR, p. 51 e per la dottrina G. D’ALESSIO, *La riforma della Pubblica Amministrazione nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) Italiano*, in *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 2022, n. 17, p. 115; L. SALTARI, *Per l’attuazione del PNRR serve personale*, in *GDA*, 2022, n. 4, p.434.

i) una temporanea, ossia far svolgere i concorsi pubblici anche in fase emergenziale, in piena sicurezza, superando la sospensione e/o la limitazione dello svolgimento delle prove concorsuali prevista nei vari provvedimenti emergenziali;

ii) una di sistema, ossia cambiare le modalità di svolgimento dei concorsi pubblici, per renderle funzionali alla selezione di soggetti che lavorino nelle amministrazioni, non solo di oggi, ma del futuro.

A tal fine l'articolo art. 10, decreto-legge n. 44 del 2021 si articolava in: *i)* una parte a regime (commi 1, 2, 6, 7¹³⁷, 8¹³⁸ e 9¹³⁹), non erano infatti presenti limiti di tempo, né ancoraggi alla permanenza dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei Ministri il 31.01.2020; *ii)* una parte "a vigenza temporanea" legata allo stato emergenziale (commi 3 e 5¹⁴⁰), dove espressamente vi era l'indicazione di vigenza delle disposizioni sino al permanere dello Stato di emergenza; *iii)* una parte dedicata a specifiche procedure di reclutamento (commi 4, 10) e di proroga di specifica graduatoria (comma 11). Limitatamente e funzionalmente al filo rosso seguito in questo articolo, verranno analizzati i soli contenuti di cui al punto i).

Nello specifico, per la parte che possiamo definire "a regime", i commi 1 e 2¹⁴¹ dell'articolo 10, decreto-legge n. 44 del 2021, delineavano misure semplificate a regime¹⁴² di svolgimento dei concorsi pubblici per il reclutamento di personale non dirigenziale (comma 1, lett. a), e diverso da quello di cui all'art. 3, d.lgs. n. 165 del 2001 (comma 8). La disposizione operava in deroga al D.P.R. 9 maggio 1994, n. 487¹⁴³ e alla

¹³⁷ Commi 1,2,6,7, abrogati dal decreto-legge n. 36 del 2022.

¹³⁸ Comma 8: Le disposizioni dei precedenti commi non si applicano alle procedure di reclutamento del personale in regime di diritto pubblico di cui all'articolo 3 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, fatto salvo quanto previsto al comma 11-bis.

¹³⁹ Comma 9: Dal 3 maggio 2021 è consentito lo svolgimento delle procedure selettive in presenza dei concorsi banditi dalle pubbliche amministrazioni e delle selezioni pubbliche ai sensi dell'articolo 19, comma 2, del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, nel rispetto di linee guida validate dal Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630, e successive modificazioni.

¹⁴⁰ Commi 3 e 5 abrogati dal decreto-legge n. 36 del 2022.

¹⁴¹ L'art. 10, comma 2 è dedicato al decentramento delle sedi di svolgimento del concorso, come possibilità garantita alle amministrazioni "in ragione del numero di partecipanti". Lo strumento è quello previsto dall'articolo 247, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, ossia l'individuazione da parte del Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri delle sedi decentrate tenendo in considerazione: *i)* la provenienza geografica dei candidati; *ii)* la disponibilità delle risorse delle amministrazioni destinatarie. Individua alcune tipologie di sedi e ovviamente il rispetto del principio di economicità nello svolgimento delle procedure concorsuali.

Si prevede inoltre la possibilità di "non contestualità" delle prove, comunque "assicurando comunque la trasparenza e l'omogeneità delle prove somministrate in modo da garantire il medesimo grado di selettività tra tutti i partecipanti".

¹⁴² Non era presente nel dettato normativo alcun riferimento a limiti temporali di vigenza di tali regole.

¹⁴³ Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi. Tale deroga generalizzata è stata prevista anche dal d.l. n. 80 del 2021 ed è stata fortemente criticata da parte

legge 19 giugno 2019, n. 56¹⁴⁴. L'obiettivo dichiarato era quello di ridurre i tempi di reclutamento del personale (per le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001). Dunque la *ratio* di fondo del provvedimento è stata una spinta all'accelerazione. Il metodo utilizzato fu quello di individuare modalità semplificate di svolgimento delle prove, assicurandone comunque il profilo comparativo. Tale semplificazione opera attraverso: a) la riduzione del numero delle prove; b) l'ulteriore spinta all'innovazione con la digitalizzazione; c) l'utilizzo dei titoli, sia titoli legalmente riconosciuti, sia altri titoli, tra cui l'esperienza professionale.

Quanto alla riduzione del numero delle prove per i concorsi per il personale non dirigenziale, la lett. a), art. 10, comma 1, d.l. n. 44 del 2021 prevedeva "*nei concorsi per il reclutamento di personale non dirigenziale, l'espletamento di una sola prova scritta e di una prova orale*". Non cambiava dunque la "qualità" e la "tipologia" delle prove concorsuali. Fu questo un aspetto particolarmente criticato in sede di audizioni parlamentari sul provvedimento in Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica¹⁴⁵, in quanto si affidava la semplificazione ad una mera operazione "per sottrazione", senza intervenire sulle nuove prove concorsuali, con un approccio di "qualità" nella selezione mirata al profilo professionale dei posti messi a concorso. Da tempo è al centro del dibattito scientifico la necessità di migliorare la capacità di reclutamento del settore pubblico e assumere personale con competenze professionali adeguate (per altro è una misura connessa e funzionale anche alla realizzazione dei progetti del Dispositivo per la ripresa e la resilienza (RRF), compresa la digitalizzazione delle PA). In questo contesto l'ammodernamento delle procedure di reclutamento per valutare competenze tecniche, capacità relazionali, motivazionali, attitudinali e di *problem solving* (c.d. *soft skills*) dei candidati è fondamentale. Coerentemente con le *Linee guida sulle procedure concorsuali* di cui alla direttiva n. 3 del 24 aprile 2018 del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione (previste dall'art. 35, comma 5.2¹⁴⁶, d.lgs. n. 165 del 2001), si suggerì dunque - già nella parte "a regime" di

della dottrina tanto sul piano giuridico quanto su quello metodologico per le incertezze applicative che ne scaturiscono in sede concorsuale, sul tema G. RIVELLINI, *Il lavoro pubblico dopo il d.l. 9 giugno 2021*, n. 80, in *LPA*, 2021, n. 3, p. 559-560.

¹⁴⁴ Interventi per la concretezza delle azioni delle pubbliche amministrazioni e la prevenzione dell'assenteismo (dove si ricorderà, è presente l'art. 3, recante *Misure per accelerare le assunzioni mirate e il ricambio generazionale nella pubblica amministrazione*).

¹⁴⁵ Si vedano in particolare le audizioni in Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica - Audizione sulla conversione in legge del decreto-legge 1 aprile 2021, n. 44 recante *Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazione anti Sars-Cov-2, di giustizia e di concorsi* (AS 2167), di Daniela Bolognino e Massimo Luciani, del 15 aprile 2021 https://www.senato.it/leg18/3572?current_page_29825=7&active_slide_52023=4.

¹⁴⁶ Introdotto dal decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 75.

questo decreto-legge – di provare a delineare le nuove prove concorsuali¹⁴⁷ volte a valorizzare e verificare anche il possesso dei suddetti requisiti specifici e delle competenze trasversali e attitudinali, coerenti con il profilo professionale da reclutare.

Quanto all'attribuzione di "valore" ai titoli¹⁴⁸, la lett. c) art. 10, comma 1, d.l. n. 44 del 2021 prevedeva *"una fase di valutazione dei titoli legalmente riconosciuti ai fini dell'ammissione alle successive fasi concorsuali. I titoli e l'eventuale esperienza professionale, inclusi i titoli di servizio, possono concorrere alla formazione del punteggio finale"*). Su questa previsione si giocava la tensione tra neolaureati e soggetti già con (spesso ampio) bagaglio professionale e culturale. La norma assegnava ai titoli un doppio ruolo: *i)* di "scrematura dei candidati", dunque in sostituzione di altre prove preselettive, laddove si prevedeva che *"in fase preselettiva viene affidata alla valutazione dei titoli legalmente riconosciuti l'ammissione alle fasi successive concorsuali"*; *ii)* di possibilità di concorrere alla formazione del punteggio finale, per una pluralità di titoli (non solo quelli legalmente riconosciuti) e della esperienza professionale.

Fondamentale sarebbe stato per le amministrazioni applicare il principio di proporzionalità, che si sarebbe potuto richiamare espressamente nella norma in sede di conversione (anche per garantire che non ci siano soglie di sbarramento che penalizzino i neolaureati per l'accesso a posizioni di funzionario, o che comunque restringano in modo eccessivo e sproporzionato la platea dei concorrenti).

Quanto alla possibilità per le amministrazioni di inserire i titoli (altri) per concorrere alla formazione del punteggio finale, si tratta di una operazione di valorizzazione dei titoli molto importante. Esiste infatti un precariato storico, causato da oltre vent'anni di blocco delle assunzioni e del *turnover*, di cui ne hanno fatto le spese almeno tre generazioni di giovani, oggi non più tali. Le storiche sacche di precariato hanno portato avanti le attività ordinarie delle amministrazioni pubbliche, consapevole di ciò il legislatore del 2012 aveva tentato di dare una prima risposta organica con la modifica dell'art. 35,

¹⁴⁷ In sede di audizione in Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica su suggerì in particolare un cambiamento "qualitativo" delle prove concorsuali che sarebbe potuto passare per: *i)* prove scritte semplificate (ad es.: individuazione di soluzione sintetica di problematiche professionali, con la predisposizione di una nota o un parere; o anche la predisposizione della sintesi di documenti forniti al candidato nelle materie professionali previste dal bando concorso), che servono per accertare il possesso del grado di professionalità richiesto per i posti messi a concorso; *ii)* prova pratica-situazionale, per valutare l'attitudine al lavoro, la capacità organizzativa e l'attitudine alla collaborazione; *iii)* colloquio tecnico come prova orale.

¹⁴⁸ Sul tema della importanza del valore di titoli nei concorsi pubblici può utilmente leggersi G. D'ALESSIO, *Il reclutamento e la formazione del personale delle Pubbliche Amministrazioni*, ASTRID POLICY BRIEF, marzo 2021.

introducendo il comma 3-bis¹⁴⁹, che consente nei concorsi sia di prevedere una riserva di posti nel limite massimo del 40% di quelli banditi *“a favore dei titolari di rapporto di lavoro subordinato a tempo determinato che, alla data di pubblicazione dei bandi, hanno maturato almeno tre anni di servizio alle dipendenze dell'amministrazione che emana il bando”*, sia di valorizzare in sede concorsuale l'esperienza professionale maturata dai suddetti lavoratori a tempo determinato e dai titolari di contratto di lavoro flessibile. Tuttavia, tale previsione è stata poco utilizzata dalle amministrazioni e saltuariamente il legislatore ha previsto ulteriori specifiche stabilizzazioni¹⁵⁰. Questo capitale umano è una risorsa e a tale personale occorre guardare con attenzione e politiche mirate nella logica della valorizzazione della dimostrazione dell'esperienza professionale acquisita al servizio della comunità e del Paese. Ciò cammina di pari passo con la nuova logica di ammodernamento delle prove selettive suesposta. La valutazione dei titoli è pienamente meritocratica, perché ai titoli si attribuiscono punteggi predeterminati e si può, in trasparenza, ricostruire l'*iter* logico seguito dalle Commissioni di concorso. La valorizzazione dei titoli, culturali e professionali, può essere una prima importante risposta per intervenire, con scelte mirate ed equilibrate (sempre a patto che ci sia il rispetto del principio di proporzionalità).

7. Le modifiche a regime apportate dal decreto-legge 30 aprile 2022, n. 36 e dal d.P.R. al d.P.R. 16 giugno 2023, n. 82. Verso un reclutamento di qualità. La chiave di volta del cambiamento in tema di reclutamento del personale si avrà invece ad opera di due disposizioni: il decreto-legge 30 aprile 2022, n. 36¹⁵¹, convertito con modificazioni dalla legge 29 giugno 2022, n. 79, che ha abrogato quasi integralmente il non felice art. 10, d.l. n. 44 del 2021 e il d.P.R. 16 giugno 2023, n. 82¹⁵² che – come stabilito dal comma 6 dell'art. 3, d.l. n. 36 del 2022 - ha modificato il regolamento 9 maggio 1994, n. 487, ponendo al centro delle riforme il cambiamento del metodo di reclutamento del personale a favore della qualità, delle specifiche esigenze delle singole

¹⁴⁹ Comma introdotto dall'art. 1, comma 401, della legge 24 dicembre 2012, n. 228.

¹⁵⁰ In tal senso anche parte della dottrina che evidenzia una politica saltuaria di periodiche stabilizzazioni B. CIMINO, *Il completamento del percorso di dequotazione del pubblico concorso*, in GDA, 2022, n. 1, p. 19.

¹⁵¹ Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR).

¹⁵² Recante Regolamento recante modifiche al decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 1994, n. 487, concernente norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi

amministrazioni e la digitalizzazione. Per gli aspetti oggetto d'analisi in questo contributo i due testi saranno esaminati congiuntamente¹⁵³.

Preliminarmente va ricordato che l'art. 6, del decreto-legge n. 80 del 2021 ha introdotto il Piano integrato di attività e organizzazione (PIAO), che in sostituzione anche del previgente piano triennale dei fabbisogni (art. 6, d.lgs. n. 165 del 2001), si pone a monte ed è presupposto per i nuovi reclutamenti e la valorizzazione delle risorse umane esistenti¹⁵⁴.

In tale cornice, per il reclutamento ordinario, il d.l. n. 36 del 2022, ha innanzitutto abrogato l'art. 10, commi 1,2,3,4,5,6 e 7, del d.l. n. 44 del 2021, dunque sia la parte a regime, sia la parte a vigenza temporanea, sia le disposizioni per specifiche procedure di reclutamento.

È bene evidenziare che anche questo secondo decreto è stato adottato dal Ministro Brunetta durante il Governo Draghi, tornando dunque sui suoi passi (un ravvedimento operoso) da salutare con favore.

Il d.l. n. 36 del 2022 apporta- tra le altre - due modifiche "a regime" al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (di seguito anche solo TULP) introducendo: *i*) l'art. 35-ter, con il Portale unico del reclutamento; *ii*) l'art. 35-quater, con la riforma delle procedure di reclutamento del personale delle pubbliche amministrazioni.

Iniziamo da quest'ultimo. La cornice in cui si inserisce questo articolo sono ovviamente i principi di cui all'art. 35, d.lgs. n. 165 del 2001, ossia imparzialità, celerità, economicità, trasparenza, pubblicità, decentramento e pari opportunità, che restano il faro per tutta la disciplina del reclutamento in armonia con l'art. 97, ultimo comma Cost¹⁵⁵. Tali principi sono richiamati e integrati anche all'art. 35-quater, comma 2, del quale meritano di essere citate la previsione di "*integrità delle prove, sicurezza e*

¹⁵³ Ciò evidentemente esclude una analisi dettagliata di ogni modifica di cui al nuovo d.P.R. n. 487 del 1994, che evidentemente non è il focus di questo contributo.

¹⁵⁴ T.TREU P. MICETTI, *PNRR e rinnovamento delle amministrazioni pubbliche*, in *WP CSD.L.E "Massimo D'Antona".IT – 466/2023*, p. 15; G. D'ALESSIO, *La riforma della Pubblica Amministrazione nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) Italiano*, in *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 2022, n. 17, p. 109-122; G. RIVELLINI, *Il lavoro pubblico dopo il d.l. 9 giugno 2021, n. 80*, in *LPA*, 2021, n. 3, p. 572-573; sull'importanza della pianificazione dei fabbisogni di personale già G. D'ALESSIO, *Il reclutamento e la formazione del personale delle Pubbliche Amministrazioni*, ASTRID POLICY BRIEF, marzo 2021.

¹⁵⁵ Sul tema ampiamente G. D'ALESSIO, *Il reclutamento del personale e della dirigenza delle pubbliche amministrazioni*, in *LPA*, 2020, 4, p.8-9. L'autore ricorda come con il "d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75 (attuativo, per la parte sul personale, della c.d. "legge Madia" 7 agosto 2015, n. 124), giunti altri due elementi, riguardanti la fissazione di un limite percentuale al numero degli idonei nei bandi di concorso (previsione che poi, come si dirà, verrà abrogata) e la valutazione del titolo di dottore di ricerca: questi elementi, peraltro, a differenza dei precedenti, non hanno la valenza di principi di ordine generale ai quali si devono ispirare i sistemi selettivi".

tracciabilità delle comunicazioni”, in virtù della ulteriore spinta alla digitalizzazione dei concorsi, come vedremo.

Si stabiliscono dunque per i concorsi del personale, compresi quelli della Commissione RIPAM: *i)* una semplificazione sulle prove concorsuali, laddove si prevede “almeno una prova scritta” e una orale, con l’accertamento di una lingua straniera; in coerenza con tale modifica il nuovo d.P.R. n. 487 del 1994, post modifiche ad opera del d.P.R. n. 82 del 2023 prevede tre tipologie di concorso¹⁵⁶: *a)* concorso per esami; *b)* concorso per titoli ed esami; *c)* corso-concorso (art. 1, comma 1); *ii)* un cambiamento di tipo qualitativo delle prove concorsuali¹⁵⁷, laddove si stabilisce che le prove debbano accertare “*il possesso delle competenze, intese come insieme delle conoscenze e delle capacità logico-tecniche, comportamentali*” rispetto ai profili messi a bando, ovvero delle abilità residue nel caso dei soggetti disabili (art. 1, comma 1, legge 12.03.1999, n. 68).

Si tratta certamente di un cambio di passo significativo, che tiene conto di competenze e, vedremo, anche delle esperienze professionali¹⁵⁸, che si ricorderà già in parte auspicato dalla inattuata - per tale punto - legge delega n. 124 del 2015, all’art. 17, comma 1, lett. b). I tempi sono dunque maturi e si concretizza la previsione in base alla quale le amministrazioni in ciascun bando debbano definire le prove maggiormente idonee a individuare i candidati adatti al profilo messo a concorso¹⁵⁹, abbandonando la logica nozionistica e di valutazione delle sole conoscenze teoriche che ha prevalentemente caratterizzato sino ad ora i concorsi pubblici¹⁶⁰.

¹⁵⁶ In precedenza si ricorderà che il d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487 prevedeva: *a)* concorso pubblico per esami; *b)* concorso pubblico per titoli; *c)* concorso pubblico per titoli ed esami; *d)* corso-concorso; *e)* selezione mediante lo svolgimento di prove dirette all’accertamento della professionalità richiesta.

¹⁵⁷ In riferimento all’importanza di tale cambiamento G. D’ALESSIO, *Il reclutamento dei dipendenti pubblici*, in *Astrid Rassegna*, 2020, n. 10.

¹⁵⁸ Per selezionare “i migliori” attenta dottrina ha da tempo evidenziato che occorre considerare “Competenze ed esperienze” nella determinazione dei requisiti di partecipazione. G. D’ALESSIO, *Il reclutamento dei dipendenti pubblici*, in *Astrid Rassegna*, 2020, n. 10.

¹⁵⁹ Sul punto ampiamente G. D’ALESSIO, *Il reclutamento del personale e della dirigenza delle pubbliche amministrazioni*, in *LPA*, 2020, 4, p. 45 e le Linee guida del 2018; sul tema anche L. SALTARI, *Per l’attuazione del PNRR serve personale*, in *GDA*, 2022, n. 4, p.436; T.TREU P. MICHETTI, *PNRR e rinnovamento delle amministrazioni pubbliche*, in *WP CSD.L.E “Massimo D’Antona”.IT – 466/2023*, p. 14-15; S. PEDRABISSI, *Il sistema di reclutamento tramite concorso pubblico*, in *LPA*, 2022, n. 4, p. 780-781; R. SAPORITO, *Concorsi competency-based: analisi comparata di quattro procedure innovative negli enti locali italiani*, in *GDA*, 2021, 3, 346-353.

¹⁶⁰ L’art. 3, comma 5-bis, decreto-legge 22 aprile 2023, n. n. 44, convertito dalla legge 21 giugno 2023, n. 74, prevede che le Regioni, le province, i comuni e le città metropolitane possono prevedere nei loro regolamenti “*previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all’articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281*”, “*requisiti ulteriori rispetto a quelli stabiliti per l’accesso al pubblico impiego dal decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, al fine di rispondere ad esigenze di specificità territoriale*”.

Si ricorderà per altro che già le “Linee guida” del 2018 del ministro Madia evidenziavano la necessità di modulare le tipologie di procedure e di prove in base ai profili da reclutare, escludendo a priori la possibilità di utilizzare un modello standardizzato di concorso, in quanto *“nell’ambito degli strumenti previsti dalla legge e dai regolamenti, occorre di volta in volta modulare sia le procedure sia i modelli a cui ricorrere al fine di pervenire alle soluzioni più adatte in relazione alla figura professionale da scegliere”*¹⁶¹. Meno comprensibile in questo articolo l’inserimento dell’accertamento delle capacità “manageriali” posto che non si rivolge al reclutamento della dirigenza pubblica.

Con favore sono anche da salutare l’accertamento, per profili iniziali e non specializzati, delle capacità comportamentali, incluse quelle relazionali, e delle attitudini dei candidati, nella consapevolezza che le risorse umane si inseriscono in un *team* e devono dunque avere buone attitudini anche relazionali per lavorare proficuamente in gruppo. In tal senso anche l’art. 7, comma 8,¹⁶² del nuovo d.P.R. n. 487 del 1994.

Per altro sono state da poco predisposte le Linee guida che individuano le competenze trasversali o *soft skills*¹⁶³, di cui all’articolo 3, comma 6, del decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2021, n. 113, di cui dovranno tener conto le amministrazioni nella formulazione dei bandi di concorso¹⁶⁴.

Si rafforza la precondizione in base alla quale nel reclutamento non possa più limitarsi all’accertamento delle conoscenze e competenze tecnico-specialistiche (sia pur importanti), ma occorre anche valutare le dimensioni comportamentali di carattere trasversale *“legate all’espressione efficace delle capacità della persona rispetto ai*

¹⁶¹ *Linee guida sulle procedure concorsuali* di cui alla direttiva n. 3 del 24 aprile 2018 del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, p. 2.

¹⁶² Il comma prevede che *“Per profili iniziali e non specializzati, le prove di esame danno particolare rilievo all’accertamento delle capacità comportamentali, incluse quelle relazionali, e delle attitudini e sono finalizzate ad accertare il possesso delle competenze, intese come insieme delle conoscenze e delle capacità logico-tecniche, comportamentali nonché manageriali, per i profili che svolgono tali compiti. Tali prove devono essere specificate nel bando e definite in maniera coerente con la natura dell’impiego”*.

¹⁶³ Il Framework di competenze previsto dalle linee guida è composto da 16 Competenze trasversali articolate in 4 Aree (i) Area “Capire il contesto pubblico”: Consapevolezza del contesto, Soluzione dei problemi, Consapevolezza digitale, Orientamento all’apprendimento; ii) Area “Interagire nel contesto pubblico”: Comunicazione, Collaborazione, Orientamento al servizio, Gestione delle emozioni; iii) Area “Realizzare il valore pubblico”: Affidabilità, Accuratezza, Iniziativa, Orientamento al risultato; iv) Area “Gestire le risorse pubbliche”: Gestione dei processi, Guida del gruppo, Sviluppo dei collaboratori, Ottimizzazione delle risorse) e 3 valori, trasversali a tutte le competenze: integrità, inclusione, sostenibilità, principi ideali dell’azione individuale e collettiva.

¹⁶⁴ Si ricorda che già erano previste analoghe linee d’indirizzo emanate ai sensi dell’articolo 6-ter; articolo introdotto dal d.lgs. n. 75 del 2017.

diversi ambiti di azione”, cui si accompagna l’analisi di valori che “*sono una caratteristica della persona di carattere motivazionale che influenza le priorità, le scelte, il grado di sintonia con il lavoro e con il contesto*”¹⁶⁵. Ciò sarà in grado di innescare un importante cambiamento culturale che si spera abbia un positivo e importante impatto sulle amministrazioni e sui cittadini destinatari dell’azione delle P.A.

Proprio questi nuovi criteri selettivi rendono determinante la composizione¹⁶⁶ e l’integrazione delle Commissioni di concorso con “*specialisti in psicologia e risorse umane*” (come ben prevede il nuovo art. 9, d.P.R. n. 487 del 1994).

Si abbandona finalmente l’anacronistica “penna”, in favore dell’utilizzo di strumenti informatici e digitali per lo svolgimento delle prove d’esami, anche per la consapevolezza dell’avvenuto cambiamento della strumentazione di lavoro, da cui la necessità di testarne non solo la conoscenza, ma l’uso in sede concorsuale. Coerentemente l’art. 13, del d.P.R. d.P.R. n. 487 del 1994, *post* modifiche ad opera del d.P.R. n. 82 del 2023, stabilisce che gli elaborati siano redatti in modalità digitale attraverso la strumentazione fornita per lo svolgimento delle prove, che non ci sia l’accesso a internet e che in caso di malfunzionamento della strumentazione sia fornito tempo aggiuntivo pari alla durata del malfunzionamento.

Si prescrivono poi tempi certi e rapidi per la conclusione delle procedure concorsuali che verranno poi meglio esplicitati nel d.P.R. n. 82 del 2023, che sul punto stabilisce la conclusione dei concorsi “*di norma entro 180 giorni dalla data di conclusione delle prove scritte*” (così nuovo art. 11, comma 4, d.P.R. n. 487 del 1994) e giustificazione collegiale della commissione. Dunque, si tratta di un periodo massimo di sei mesi per la correzione degli scritti, lo svolgimento dell’orale e valutazione dei titoli per i concorsi che li prevedono¹⁶⁷; il che potrebbe impegnare quasi a tempo pieno le Commissioni ove il numero di candidati sia elevato¹⁶⁸.

Due aspetti sono poi da evidenziare: *i)* la previsione di possibili “preselezioni” prima delle prove d’esame, predisposte anche da imprese e soggetti specializzati in

¹⁶⁵ Linee guida 2023, p. 8-9.

¹⁶⁶ Sulla composizione delle Commissioni di concorso G. D’ALESSIO, *Il reclutamento del personale e della dirigenza delle pubbliche amministrazioni*, in *LPA*, 2020, 4, p.43 ss; G. D’ALESSIO, *Il reclutamento dei dipendenti pubblici*, in *Astrid Rassegna*, 2020, n. 10; L. SALTARI, *Per l’attuazione del PNRR serve personale*, in *GDA*, 2022, n. 4, p.433-438.

¹⁶⁷ L’art. 8, comma 1, prevede espressamente che: 1. Nei concorsi per titoli ed esami, nei casi di assunzione per determinati profili, la valutazione dei titoli è effettuata dopo lo svolgimento delle prove orali, a condizione della previa determinazione dei criteri di valutazione.»

¹⁶⁸ Nel senso di prevedere incentivi, non solo economici, che possano permettere ai commissari di dedicarsi pienamente al concorso L. SALTARI, *Per l’attuazione del PNRR serve personale*, in *GDA*, 2022, n. 4, p.436

selezione di personale, dunque soggetti privati¹⁶⁹. È evidente che in presenza di un numero elevato di candidati i *test* possano essere utilizzati come strumento di “scrematura” degli aspiranti¹⁷⁰, tuttavia siamo in presenza di strumenti che se utilizzati per formulare risposte di tipo nozionistico e con la metodologia della preventiva pubblicazione delle risposte esatte, rischiano di non cogliere necessariamente tra i candidati migliori¹⁷¹, ma tra quelli con maggiori doti di memoria e tempo per svolgere ripetutamente i *quiz*. Sarà dunque importante formulare delle domande che consentano di “*selezionare adottando un ragionevole criterio di merito, che privilegi i candidati in base alle loro effettive capacità e alla loro effettiva preparazione*”¹⁷², dunque prevedendo dei quiz che richiedano una riflessione per la risoluzione di problemi teorico-pratici e che consentano di far emergere le doti di ragionamento dei candidati;

ii) una importante apertura è rivolta anche alla valutazione dei titoli, dove: a) quelli legalmente riconosciuti e strettamente correlati alla natura e alle caratteristiche delle posizioni bandite, possono essere utilizzati per l’ammissione alle fasi concorsuali, per i profili con elevata specializzazione tecnica; b) gli altri titoli, compresa l’esperienza professionale e i titoli di servizio, possano concorrere, in misura non superiore a un terzo, alla formazione del punteggio finale. Si tratta di una importante attenzione rivolta ai già dipendenti pubblici, tuttavia è stato efficacemente evidenziato l’importanza di un equilibrato bilanciamento tra i titoli di servizio in capo ai già dipendenti pubblici e gli altri titoli, per evitare di penalizzare potenziali candidati meritevoli¹⁷³.

Viene poi introdotto il Portale unico dei concorsi, per tutte le assunzioni a tempo determinato e indeterminato. Il portale sembra affiancare il già presente “Portale lavoro pubblico”, introdotto in attuazione dell’art. 17, comma 1, lett. g) della legge n. 124 del 2015 la cui *ratio* era proprio quella di favorire il miglior coordinamento delle procedure di reclutamento, anche con il monitoraggio delle graduatorie concorsuali delle amministrazioni (ex art. 4, comma 5, decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101¹⁷⁴), cui si è

¹⁶⁹ Una lettura critica verso questa apertura ai privati A. BELLAVISTA, *La privatizzazione del pubblico impiego trent’anni dopo. Dal disastro verso l’ignotoe ritorno?*, in LPA, 2023, 1, p. 26.

¹⁷⁰ Una lettura positiva delle prove preselettive “chiuse che possono permettere di contenere la platea dei valutabili con filtri oggettivi” L. SALTARI, *Per l’attuazione del PNRR serve personale*, in GDA, 2022, n. 4, p.436

¹⁷¹ Sul tema autorevolmente B.G. MATTARELLA, *Il principio del concorso e la sua parodia*, in GDA, 2017, 4, p. 417.

¹⁷² G. D’ALESSIO, *Il reclutamento del personale e della dirigenza delle pubbliche amministrazioni*, in LPA, 2020, 4, p.42.

¹⁷³ Sul tema le Linee guida del 2018 di cui si evidenzia che “*per evitare questo rischio, si può stabilire un punteggio massimo a determinati titoli, come l’attività lavorativa svolta*” in tal senso G. D’ALESSIO, *Il reclutamento del personale e della dirigenza delle pubbliche amministrazioni*, in LPA, 2020, 4, p.43.

¹⁷⁴ Convertito con modificazioni dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125.

aggiunto anche il monitoraggio delle esigenze assunzionali per i comuni attuatori del PNRR (ex art. 31-bis, comma 5, d.l. 6 novembre 2021, n. 152¹⁷⁵).

Il Portale unico dei concorsi permetterà invece l'inserimento del cv del concorsista con valore di dichiarazione sostitutiva ai sensi dell'art. 46, d.P.R. n. 445 del 2000, richiedendo l'inserimento di una pec e di un domicilio digitale per le comunicazioni concorsuali. Tale metodologia è già utilizzata proficuamente in altri concorsi (vedi concorsi di II° livello al TAR o alla Corte dei conti).

La pubblicazione del bando su tale portale del bando esonera le amministrazioni dalla pubblicazione in Gazzetta ufficiale dal 2023 per i concorsi¹⁷⁶ (sul punto art. 3, d.P.R. n. 487 del 1994, post modifiche ad opera del d.P.R. n. 82 del 2023).

Tale portale sarà utilizzato anche per le selezioni di esperti e per gli avvisi di mobilità, di natura ovviamente privatistica, ma che – come è noto - precedono l'avvio della procedura concorsuale.

In coerenza con la forte spinta alla digitalizzazione il nuovo d.P.R. n. 487 del 1994 prevede in fase di presentazione delle candidature il solo utilizzo del portale InPA¹⁷⁷, le comunicazioni ai candidati concernente il concorso, compreso il calendario delle relative prove e del loro esito (art. 4, 12, d.P.R. n. 487 del 1994, post modifiche ad opera del d.P.R. n. 82 del 2023), la pubblicazione delle graduatorie dei concorsi (art. 15, comma 6, d.P.R. n. 487 del 1994, post modifiche ad opera del d.P.R. n. 82 del 2023), la possibilità di svolgimento della prova orale in video conferenza (art. 7, d.P.R. n. 487 del 1994, post modifiche ad opera del d.P.R. n. 82 del 2023).

Va poi segnalato che sono da salutare con favore le ulteriori misure inserite per la tutela della parità di genere presenti nel nuovo regolamento con riferimento alle previsioni dell'art. 7, comma 7, sullo svolgimento delle prove in modo da tener conto delle candidate che *“risultino impossibilitate al rispetto del calendario previsto dal bando a causa dello stato di gravidanza o allattamento, anche attraverso lo svolgimento di prove asincrone e, in ogni caso, la disponibilità di appositi spazi per consentire l'allattamento”*.

Da ultimo sono da evidenziare le previsioni del decreto-legge 22 aprile 2023, n. 44¹⁷⁸, convertito con modificazioni dalla L. 21 giugno 2023, n. 74 e del decreto-legge 22

¹⁷⁵ Convertito con modificazioni dalla legge 29 dicembre 2021, n. 233.

¹⁷⁶ Il comma 4 dell'art. 35-ter estende l'uso di tale portale anche alle Regioni e agli enti locali.

¹⁷⁷ Per una lettura positiva sul portale InPA anche L. SALTARI, *Per l'attuazione del PNRR serve personale*, in GDA, 2022, n. 4, p.436; T.TREU P. MICHETTI, *PNRR e rinnovamento delle amministrazioni pubbliche*, in WP CSD.L.E *“Massimo D'Antona”.IT* – 466/2023, p. 9.

¹⁷⁸ Disposizioni urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle amministrazioni pubbliche

giugno 2023, n. 75¹⁷⁹, convertito con modificazioni dalla legge 10 agosto 2023, n. 112 che – rispetto ai temi della nostra analisi - tuttavia non introducono se non che limitate modifiche a regime al sistema¹⁸⁰ del reclutamento del personale, ma prevedono una pluralità di disposizioni tra cui vale la pena ricordare gli incrementi delle dotazioni organiche, le autorizzazioni ad assumere (a tempo determinato o indeterminato) a varie amministrazioni¹⁸¹, le autorizzazioni allo scorrimento di graduatorie, le previsioni di riserve di posti nei concorsi per specifiche categorie, un sostegno economico per le assunzioni a tempo determinato per i piccoli Comuni che attuano il PNRR; alcune stabilizzazioni di personale, l'elevazione da 5.000 a 15.000, poi portato a 25.000¹⁸² abitanti, la soglia demografica, entro cui i Comuni possono utilizzare, previ autorizzazione, i dipendenti a tempo pieno di altre amministrazioni locali.

8. Pnrr: chiaroscuri nei rapporti Stato/territori e in alcune norme “temporanee” sul reclutamento. Il quadro sin qui esposto è complesso e articolato ed è ancora troppo presto per una valutazione complessiva dell’impatto del Pnrr sulle pubbliche amministrazioni; il Piano, infatti, è in pieno corso di svolgimento seppur con due elementi di modifica rilevanti: il cambio del modello di *governance* (con le nuove disposizioni non ancora del tutto a regime) e una riformulazione dei contenuti presentata alla Commissione Europea; due aspetti che hanno generato naturali rallentamenti. Come ha ben precisato la Corte dei Conti¹⁸³ nella relazione sullo stato di attuazione del Pnrr, l'esame che si può effettuare “è ancora limitato: manca un quadro complessivo degli interventi specifici relativi alle misure in essere transitate nel Piano, un bilancio dei risultati ottenuti in importanti investimenti già avviati e che, quindi, hanno continuato a procedere anche al di fuori della griglia dei *milestone/target* previsti in questa prima fase”¹⁸⁴.

¹⁷⁹ Recante Disposizioni urgenti in materia di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, di agricoltura, di sport, di lavoro e per l'organizzazione del Giubileo della Chiesa cattolica per l'anno 2025.

¹⁸⁰ Eccezione fatta per le previsioni concorsi su base territoriale di cui all'art. 35.1, d.lgs. n. 165 del 2001, introdotto dall'art. 1-bis, del d.l. n. 44 del 2023; sul limite del numero di idonei nei concorsi (20% rispetto al totale dei posti messi a concorso); sui compensi per le commissioni di concorso,

¹⁸¹ Già in tal senso anche il decreto-legge n. 77 del 2021 e il decreto-legge n. 80 del 2021; nonché l'istituzione di fondi destinati all'assunzione di personale previsti dalla legge 30 dicembre 2021, n. 234, in particolare art. 1, commi 297 e 607 (legge di bilancio 2022).

¹⁸² Modifica ad opera dell'art. 28, comma 1-ter, d.l. n. 75 del 2023, convertito dalla legge n. 112 del 2023.

¹⁸³ Va tuttavia ricordato che l'art. 1, comma 12-quinquies del decreto-legge n. 44 del 2023 ha abrogato il controllo concomitante della Corte dei conti su Pnrr e sul Piano nazionale per gli investimenti complementari.

¹⁸⁴ Corte dei Conti, cit.

Alla luce però delle riflessioni svolte, dall'analisi dei documenti e dall'andamento della pratica quotidiana riscontrabile nei tanti provvedimenti, appuntamenti e relazioni che hanno scandito questi mesi, è però possibile iniziare a formulare alcune riflessioni sull'incidenza, del Piano e dei vari provvedimenti attuativi, sulle nostre strutture pubbliche per gli aspetti considerati in questo studio.

Infatti, rispetto all'impatto sulle amministrazioni e al rapporto tra centro e territori vi è, pur in assenza di espliciti interventi normativi e regolamentari vincolanti, la definizione del ruolo e della forza degli apparati centrali. Ciò emerge con chiarezza rispetto ai due effetti pratici che ne derivano. Il primo riferito alla tipologia del rapporto, con la verticalizzazione e la tendenza ad omogeneizzare procedure e attività con una funzione di preminenza e vantaggio del centro; il secondo riferito alla tipologia di ruolo con supremazia e primato degli apparati centrali e dello Stato come struttura nazionale. L'analisi delle prime due *tranche* di risorse del Piano¹⁸⁵, per le quali l'Italia ha già ricevuto dalla Commissione Europea circa 40 miliardi di euro, conferma tale lettura considerando una parte significativa di tali risorse sia stata assegnata ad amministrazioni centrali o apparati dello Stato. Ciò per tre motivazioni: necessità di rendicontare delle risorse in una fase in cui ancora le strutture territoriali non erano attrezzate ne erano partite le attività a loro sostegno; prontezza operativa di alcune strutture dello Stato con impostazione aziendalistica (es. Ferrovie dello Stato e Anas) e parco progetti già cantierabile; funzionalità di alcune politiche pubbliche centrali che potevano essere (ri)finanziate (es: edilizia scolastica).

Ad aprile 2022 l'Ufficio Parlamentare di Bilancio (Upb) ha quindi certificato come la spesa effettiva (fermata a 5,1 miliardi, il 37,2% dell'obiettivo iniziale) sia passata: dall'alta velocità ferroviaria per 2,5 miliardi di euro; 1,2 miliardi per "ecobonus" in edilizia; incentivi all'innovazione delle imprese di "transizione 4.0" per 990 milioni ed altri 395 milioni sono andati alla scuola, soprattutto per l'edilizia.

La preminenza dell'amministrazione centrale trova anche riscontro nella impostazione generale del Pnrr che vede – come detto in apertura – la *governance* decisionale e gestionale imperniata sul centro del sistema istituzionale (con il protagonismo principale di Palazzo Chigi e del Mef seppur con quest'ultimo depotenziato nel nuovo assetto di competenze¹⁸⁶) e le sole amministrazioni centrali come quelle indicate essere le "titolari" degli interventi. È stato autorevolmente

¹⁸⁵ Secondo semestre del 2021 e primo semestre del 2022.

¹⁸⁶ Per una prima analisi della nuova governance del Pnrr come definita nel D.L. 13/2023, si veda pure *Cosa cambia con la nuova governance del Pnrr*, in Lavoce.info del 6 aprile 2023.

evidenziato che “dell’intera operazione è responsabile in centro: in primo luogo verso la comunità nazionale [...] in secondo luogo verso l’Unione Europea”, un ruolo che è “al tempo stesso di progettazione, di regia e di garanzia” e l’attuazione del Piano rappresenta “un ulteriore rilevante accentuazione di un fenomeno di unificazione delle istituzioni”¹⁸⁷.

A contribuire a tale preminenza del centro rispetto agli altri livelli istituzionali vi è anche il meccanismo (previsto dall’art. 12 del D.L. n. 77 del 2021 ed ulteriormente rafforzato dal D.L. n. 13 del 2023¹⁸⁸ e che trova fondamento nell’art. 120 della Costituzione) di attivazione dei poteri sostitutivi da parte del Governo che in caso di mancato rispetto da parte delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province o dei Comuni degli obblighi e impegni finalizzati all’attuazione del Pnrr, il Presidente del Consiglio dei Ministri, nel caso in cui sia a rischio il conseguimento degli obiettivi intermedi e finali del Piano e su proposta della Cabina di regia o del Ministro competente, assegna al soggetto attuatore interessato un termine non superiore a 30 giorni per provvedere. In caso di perdurante inerzia, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro, sentito il soggetto attuatore, il Consiglio dei ministri individua l’amministrazione, l’ente, l’organo o l’ufficio, o i commissari ad acta, ai quali attribuisce, in via sostitutiva, il potere di adottare gli atti o provvedimenti necessari, oppure di provvedere all’esecuzione ai progetti.

Un meccanismo simile viene individuato anche in caso di dissenso, diniego o opposizione proveniente da un organo statale¹⁸⁹. Sul punto parte della dottrina ha valutato come “da un lato tale potere sembra poter rispondere di garantire la non incoerenza o contraddizione dell’azione dei poteri e degli organi pubblici”, mentre “dall’altro la previsione in questione rischia di essere eccessivamente generica alla luce del fatto che il Piano programma una pluralità di azioni non definendo quali attività e competenze debbano esercitare le Regioni”¹⁹⁰. Regioni che proprio nel testo del Pnrr vedono perlopiù essere richiamate non come soggetti istituzionali ma come aree territoriali e per indicare la localizzazione di problematicità, divari o fragilità.

¹⁸⁷ G. FALCON, *Viaggio al centro del Pnrr*, in *Le Regioni*, fasc. 4 2021.

¹⁸⁸ Nello specifico si fa riferimento all’art. 3

¹⁸⁹ Sul punto dei poteri sostitutivi si veda anche M. CECCHETTI, *I riflessi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza sul sistema delle autonomie territoriali: il rapporto tra Stato e Regioni*, in *Scritti costituzionali sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* (a cura di D. DE LUNGO E F. S. MARINI), Giappichelli, 2023; R. CARIDÀ, *Il Piano Nazionale di Ripresa e di Resilienza: la semplificazione normativa nella prospettiva della realizzazione degli investimenti previsti nel Piano, le forme di raccordo con le regioni*, in *Italian Papers on Federalism*, ISSIRfA – CNR, n. 2 2022.

¹⁹⁰ C. DI MARTINO, *La semplificazione normativa nel Pnrr: il coinvolgimento dei legislatori regionali tra “progetti bandiera” e “poteri sostitutivi”*, in *Consulta online*, 6 dicembre 2021.

Guardando complessivamente dall'angolazione delle amministrazioni ai diversi livelli di governo, è indubbio che vi sono tre profili su cui gli interventi sono realizzati o comunque ben avviati. Ad oggi infatti si è già: riformato l'accesso agli uffici; prodotto semplificazioni per la gestione; investito sul capitale umano delle strutture pubbliche.

Sono stati messi in evidenza i cambiamenti radicali che le riforme promettono di produrre sul reclutamento "a regime" dei lavoratori pubblici, con un nuovo reclutamento improntato alla ricerca della "qualità", ed è però alla luce di questo radicale cambiamento metodologico che desta qualche perplessità l'introduzione della previsione temporanea all'art. 35-*quater*, d.lgs. n. 165 del 2001 del comma 3-*bis*¹⁹¹, che stabilisce che "*Fino al 31 dicembre 2026, in deroga al comma 1, lettera a), i bandi di concorso per i profili non apicali possono prevedere lo svolgimento della sola prova scritta*".

Stiamo parlando di un arco temporale – quello di attuazione del Pnrr - in cui presumibilmente si andranno a saturare gli organici della pubblica amministrazione, grazie alle spinte e le risorse del Pnrr, non possiamo sacrificare sull'altare della celerità la scelta qualitativa delle nuove risorse umane, anche memori delle sole (inadeguate) prove scritte a quiz di cui all'abrogato art. 10, comma 4, d.l. n. 44 del 2021¹⁹².

¹⁹¹ Introdotto dalla legge di conversione, in particolare ad opera dell'art. 1-bis, comma 1, lett. c), legge 21 giugno 2023, n. 74.

¹⁹² Si ricorderà che l'art. 10, comma 4, del decreto-legge n. 44 del 2021 (oggi abrogato) era dedicato alle procedure semplificate per l'assunzione del personale con contratto a tempo determinato per l'attuazione degli interventi previsti dalla politica di coesione dell'Unione europea e nazionale per i cicli di programmazione 2014-2020 e 2021-2027. Il reclutamento prevedeva una procedura concorsuale (molto) semplificata anche in deroga al dPR 9 maggio 1994, n. 487, e della legge 19 giugno 2019, n. 56, assicurando comunque il profilo comparativo. La procedura prevedeva: *i)* una fase di valutazione dei titoli e dell'esperienza professionale anche ai fini dell'ammissione alle successive fasi, e i titoli concorrono alla formazione del punteggio finale; *ii)* una sola prova scritta mediante quesiti a risposta multipla; *iii)* l'esclusione della prova orale. Pur comprendendo l'esigenza di celerità, tale procedura era eccessivamente semplificata, rischiando di non centrare l'obiettivo della qualità dei vincitori. Quanto ai titoli, non si faceva alcun cenno a quelli legalmente riconosciuti, dunque tutti i titoli, che possono sia fungere da sbarramento all'accesso concorsuale, sia concorrere al punteggio finale. La prova orale era esclusa e la sola prova del concorso fu un "quiz a risposta multipla". Questi ultimi (quiz a risposta multipla) possono essere un metodo per scremare un numero di candidati enorme, anche questo metodo contestato in dottrina, ma non può essere considerato una prova idonea a selezionare dei candidati. Per altro essendo l'unica prova, visto che non si prevede la prova orale. Si selezionava il personale Area III, posizione economica F 1, i funzionari nell'Area più alta del comparto, che a livello non dirigenziale svolgono funzioni di direzione, coordinamento, controllo di attività di importanza rilevante o con funzioni che si caratterizzano per il loro elevato contenuto specialistico. Questo personale tecnico avrebbe operato un importante traghetto verso il cambiamento delle nostre amministrazioni. Ci sono esigenze di celerità, comprensibili, però sarebbe meglio prevedere una prova concorsuale che faccia emergere la "qualità" dei candidati piuttosto che le doti di memoria. Si segnala che la misura è stata un sostanziale *flap*, tanto che il decreto-legge 30 aprile 2022, n. 36 ha stabilito all'art. 11, comma 2 la possibilità di riutilizzare le risorse stanziare e non impegnate "*in ragione dell'insufficiente numero di idonei*" o "*per la mancata accettazione della proposta di assunzione nel termine assegnato dall'amministrazione*" per la stipula di contratti di collaborazione ex art. 7, comma 6 e 6-bis, d.lgs. n. 165 del 2001.

Ricordando per altro che le procedure semplificate/accelerate di tipo “straordinario”¹⁹³, per provare a superare il fenomeno di nuovo precariato, per altro qualificato, contribuiranno alla saturazione degli organici avendo una riserva dei posti messi a concorso (non superiore al 40%) stabilita dall’art. 1, comma 3, d.l. n. 80 del 2021.

Dunque per amministrazioni di qualità è preferibile una immediata messa a regime del nuovo sistema di reclutamento dei lavoratori pubblici.

Merita invece di essere salutata con favore, sebbene concepita come misura una tantum (sino al 2026), la previsione di cui all’art. 3-ter, del d.l. n. 44 del 2023¹⁹⁴, modificato dall’art. 28, d.l. n. 75 del 2023, che definisce una sorta di *fast track* per i migliori laureati¹⁹⁵, mettendo in atto un circolo virtuoso tra università e amministrazioni¹⁹⁶. Nel limite del 10% delle loro facoltà assunzionali, portati al 20% per i comuni, unioni di comuni, province e città metropolitane, le amministrazioni potranno selezionare¹⁹⁷ per l’assunzione nell’area funzionari - inizialmente a tempo determinato - giovani laureati con contratto di apprendistato o, attraverso apposite convenzioni, studenti di età inferiore a 24 anni con contratto di formazione e lavoro. Alla scadenza dei contratti, in caso di valutazione positiva del servizio prestato e in presenza dei requisiti per l’accesso al lavoro pubblico, il rapporto di lavoro si trasformerà a tempo indeterminato.

Si tratta di una bella ventata di novità per le amministrazioni e per i giovani laureati, che non solo potrà decongestionare i grandi numeri dei concorsi, ma ove

¹⁹³ Si veda innanzitutto il decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80, *Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionali all’attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l’efficienza della giustizia*, convertito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2021, n. 113.

¹⁹⁴ In attuazione di tale articolo è stato adottato il D.M. 21 dicembre 2023, *Determinazione dei criteri e delle procedure per il reclutamento, con contratto a tempo determinato di apprendistato, di giovani laureati individuati su base territoriale mediante avvisi pubblicati sul portale InPA*.

¹⁹⁵ Sul punto in linea con il PNRR italiano l’analisi di G. D’ALESSIO, *La riforma della Pubblica Amministrazione nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) Italiano*, in *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma*, 2022, n. 17, p. 114.

¹⁹⁶ Sul tema autorevolmente B.G. MATTARELLA, *Per un migliore coordinamento del reclutamento dei pubblici dipendenti con i percorsi universitari*, in *GDA*, 2021, 5, 578 ss..

¹⁹⁷ Ai fini della selezione il comma 1, prevede che “con decreto del Ministro per la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell’università e della ricerca, previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all’articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono stabiliti i criteri e le procedure per il reclutamento ((, **nel rispetto dell’articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165**)), che prevedono una prova scritta, la valutazione dei punteggi dei titoli accademici conseguiti dal candidato, compresa la media ponderata dei voti conseguiti nei singoli esami, la valutazione degli eventuali titoli di specializzazione post lauream e delle eventuali esperienze professionali documentate, conferenti con la tipologia dei posti messi a concorso, nonché una prova orale in cui è valutato il possesso delle competenze di cui all’articolo 35-quater, comma 1, lettera a), secondo periodo, del citato decreto legislativo n. 165 del 2001. A parità di punteggi è preferito il candidato più giovane di età”.


proficuamente applicata, potrà dare delle opportunità ai giovani e alle amministrazioni, che necessitano di nuove risorse umane per portar avanti la loro mission istituzionale.

In conclusione, il rilancio europeo del Ngeu e la scelta del Pnrr italiano focalizzato proprio sulla riforma e rilancio delle pubbliche amministrazioni¹⁹⁸, ci permette di ricordare che “il Paese ha riacquisito – con pandemia e Pnrr – la smarrita consapevolezza della centralità della macchina dello Stato e del rischio che i suoi affanni possano pregiudicare le politiche pubbliche e la relativa trasmissione attuativa”¹⁹⁹. Una consapevolezza ormai definita e condivisa sul ruolo fondamentale delle pubbliche amministrazioni e del *public management*. La prima come la struttura principale da rinforzare per lo Stato, il secondo come metodo caratterizzante il lavoro moderno delle pa. Entrambi sono centrali sia per attuazione del Pnrr e sia per misure e programmi di natura europea o nazionale; senza un’amministrazione efficiente e senza un metodo funzionale, non si raggiungeranno i risultati attesi.

Next Generation EU e Pnrr sono sotto i riflettori. Il dibattito pubblico, sia quello alimentato dalla politica sia quello dell’accademica e delle analisi, li vede al centro della discussione ormai da mesi e così continuerà a essere per i prossimi tre anni, evidenziandone i profili di vantaggio e giudizio positivo ed elementi di critica e giudizio negativo. La forza innovativa rispetto alla dimensione europea e la notevole quantità di risorse in campo per l’Italia giustificano l’attesa, l’aspettativa e la discussione. La carica trasformativa che ci si attende è notevole e comunemente indicata come quella da “ultima occasione”.

¹⁹⁸ G. D’ARRIGO, *Next Generation EU e Pnrr: governance, politiche pubbliche e innovazioni in Europa e in Italia*, in *L’attuazione del Pnrr, uno sguardo al futuro* (a cura di) B. G. MATTARELLA, L. FIORENTINO, M. CARDONE, I Quaderni della Rivista Amministrazione in Cammino, ottobre 2022.

¹⁹⁹ R. GAROFOLI, *Abuso d’ufficio, i timori dei sindaci*, su Corriere della Sera del 26 marzo 2023.



Per un rafforzamento dell'alleanza tra soggetti pubblici e privati. La società civile alla prova del PNRR italiano, fra democrazia partecipativa e sostegno all'economia lecita

di NICOLETTA PARISI E DINO G. RINOLDI

SOMMARIO: 1. PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E CITTADINI FRA LIBERTÀ E RESPONSABILITÀ. - 2. DEMOCRAZIA PARTECIPATIVA E UNIONE EUROPEA: LE QUATTRO ELICHE E NEXTGENERATIONEU. - 3. BUONA AMMINISTRAZIONE, CITTADINANZA, PIANI NAZIONALI DI RIPRESA E RESILIENZA. - 4. LA GOVERNANCE DEL PNRR ITALIANO. - 5. IL RISCHIO DI DISPERSIONE DELLE RISORSE FINANZIARIE DEL PNRR: INCAPACITÀ DI SPESA, CORRUZIONE, INFILTRAZIONE CRIMINALE. - 6. RESPONSABILITÀ DELLA SOCIETÀ CIVILE: LIBENTER! - 7. I TRE STRUMENTI DI LIBENTER.

Abstract

This contribution delves into some issues concerning the role of the (domestic and European) Public Administration and citizens in carrying out activities aimed at caring for common goods, in light of the practices of the European Union's rules and the Italian legal system. We refer to the Quadruple Helix Model, which highlights the importance of the participation of both civil society and enterprises, applying this model to the implementation of the (Italian) National Recovery and Resilience Plan.

To this end, we intend to delve deeper into the current governance of the NPRR, given the risk of dispersion of financial resources (therefore also in relation to the need to protect the Plan from both corruption and maladministration).

From this perspective, the responsibility that citizens have for the efficient and effective implementation of the Plan and the positive role that the use of tools and institutions of participatory democracy can play emerges. Among the latter, we highlight the importance of civic monitoring; in this regard, the field of activity of a specific association ("LIBenter - Italy's common good, new transparent responsible European") is explored in its aim of accompanying the Italian Public Administration involved in the implementation of the investment projects contained in the Plan.

1. Pubblica Amministrazione e cittadini fra libertà e responsabilità.

«Immaginiamo (...) uno Stato in cui **una burocrazia di suprema benevolenza ed efficacia** gestisca ogni dettaglio dei comuni interessi nel modo migliore per tutti, esautorando ogni singolo cittadino dal carico e dalla responsabilità di curarsi in prima persona di quel che gli compete, quindi rendendo vano, da parte sua, ogni esercizio di libertà»¹. «[C]osì facendo, ne risulterebbe per tutti **il massimo possibile di utilità, vantaggio, piacere, felicità** o in qualunque altro modo si voglia chiamare il fine cui tende l'utilitarismo»². Ma che fare, in quest'esperimento eventualmente realizzato, quando «il massimo possibile di utilità si combina con **il minimo possibile di libertà?**»³.

¹ Così John Stuart Mill (nel 1859) commentato da E. Bencivenga, *Conoscenza e politica*, in Aa. Vv., *Le conseguenze del futuro – Sei dimensioni di cambiamento, sei voci di futuro declinate al presente*, Feltrinelli, Milano, 2019, p. 33.

² Op. loc. ult. cit.

³ Op. loc. ult. cit.

«[U]n esito sub-ottimale è in questo caso assolutamente da preferire: che l'utilitarismo, in sostanza, vada abbandonato in nome della libertà»⁴.

In Italia, visto lo stato (lo Stato appunto, quello non da immaginare) della nostra Pubblica Amministrazione (delle nostre Pubbliche Amministrazioni), non dobbiamo certo preoccuparci della libertà che un livello burocratico pubblico eccelso ci faccia mancare in omaggio alla, al posto della, concessione della nostra massima utilità. Oppure dobbiamo preoccuparci (soprattutto pre-occuparci, cioè non occuparcene *ex post*) dei livelli burocratici pubblici inefficienti o addirittura opprimenti che, assieme al tempo, ci sottraggono proprio la libertà?⁵

Condividiamo l'affermazione di chi ritiene sia «un dato innegabile che in Italia (...) vi è un diverso approccio al **valore collettivo della *res publica* e dei suoi beni**; la [quasi?] totalità dei cittadini non pensa e non dimostra, quantomeno con i suoi comportamenti concreti, di essere consapevole che i beni pubblici sono di tutti e quindi vanno difesi da tutti. Non pochi ancora, al contrario, considerano le cose pubbliche come di nessuno e quindi ritengono legittima l'idea che si possa ricavare un utile aggiuntivo dall'utilizzo di beni o di cariche pubbliche»⁶. Così «non sempre nell'opinione pubblica [italiana] si riscontra la giusta consapevolezza di quali possono essere i danni che certi fenomeni, come la corruzione e il malaffare pubblico, finiscono per fare a tutti»⁷. E non spingiamo l'attenzione sull'**identità degli italiani**: «popolo di poeti, di artisti, di eroi, di santi, di pensatori, di scienziati, di navigatori, di trasmigratori»⁸ che hanno in uggia la vita ordinaria, le regole (e per questo le moltiplicano onde trovarsi nell'impossibilità di applicarle), e son dominati dalla fascinazione dello straordinario, dell'eccezionale, del momento⁹. Dove l'eccezione conferma la...deroga!

⁴ Op. loc. ult. cit.

⁵ Sul tempo v. *infra*, note 11 e 12 col testo cui esse si riferiscono.

⁶ R. Cantone, *Corruzione – Prevenire e reprimere per una cultura della legalità*, Vita e pensiero, Milano, 2023, p. 190.

⁷ Op. loc. ult. cit.

⁸ Così la frase gravata in tempo fascista sul Palazzo della civiltà italiana, all'EUR, in Roma.

⁹ Per qualche suggestione v. S. Cassese, *L'Italia: una società senza Stato*, il Mulino, Bologna, 2006; E. Gentile, *Né Stato né nazione*, Laterza, Roma-Bari, 2010; C. Raimo, *Contro l'identità italiana*, Einaudi, Torino, 2019; M. Sideri, *Italia innovativa per natura (ma non riesce a crederci)*, in *Corriere della Sera*, 30 dicembre 2021, p. 36; P. Gobetti, *L'autobiografia della nazione*, Aras Edizioni, Fano, 2023; G. Leopardi, F. Cordero, *Discorso sopra lo stato presente dei costumi degli italiani*, Bollati Boringhieri, Torino, 2011; F. Arminio, G. L. Ferretti, *L'Italia profonda*, GOG Edizioni, Roma, 2019; A. Varni, *L'Italia non è un'anomalia* (recensione ai sette volumi di G. Galasso, *L'Italia nuova. Per una storia del Risorgimento dell'Italia unita*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, dal 2011), in *Domenica de Il Sole 24 Ore*, 4 ottobre 2015, p.21. Per un tentativo di avvicinamento alla completezza, almeno sui temi, v. pure: M. Montanari, *L'identità italiana in cucina*, Laterza, Roma-Bari, 2010.

Si auspica allora, *comme d'habitude*, un «**mutamento culturale**»; tuttavia «Il mutamento culturale ha bisogno ovviamente di tanti attori (della scuola, del mondo delle associazioni, del volontariato ecc.) e richiede per sua natura tempi non brevi, ma l'obiettivo non è affatto impossibile da conseguire, come si è dimostrato per l'antimafia, la cui cultura sembra essere entrata in quel minimo [minimo!] comun denominatore dell'etica dei cittadini, grazie soprattutto agli interventi nelle scuole e nel sistema sociale in generale»¹⁰.

Una questione di tempo?

«**Il tempo si è fatto breve**»¹¹. Se ancora non è compiuto¹².

2. Democrazia partecipativa e Unione europea: le quattro eliche e NextGenerationEU. «*La pace mondiale non potrà essere salvaguardata se non con sforzi creativi, proporzionali ai pericoli che la minacciano. Il contributo che un'Europa organizzata e vitale può apportare alla civiltà è indispensabile per il mantenimento di relazioni pacifiche*».

Dopo i disastri della seconda guerra mondiale, il 9 maggio di 74 anni fa, il Ministro degli esteri francese Robert Schuman iniziava con queste parole una famosa dichiarazione¹³, ispirata da Jean Monnet, che apriva la strada alla realizzazione - fra il 1951 e il 1958 - delle tre Comunità europee (la Comunità economica, quella del carbone e dell'acciaio e quella dell'energia atomica) che nacquero successivamente alla guerra mondiale evolvendo sul finire del secolo scorso nell'**Unione europea**.

Il percorso previsto allora comportava **una reciproca progressiva integrazione**, non solo economica, fra nazioni che si erano combattute fino a pochissimi anni prima, durante quella che meglio può esser definita la lunga «guerra civile europea» iniziata nel 1914 con l'assassinio a Sarajevo dell'erede al trono austro-ungarico. Francia, Germania, Italia, Belgio, Olanda e Lussemburgo misero in comune competenze, finanziamenti, persone al fine di creare un'organizzazione internazionale che nel «vecchio continente» finalmente li portasse quotidianamente ad operare pacificamente, secondo un principio di solidarietà comportante addirittura «**limitazioni di sovranità**» (consentite dall'art. 11 della Costituzione italiana), limitazioni temperate dalla rappresentanza dei popoli realizzata sul piano degli organi comunitari «sovrannazionali»

¹⁰ R. Cantone, op. cit., p. 101.

¹¹ San Paolo, Prima lettera ai Corinzi, 7. 29.

¹² Matteo, 1. 15.

¹³ Che soprattutto quando parla di pace, come nel passo appena riportato, non può non attirare oggi l'attenzione.

attraverso un Parlamento europeo eletto a suffragio universale diretto, con sempre più significativi poteri legislativi e di controllo politico e che fra il 6 e il 9 giugno 2024 andremo ad eleggere per la decima volta.

Una “**Comunità creativa**” del genere evocato non può che aprire larghi spazi alla partecipazione delle persone di buona volontà, che vedano i propri interessi inquadrati, incorniciati, in una **cooperazione solidale**. Il simbolismo (sostantivo il cui etimo discende come noto dal greco συν-βάλλω /mettere insieme) dell’elica fa procedere lungo la strada dell’innovazione “mettendo insieme” istituzioni e amministrazione pubblica (**prima elica**), imprese e mercato (**seconda elica**), università e centri di ricerca (**terza elica**) nonché società civile (**quarta elica** comprensiva di “terzo settore”, volontariato, economia della conoscenza).

Nell’Unione europea odierna se ne possono rilevar tracce sostanziali e sostanziose nell’art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE (CDFUE). Vi si declina il «**diritto ad una buona amministrazione**» disponendo, nei due primi paragrafi, così:

«1. Ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell’Unione. 2. Tale diritto comprende in particolare: il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio, il diritto di ogni individuo di accedere al fascicolo che lo riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale, l’obbligo per l’amministrazione di motivare le proprie decisioni».

Specificamente in ordine alle esigenze della democrazia partecipativa, come principio compreso nel diritto europeo a una buona amministrazione, l’Unione considera la partecipazione dei cittadini uno strumento per incrementare il **tasso di democraticità complessiva del sistema**. Ciò sulla base proprio del principio della **democrazia partecipativa** (“*participatory democracy*”) esplicitamente accolto nel Trattato sull’Unione Europea (TUE), dove all’art. 11 si legge:

«1. Le istituzioni [dell’Unione] danno ai cittadini e alle associazioni rappresentative, attraverso gli opportuni canali, la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell’Unione. 2. Le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile. 3. Al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell’Unione, la Commissione europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate. 4. Cittadini dell’Unione, in numero di almeno un milione, che abbiano

la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri, possono prendere l'iniziativa d'invitare la Commissione europea, nell'ambito delle sue attribuzioni, a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati. Le procedure e le condizioni necessarie per la presentazione di una iniziativa dei cittadini sono stabilite conformemente all'articolo 24, primo comma del trattato sul funzionamento dell'Unione europea»¹⁴.

Come ha dichiarato la Commissione «il tessuto democratico a difesa dello Stato di diritto si basa anche (...) sulla **società civile**» che ricopre un ruolo ineliminabile nel sistema di bilanciamento dei poteri¹⁵: «Un quadro favorevole per la società civile consente il dibattito e il controllo di coloro che sono al potere; il restringersi del margine di manovra della società civile segnala che lo Stato di diritto è a rischio»¹⁶.

L'art. 11 TUE si collega al principio di **eguaglianza democratica** (art. 9 TUE: «L'Unione rispetta, in tutte le sue attività, il principio dell'uguaglianza dei cittadini, che beneficiano di uguale attenzione da parte delle sue istituzioni, organi e organismi» così specificando l'art. 20 CDFUE: «Tutte le persone sono uguali davanti alla legge.»); dà concretezza ad alcuni altri diritti fondamentali accolti nella CDFUE (artt. 11 appunto, nonché 12¹⁷, 21¹⁸, 23¹⁹, 41²⁰, 42²¹, 47²²); rafforza lo Stato di diritto (elencato dall'art. 2 TUE fra i «valori» su cui l'«Unione si fonda») in quanto aumenta la **qualità della Pubblica Amministrazione**.

Secondo la Corte di giustizia dell'Unione il principio di *good governance* appartiene ai principi generali del diritto che hanno ispirato la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Quest'ultima si applica in combinato disposto con i sistemi di tutela dei diritti fondamentali nazionali e internazionali, comprese le tradizioni costituzionali degli Stati membri che sostanziano i principi generali del diritto dell'Unione²³, e la Corte ne ha tenuto conto nella propria giurisprudenza²⁴.

¹⁴ Peraltro nella proposta redatta dalla Commissione Affari costituzionali del PE *on proposal of the European Parliament for the amendment of the Treaties* (v. Doc. 2022/2051/INL) si propone una modifica dell'art. 11 TUE, nella direzione del rafforzamento degli strumenti di democrazia partecipativa dei cittadini europei nell'ambito del processo decisionale dell'Unione (punto 11).

¹⁵ Commissione europea, *Rapporto sullo Stato di diritto – 2021*, COM (2021) 700, p. 4.

¹⁶ *Ibidem*, p.20.

¹⁷ Libertà di riunione e di associazione.

¹⁸ Non discriminazione.

¹⁹ Parità tra donne e uomini.

²⁰ Diritto ad una buona amministrazione (di cui si è detto anche sopra).

²¹ Diritto d'accesso ai documenti.

²² Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale.

²³ Così COM (2020) 711, p. 4.

²⁴ Sentenza *Boudjlida*, C-249/13, parr. 32-43 e 40; sentenza *H.N.*, C-604/12, par. 49.

Su siffatto diritto poggiano i **valori della democrazia e dello Stato di diritto**, «strettamente interconnessi. I diritti fondamentali possono essere efficaci nella vita dei cittadini solo in una società (...) in cui possa svolgersi un dibattito democratico aperto e informato e in cui si possa contare su (...) **una società civile attiva**»²⁵.

In particolare, a proposito dell'iniziativa *NextGenerationEU* e, conseguentemente, del *Recovery and Resilience Facility*, proprio perché essi sono strumenti destinati a migliorare le condizioni di vita delle persone, l'Unione sostiene che queste ultime debbano poter essere coinvolte nella fase tanto della formazione dei Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza (fase ormai conclusa, salvo modifiche²⁶, per tutti gli Stati membri) quanto della loro esecuzione. Come ha dichiarato la Commissione «le nuove sfide e i nuovi sviluppi richiedono un rinnovato impegno per garantire che le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri [esclusivamente nell'applicazione del diritto dell'Unione: art. 51 CDFUE] applichino la Carta al massimo delle sue potenzialità, in specie garantendo la sua effettiva applicazione da parte degli Stati membri; responsabilizzando le organizzazioni della società civile; rafforzando la consapevolezza dei cittadini nei propri diritti ai sensi della Carta»²⁷.

Non è un caso che:

- il regolamento (UE) 2021/241, istituendo **il dispositivo per la ripresa e la resilienza**, pretenda che i cittadini e più in generale i portatori di interesse siano coinvolti nella fase tanto decisionale quanto esecutiva del PNRR, dovendo essere ascoltati e spettando alla Pubblica Amministrazione nazionale motivare come abbia tenuto in conto la loro opinione²⁸;

- il regolamento (UE) 2021/1060²⁹ stabilisca una cosiddetta «condizione abilitante orizzontale»³⁰ consistente nel **condizionare l'erogazione delle risorse dell'Unione** all'effettiva applicazione e attuazione della Carta per ognuno degli obiettivi specifici finanziabili: **il rispetto dei principi di buona amministrazione, di trasparenza, di**

²⁵ COM (2020) 711, p. 1. Corsivo aggiunto.

²⁶ V. il regolamento UE 2021/241, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, al proprio art. 21: Modifica del piano per la ripresa e la resilienza dello Stato membro. V. inoltre il regolamento UE 2023/435, che modifica il regolamento (UE) 2021/241 per quanto riguarda l'inserimento di capitoli dedicati al piano *REPowerEU* nei piani per la ripresa e la resilienza.

²⁷ COM (2020) 711, p. 3

²⁸ Art. 18.4, lett. q.

²⁹ Recante le disposizioni comuni applicabili al Fondo europeo di sviluppo regionale, al Fondo sociale europeo Plus, al Fondo di coesione, al Fondo per una transizione giusta, al Fondo europeo per gli affari marittimi, la pesca e l'acquacoltura, e le regole finanziarie applicabili a tali fondi e al Fondo Asilo, migrazione e integrazione, al Fondo Sicurezza interna e allo Strumento di sostegno finanziario per la gestione delle frontiere e la politica dei visti.

³⁰ Artt. 9.1 e 15.1, come specificati nell'Allegato III.

democrazia partecipativa sono dunque parte della condizione abilitante per l'ottenimento di finanziamenti europei³¹;

- il regolamento (UE) 2020/2092, relativo a **un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione**, metta in campo un meccanismo specifico atto a proteggere le risorse dell'Unione europea dai rischi derivanti dal non rispetto dei principi dello Stato di diritto;

- il regolamento (UE) 2023/435, che riguarda l'inserimento di capitoli dedicati al Piano **REPowerEU** nei Piani nazionali per la ripresa e la resilienza, confermi la previsione contenuta nel dispositivo di ripresa e resilienza.

3. Buona amministrazione, cittadinanza, Piani nazionali di ripresa e resilienza. Ma la democrazia partecipativa³², facendo parte del diritto a una buona amministrazione, riguarda tanto l'**amministrazione europea** (art. 41 CDFUE) quanto le **amministrazioni nazionali**, le quali vengono valutate dalla prospettiva del rispetto dei principi dello Stato di diritto. Non è un caso, infatti, che nell'UE il «meccanismo per lo Stato di diritto»³³ valuti l'inclusività del processo deliberativo pubblico e il coinvolgimento della società civile come elemento di rafforzamento dello Stato di diritto stesso³⁴.

A questo meccanismo si aggiungono altre sedi europee di valutazione del grado di partecipazione accordato negli ordinamenti nazionali ai cittadini: pensiamo in

³¹ COM (2020) 711, pp. 9 e 12. Sul punto v. P. Regina, *Il "caso CPR" alla luce del diritto europeo* in www.adimblog.com, marzo 2024.

³² L'art. I-46 del Trattato che adotta(va) una Costituzione per l'Europa prevedeva il principio della democrazia rappresentativa (di cittadini e di Stati !!). L'art. I-47 del Trattato stesso (mai entrato in vigore) prevedeva invece il principio della democrazia partecipativa (che attraverso il Trattato di Lisbona trova ora applicazione sul punto dell'iniziativa dei cittadini europei agli artt. 10.4 TUE e 24.1 TFUE, o che sul punto della trasparenza dell'amministrazione trova applicazione con gli artt. 1 e 10 TUE; 15 TFUE; 41 CDFUE). Il problema è che i principi debbono trovare concreta applicazione: non si rinviene nel progetto di Trattato che adotta(va) una Costituzione qualcosa che facesse pensare a una posizione paritaria di questi due principi. La loro stessa enunciazione è fatta con parole che non possono metterli sullo stesso piano.

³³ V. *Meccanismo per lo Stato di diritto*, in https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/rule-law-mechanism_it.

³⁴ V. FRA (European Union Agency for Fundamental Rights), *Proteggere lo spazio civico nell'UE*, Vienna, 2021 (relazione completa in <https://fra.europa.eu/en/publication/2021/civic-space-challenges>). V. poi Commissione europea, *Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Uno spazio civico prospero per la difesa dei diritti fondamentali nell'UE*. Relazione annuale 2022 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, 6 dicembre 2022, COM (2022) 716 final. *Adde*, a prender atto anche delle necessità di cooperazione fra amministrazione dell'Unione e amministrazioni degli Stati membri, M.P. Chiti, A. Natalini (a cura di), *Lo Spazio amministrativo europeo*, il Mulino, Bologna, 2012; sull'amministrazione pubblica italiana ed europea tramite reti v. R. Cavallo Perin, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in R. Cavallo Perin, A. Police, F. Saitta (a cura di), *L'organizzazione della pubblica amministrazione tra Stato nazionale e integrazione europea*, Firenze University Press, Firenze, 2016, 6-7.

particolare al *EU Citizenship Report 2020*³⁵, nel quale si mette l'accento sull'esigenza di «*empowering citizens' participation in the democratic process*», incoraggiando il **coinvolgimento dei cittadini in ogni fase del processo decisionale entro gli Stati membri**, come leva importante di **legittimazione delle istituzioni pubbliche**. Ma pensiamo anche alle occasioni nella quali l'Unione ha sostenuto la necessità della creazione di un contesto favorevole alle **organizzazioni della società civile** per la promozione e la salvaguardia dei diritti dei cittadini europei, nella convinzione che ciò contribuisca alla protezione e promozione dei valori dell'Unione e al rispetto dello Stato di diritto, nonché alla costruzione di un'Unione più democratica, al buon governo e al dialogo democratico³⁶.

Non è un caso che, infine, la Commissione europea abbia adottato una raccomandazione³⁷ di portata generale - dunque non limitata alle sole occasioni di erogazione di risorse finanziarie europee - nella quale, richiamando l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, esorta gli Stati all'esigenza di promuovere il coinvolgimento dei cittadini e delle organizzazioni esponenziali di essi nell'elaborazione delle politiche pubbliche al fine di «contribuire a rafforzare la resilienza democratica dell'Unione» sollecitandoli a «offrire (...) maggiori opportunità di partecipazione effettiva» ai processi di elaborazioni delle politiche pubbliche condotti dalle autorità pubbliche a livello locale, regionale e nazionale³⁸ all'insegna del rispetto dei principi di trasparenza³⁹ e di inclusività⁴⁰. Peccato che questa raccomandazione si rivolga solo agli Stati membri e non anche all'Unione⁴¹, dal momento che sempre di più le politiche pubbliche hanno origine in atti dell'Unione e il modello di società europea resiliente risalga al *Green Deal* europeo e sia indirizzato dal dispositivo per la ripresa e la resilienza⁴² che si propone di indirizzare gli Stati membri dell'Unione verso quel modello, tramite l'attuazione dei rispettivi Piani nazionali di ripresa e resilienza⁴³.

³⁵ COM (2009) 790 final, p. 16.

³⁶ V. il *Programma cittadini, uguaglianza, diritti e valori (2021- 2027)* istituito con regolamento (UE) 2021/692; v. anche COM (2020) 790, pp. 9-10.

³⁷ Raccomandazione (UE) 2023/2836 del 12 dicembre 2023 *sulla promozione del coinvolgimento e della partecipazione effettiva dei cittadini e delle organizzazioni della società civile ai processi di elaborazione delle politiche pubbliche*, in *GUUE*, Serie L, 20 dicembre 2023.

³⁸ Punto 1 doc. ult. cit.

³⁹ Punto 6 doc. ult. cit.

⁴⁰ Punto 7 doc. ult. cit.

⁴¹ Cpv. n. 27 del preambolo doc. ult. cit. La base giuridica evocata dalla raccomandazione è infatti l'art. 292 TFUE.

⁴² V. *supra*, il testo all'altezza dell'esponente di nota 28.

⁴³ Sul punto sia permesso rinviare a N. Parisi, *NextGenerationEU: oltre il PNRR verso una politica macro-economica europea di stampo federale?*, in D.G. Rinoldi e A. Scialdone (a cura di), *PNRR. Promesse da*

Come ha risposto l'ordinamento italiano alla disciplina dell'Unione? E' noto che i cittadini possono già ora utilizzare strumenti di democrazia partecipativa sia per essere informati, sia per valutare l'agire della Pubblica Amministrazione⁴⁴. Tuttavia, al di là di quanto le norme proclamano, specificamente in ordine all'esecuzione del PNRR la partecipazione della società civile in Italia è al momento a nostro parere assai scarsa e priva di effettività ed efficacia. Il contributo del Terzo Settore viene per esempio sì richiamato all'interno del PNRR riguardo a progetti che hanno finalità solidaristiche e di utilità sociale, quali sono i patti educativi di comunità, ovvero a iniziative nel settore della rigenerazione urbana. Ma nella prassi applicativa il modello cooperativo fra società civile e pubblica amministrazione stenta a decollare. Ciò avviene nonostante il Codice del Terzo Settore sia stato accompagnato dall'approvazione di molti dei decreti che ne consentono l'operatività: sono state dunque poste le premesse perché – superata l'emergenza pandemica – si possa verificare un più massiccio coinvolgimento degli enti esponenziali della società civile nel conseguimento di finalità pubblicistiche.

Questo processo normativo è stato accompagnato da importante giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale - al fine di armonizzare i principi fondativi (tanto italiani che europei) della concorrenza e, insieme, della solidarietà - si è espressa a partire dal principio di sussidiarietà orizzontale fatto proprio nell'art. 118.4 della Costituzione. Secondo la Corte questa disposizione esplicita «le implicazioni di sistema derivanti dal riconoscimento della “profonda socialità” che connota la persona umana (...) e della sua possibilità di realizzare una “azione positiva e responsabile” (...). Nella suddetta disposizione costituzionale, valorizzando l'originaria socialità dell'uomo (...), si è quindi voluto superare l'idea per cui solo l'azione del sistema pubblico è intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale e si è riconosciuto che tali attività ben possono, invece, essere perseguite anche da una “autonoma iniziativa dei cittadini” che, in linea di continuità con quelle espressioni della società solidale, risulta ancora oggi fortemente radicata nel tessuto comunitario del nostro Paese»⁴⁵.

mantenere e miglia da percorrere. Integrità delle politiche pubbliche e prospettive italo-europee di democrazia partecipativa, Exitoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 13 ss., spcific. pp. 28-30.

⁴⁴ Codice della trasparenza adottato con d. lgs. 33/2013 come anche modificato con d. lgs. 97/2016. Su di esso ci si limita a richiamare G. Gardini e M. Magri (a cura di), *Il FOIA italiano: vincitori e vinti*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2019.

⁴⁵ Sentenza n. 131/2020, par. 2.

Queste premesse d'ordine costituzionale hanno consentito alla Corte - andando in controtendenza rispetto al Consiglio di Stato⁴⁶ ma in sintonia con la Corte di giustizia dell'Unione europea⁴⁷ - di valorizzare il rapporto tra amministrazioni pubbliche territoriali ed enti esponenziali della società civile tramite l'utilizzo degli strumenti di democrazia partecipativa, con un ragionamento che oltrepassa i limitati confini del Terzo Settore. A noi interessa infatti sottolineare la portata del pensiero della Corte costituzionale circa l'estensione del principio di solidarietà espresso dalla Carta fondamentale⁴⁸: principio che rappresenta «la chiave di volta di un nuovo rapporto collaborativo con i soggetti pubblici (...) per la realizzazione dell'interesse generale»⁴⁹.

Peraltro, anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea assume la solidarietà come uno dei principi fondanti dell'Unione: ne tratta nel Preambolo⁵⁰ e vi dedica un intero Capitolo (il IV)⁵¹, nonché disposizioni sparse in altri⁵². Il fatto che la solidarietà sia valutata come principio fondante dell'integrazione europea implica inoltre che tutti gli altri diritti devono essere declinati anche nella considerazione di essa⁵³.

L'approccio della Corte costituzionale aggiunge un altro dato: oltre a valorizzare la scelta responsabile dei cittadini pone anche a carico degli enti pubblici l'obbligo di garantire il coinvolgimento attivo della società civile⁵⁴.

4. La governance del PNRR italiano. Allora, proprio pensando al Piano nazionale (italiano) di ripresa e resilienza⁵⁵, ci si aspetterebbe di trovare nella sua *governance* un assetto che tenga conto della quarta elica e, invece, la partecipazione

⁴⁶ Parere del Consiglio di Stato (Commissione speciale) n. 2052 del 2018, sul quale in termini critici v. A. Albanese, *I servizi sociali nel Codice del Terzo settore e nel Codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarità*, in *Munus*, 2019, n. 1, p. 145.

⁴⁷ Sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea dell'11 dicembre 2014 in causa C-113/13, *Spezzino*, e del 28 gennaio 2016, in causa C-50/14, *Casta*.

⁴⁸ Già v. sentenza della Corte costituzionale n. 75/1992 secondo la quale le organizzazioni di volontariato rappresentano un «modello fondamentale dell'azione positiva e responsabile dell'individuo che effettua spontaneamente e gratuitamente prestazioni personali a favore di altri individui ovvero di interessi collettivi degni di tutela da parte della comunità»; egli «rappresenta l'espressione più immediata della primigenia vocazione sociale dell'uomo, derivante dall'originaria identificazione del singolo con le formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità e dal conseguente vincolo di appartenenza attiva che lega l'individuo alla comunità degli uomini».

⁴⁹ Sentenza della Corte costituzionale n. 131/2020, par. 2.

⁵⁰ Secondo e terzo considerando.

⁵¹ Artt. 27-38.

⁵² Esemplificativamente art. 14 e art. 23.

⁵³ Così A.J. Menéndez, *La linfa della pace: i diritti di solidarietà nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, in *Diritto e questioni pubbliche on-line*, 2004, n. 4

⁵⁴ G.P. Barbeta, *Il settore non profit italiano: solidarietà, democrazia e crescita economica negli ultimi vent'anni*, in S. Zamagni (a cura di), *Libro bianco sul Terzo settore*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 209 ss.

⁵⁵ V. M. Cozzio (a cura di), *Conoscere il PNRR*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2022.

della società civile è – come anticipato – al momento assai scarsa e priva di effettività ed efficacia.

È vero che con il primo decreto legge sulla **governance del PNRR italiano**, n. 77/2021, era stato istituito un “tavolo di partenariato” dotato di competenze consultive, ma la sua composizione era talmente vasta da risultare pletorica⁵⁶. Esso si è riunito non poche volte, ma non è rimasta traccia dei documenti che sono stati elaborati nel quadro della sua attività. Peraltro, il Governo presieduto da Giorgia Meloni ha rivoluzionato **in senso centralistico** la *governance* del PNRR italiano col decreto legge n. 13 del 2023, convertito in legge n. 41 dello stesso anno: il “tavolo di partenariato” è stato cancellato a favore di un dialogo bilaterale con i singoli portatori di interesse a supporto dei lavori della nuova “Cabina di regia”⁵⁷.

Dovevano essere costituiti tavoli di settore e territoriali fra le amministrazioni pubbliche titolari di interventi finanziati dal PNRR e le parti sociali per la valutazione dell’esecuzione dei progetti e la valutazione d’impatto di essi⁵⁸, mentre a disciplinarli è stato adottato un Protocollo nel mese di dicembre 2021, quando l’esecuzione del PNRR era iniziata ormai da più un semestre.

Non è dunque un caso se la Commissione europea, nell’ambito del sopra accennato «meccanismo per lo Stato di diritto», ha valutato che nell’ordinamento italiano «le consultazioni dei portatori di interesse (...) devono diventare più sistematiche. (...) La partecipazione dei cittadini e dei portatori d’interesse non è stata ancora pienamente integrata nei processi decisionali»⁵⁹. Ed è sempre la Commissione a sostenere che **«non sono ancora state predisposte procedure standardizzate per le analisi dei portatori di interessi»**⁶⁰.

Non si può, allora, mancare di rilevare quanto distante sia questo assetto dalla convinzione espressa dall’allora Presidente del Consiglio Mario Draghi, all’atto della presentazione del programma di Governo in Senato il 17 febbraio 2021: proprio parlando del PNRR italiano egli disse che «Nei momenti più difficili della nostra storia l’espressione più alta e nobile della politica si è tradotta in scelte coraggiose, in visioni

⁵⁶ Art. 3 legge n. 108/2021.

⁵⁷ Sulla nuova *governance* del PNRR si veda G. Menegus, *La riforma della governance del PNRR*, in *AIC-Osservatorio costituzionale*, 6 giugno 2023.

⁵⁸ Art. 8.5**bis** legge ult. cit.

⁵⁹ *Rapporto sullo Stato di diritto – 2020*, SWD (2020) 311, ult. pag.

⁶⁰ *Rapporto sullo Stato di diritto – 2021*, SWD (2021) 716, p. 18.

che fino a un attimo prima sembravano impossibili. Perché prima di ogni nostra appartenenza viene **il dovere di cittadinanza**»⁶¹.

Vale la pena ricordare che questo discorso è stato preceduto dalla affermazione del vice Presidente della Corte costituzionale del tempo, Giuliano Amato, secondo cui «Nel volontariato (...) ci sono milioni di persone che si occupano quotidianamente dell'interesse collettivo»⁶².

L'allora Ministro Giovannini si era espresso già l'11 marzo 2021 su quanto fosse «Fondamentale il punto di vista della società civile per finalizzare il Piano nazionale di ripresa e resilienza»⁶³.

E sono tanti che reputano che un maggiore e migliore coinvolgimento della società civile sia «uno dei frutti della responsabilità degli italiani e della straordinaria ricchezza delle comunità. Non va delusa e dispersa»⁶⁴.

Del resto **opporci al «declino delle istituzioni (...) è battaglia quotidiana dei cittadini**»⁶⁵. O, almeno, così si spera che sia.

La cittadinanza di cui parlava il Presidente Draghi non è solo quella italiana, ma anche quella europea, che ci richiama a responsabilità e doveri ben chiariti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dove si ricorda nel preambolo che «il godimento di questi diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle future generazioni». Espressione, quest'ultima, che ci riporta al titolo che l'Unione ha voluto dare alla propria manovra finanziaria miliardaria: appunto **NextGenerationEU**.

5. Il rischio di dispersione delle risorse finanziarie del PNRR: incapacità di spesa, corruzione, infiltrazione criminale. In poche settimane, al tempo dell'anno di

⁶¹ Il riferimento ai doveri, alla responsabilità, è "mazziniano": v. G. Mazzini, *Dei doveri dell'uomo*, 1841 (ma poi pubblicato fra l'altro da Rizzoli, Milano, 2010).

⁶² *Volontari, la politica chiama*, in *7-Corriere della Sera*, 29 gennaio 2021, p. 39.

⁶³ V. il sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, che in riferimento alla data suddetta pubblica l'affermazione comunicando che il «MIMS apre il confronto sul PNRR con la società civile, le associazioni imprenditoriali e le organizzazioni sindacali».

⁶⁴ Così F. De Bortoli, *La (buona) rete sociale e i preziosi custodi del bello*, in *Corriere della Sera*, 25 luglio 2021, pp. 1 e 32. E del resto lo stesso allora Ministro della Pubblica Amministrazione, Renato Brunetta, sottolineava che «Adesso siamo all'ultimo miglio, quello della messa a terra dei progetti e dell'appropriazione collettiva del PNRR, che devono andare di pari passo. L'enorme dispiegamento di energie, di risorse e di interventi dai palazzi deve arrivare nelle case di ogni cittadino, nelle sedi di ogni impresa, nelle aule di ogni università» (*La nuova PA apre le porte ai giovani*, in <https://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/ministro/02-08-2021/la-nuova-pa-apre-le-porte-ai-giovani>, 1 agosto 2021; G. Trovati, *Pa, carriere più premianti per il Recovery*, in *Il Sole 24 Ore*, 1 agosto 2021, p. 3).

⁶⁵ R. Formica, *I partiti difendono le ragioni che fin qui li hanno fatti fallire*, in *Domani*, 20 febbraio 2021, p. 5.

grazia 2024, si accumulano gli allarmi circa l'attuazione del Piano italiano di Ripresa e Resilienza. In particolare, il *Financial Times* ammonisce sul rischio dell'Italia di «sprecare la sua liquidità inaspettata», del resto conformemente al fatto che il nostro Paese «ha costantemente speso poco e non è riuscito a fare buon uso dei fondi UE»⁶⁶.

Nuovamente, e persino ritualmente, emerge così l'allarme sui rischi di dispersione delle risorse finanziarie del Piano. Ciò non soltanto per l'inesperienza al riguardo del livello di amministrazione locale assai coinvolto nell'attuazione dei progetti di investimento ivi contenuti, ma pure a motivo del pericolo di **infiltrazioni criminali** tramite **condotte anche corruttive**. Una grande parte del Piano nazionale consiste in progetti di investimento: le risorse pubbliche (euro-nazionali) che li sostengono sono molto attrattive per chi intenda infiltrare l'economia legale a fini privati illeciti⁶⁷.

Certo quello dell'infiltrazione criminale (ivi compresa la **corruzione**) è aspetto che non riguarda unicamente l'assetto del nostro Paese e che deve essere attentamente presidiato alla luce del criterio dell'efficacia di tutti i PNRR nazionali. Lo dimostra l'attenzione che l'Unione europea pone alla questione. Il regolamento UE 2021/241 richiede che le modalità proposte dallo Stato membro nel proprio PNRR siano tali da prevenire, individuare e contrastare (anche, ma non solo, sul piano penale) la corruzione, la frode e i conflitti di interesse nell'utilizzo dei fondi, comprendendovi le modalità volte a evitare la duplicazione dei finanziamenti da parte del dispositivo di ripresa e resilienza e di altri programmi dell'Unione⁶⁸. Questa previsione è sostenuta da un denso impianto normativo posto in generale a **protezione degli interessi finanziari (PIF) dell'Unione**, che si avvale altresì di strumenti operativi assai incisivi: fra questi spiccano la direttiva – appunto cosiddetta PIF – 2017/1371 e il regolamento 2017/1939 che istituisce l'Ufficio della Procura europea, atti adempiuti in Italia con decreti legislativi rispettivamente n.75/2020 e n. 9/2021. In Italia come all'estero vi è la consapevolezza - maturata dalla prassi rilevata nel corso degli anni di pandemia ma ben presente a chi anche in epoca precedente vigilava sul mercato dei contratti pubblici - che non sia possibile abbassare la guardia a fronte del rischio di infiltrazioni criminali (organizzate e

⁶⁶ *Italy risks wasting its cash windfall, in Financial Times, 5 September 2023, <https://www.ft.com/content/f86f72cb-b9ca-4d6f-9ab4-94b145053177>.*

⁶⁷ Il rischio di dispersione delle risorse finanziarie del PNRR italiano è stato segnalato da ultimo dall'Ufficio parlamentare di bilancio nella *Memoria del Presidente nell'ambito dell'esame dell'atto n. 182 "Affare assegnato concernente la Relazione sullo stato di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)" aggiornata al 31 maggio 2023*, 5 dicembre 2023; e dalla Corte dei Conti, *Relazione della Procura generale per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2024*, Roma, 13 febbraio 2024, capitolo V, p. 109 ss.

⁶⁸ Art. 22.

non) nell'uso dell'ingentissimo ammontare di risorse finanziarie impegnate a fronteggiare e superare i danni economici e sociali determinati dalla pandemia⁶⁹.

Eppure il complesso apparato di *governance* messo in campo dai tanti provvedimenti resisi necessari a partire dal 13 luglio 2021 - data di approvazione da parte del Consiglio ECOFIN del nostro PNRR - sembra ignorare i rischi di **contaminazione dell'economia legale** a seguito di condotte corruttive, dedicandosi più alla semplificazione delle procedure per rendere rapida la "messa a terra" dei progetti di investimento che al rafforzamento di **meccanismi di prevenzione** di quelle condotte, ivi comprese le modalità di **controllo diffuso da parte dei cittadini** sull'agire della pubblica amministrazione⁷⁰.

È vero che nel Piano italiano la parola «corruzione» appare 17 volte. La si trova quando vi si menzionano le raccomandazioni dell'Unione europea nel corso delle proprie sessioni 2019 e 2020 di valutazione economica e finanziaria nonché del rispetto dello Stato di diritto nei Paesi membri. All'Italia vi si chiede di «migliorare l'efficacia della lotta contro la corruzione riformando le norme procedurali al fine di ridurre la durata dei processi penali». La si ritrova quando il Piano «vanta...una legislazione anticorruzione...[con] elementi di forza riconosciuti da osservatori internazionali». Si ripete quando il Piano prevede l'istituzione presso il Ministero dell'economia e delle finanze di «un apposito Organismo di *audit* del PNRR indipendente e responsabile del sistema di controllo interno, per proteggere gli interessi finanziari dell'Unione e più specificamente per prevenire, identificare, segnalare e correggere casi di frode, corruzione o conflitto di interesse».

Ma, nonostante la ricorrenza della parola corruzione, il nostro PNRR ha da questa prospettiva contenuti sorprendenti. Sorprendono infatti le sue affermazioni generiche, vaghe e in controtendenza con quanto le valutazioni internazionali (pur apprezzate dallo stesso PNRR!) accreditano come un efficace antidoto alla cattiva amministrazione e alle condotte illegali: pensiamo al GRECO (*Group d'États contre la Corruption*) del Consiglio d'Europa, all'OCSE, alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione e complessivamente alla stessa UE. Affermazioni generiche e vaghe perché non seguite dalla previsione di stringenti interventi destinati alla prevenzione.

⁶⁹ Si richiama esemplificativamente il solo Rapporto di Libera, *La tempesta perfetta - Le mani della criminalità organizzata sulla pandemia*, del 30 novembre 2020.

⁷⁰ Il Ministro Giovannini – nel prevedere una rimodulazione delle risorse assegnate all'Italia sulla base del *NextGenerationEU* – sostiene che nell'occasione la società civile dovrà essere maggiormente coinvolta rispetto al passato: v. G. Santilli, in *IlSole24Ore*, 26 gennaio 2022. Sulla questione si veda N. Parisi, *Il Pnrr? Non democratico e poco trasparente*, in *MicroMega+*, 3 dicembre 2021.

Sorprende il fatto che il nostro PNRR si occupi della corruzione soltanto da una prospettiva: quella di intervenire a contrastarla mediante una riforma - cosiddetta abilitante - intitolata «Abrogazione e revisione di norme che alimentano la corruzione», la quale fa riferimento esclusivamente al complesso normativo riconducibile alla prima legge organica di prevenzione della corruzione tramite la riorganizzazione della pubblica amministrazione: la legge n. 190/2012 (“legge Severino”), i cui contenuti e strumenti sono considerati come lacci e laccioli posti all’agire della Pubblica Amministrazione. Pare a chi scrive che sottesa a questo approccio si intraveda l’impostazione concettuale che da parte di non pochi settori della società italiana ha accompagnato costantemente il dipanarsi dell’attività di prevenzione della corruzione dal 2012: impostazione secondo cui le misure di prevenzione della corruzione rappresentano un appesantimento burocratico da buttare. Insomma, la legge 190/2012 - pane quotidiano dell’attività degli uffici della Pubblica Amministrazione preposti alla prevenzione della corruzione - sarebbe criminogena. Certo, a ormai ben oltre i dieci anni dalla propria entrata in vigore essa ha bisogno di un “tagliando” di manutenzione; certo la disciplina da essa scaturita per esempio su incompatibilità e inconfiribilità (ivi compreso il *pantouflage*⁷¹) presenta difficoltà interpretative e, conseguentemente, applicative, oltre a contraddizioni che devono essere risolte. Ma da qui a sostenere che tale disciplina è essa stessa fonte di corruzione ... il passo è veramente troppo lungo.

Non sembra se ne intenda invece valorizzare l’applicazione sostanziale e professionale, non ridotta a mero adempimento formale, che sola contribuirebbe efficacemente a una (tanto auspicata) migliore organizzazione nell’esercizio della funzione pubblica e dunque, in definitiva, alla sua efficienza ed efficacia.

Anche i provvedimenti adottati ai fini dell’attuazione del PNRR sino ad oggi sembrano ignorare il tema del contrasto alla corruzione. Si consideri paradigmaticamente la legge n. 233/2021, che avrebbe potuto rappresentare un contenitore utile per misure di contrasto alla corruzione. Essa è preordinata alla «prevenzione delle [sole] **infiltrazioni mafiose**» nell’attuazione del PNRR. Mette al centro infatti - oltre a un meccanismo di «prevenzione collaborativa»⁷² - il rafforzamento del sistema delle interdittive antimafia, affrontando il tema (ciò che è pregevole) anzitutto dalla prospettiva dell’aumento delle garanzie del contraddittorio nel procedimento di loro rilascio - rafforzamento necessario alla luce dei principi di derivazione europea in

⁷¹ Si veda G. Gargiulo, *Il divieto di pantouflage, quale presidio dell'imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Il diritto Amministrativo* (<https://ildirittoamministrativo.it/home>, gennaio 2022).

⁷² Art. 49.

materia - e intervenendo con alcuni correttivi procedurali. Sono certo noti gli **intrecci fra ambiente mafioso e corruzione**; quanta sinergia vi sia fra criminalità mafiosa e criminalità dei «colletti bianchi»⁷³, come le pratiche corruttive «prendano vita in uno spazio relazionale d'illegalità definibile come "area grigia"»⁷⁴, che vede l'operare di reti sociali criminali, organizzate e occulte, capaci di connettere corrotti e corruttori, faccendieri e imprenditori, complici e conniventi, mafiosi e garanti⁷⁵. In tutto quanto appena riportato si apprezza molto bene quanto siano mutate le modalità organizzative della corruzione politica nel trentennio che separa i nostri giorni dall'evento denominato «Tangentopoli», rivelatore del funzionamento di un collaudato «cartello di circa duecento imprese che si spartivano gli appalti e che pagavano praticamente chiunque all'interno dell'ente, oltre ai principali partiti»⁷⁶.

Come emerge dai risultati di una notevole indagine sulla «questione della corruzione politica»⁷⁷ - confermati da altri scritti⁷⁸ - «la corruzione continua a essere solidamente strutturata», permane inalterato il suo carattere seriale e diffusivo⁷⁹, è sempre organizzata a partire dal «triangolo di ferro» politica/burocrazia/interessi economici⁸⁰, ma vede mutare il ruolo, il «peso» degli attori coinvolti. Allora - al tempo di «Tangentopoli» - la centralità era determinata dai partiti (soprattutto dalle loro correnti interne⁸¹), che avevano costruito un meccanismo istituzionalizzato di corruzione, un sistema di scambi occulti che «aveva acquisito una dimensione "quasi solida", stabile ben strutturata. (...). Pochi, duraturi e ben identificati centri di potere incassavano un dazio in percentuale sul valore della spesa pubblica amministrata e, in cambio, garantivano l'accesso esclusivo a rodati meccanismi di saccheggio di capitali pubblici e beni comuni a una schiera di "imprenditori" a caccia di protezione»⁸². Corruzione allora organizzata a livello centrale, insomma, divenuta oggi - dopo trent'anni - corruzione

⁷³ *Relazione sullo stato di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, 23 dicembre 2021: www.italiadamani.it.

⁷³ Art. 49.

⁷³ P. Davigo, *Il sistema della corruzione*, Laterza, Bari-Roma, 2017, pp. 41-42.

⁷⁴ L. Bancaccio, V. Mete, A. Scaglione, *Gli attori e i reticoli della corruzione*, in R. Sciarrone (a cura di), *Politica e corruzione. Partiti e reti di affari da Tangentopoli a oggi*, Donzelli, Roma, 2017, p. 174.

⁷⁵ L. Ferrante, A. Vannucci, *Anticorruzione pop*, Ed. Gruppo Abele, Torino, 2017, pp. 115-116.

⁷⁶ P. Davigo, *Il sistema*, cit., p. IX.

⁷⁷ R. Sciarrone (a cura di), *Politica e corruzione*, cit.

⁷⁸ Da ultimo D. della Porta, A. Vannucci, *La corruzione come sistema. Meccanismi, dinamiche, attori*, Il Mulino, Bologna, 2021.

⁷⁹ P. Davigo, *Il sistema*, cit., p. IX.

⁸⁰ L. Bancaccio, V. Mete, A. Scaglione, *Gli attori*, cit., p. 170.

⁸¹ P. Davigo, *Il sistema*, cit., p. 14.

⁸² L. Ferrante, A. Vannucci, *Anticorruzione pop*, cit., p. 112; D. della Porta, A. Vannucci, *La corruzione come sistema*, cit., pp. 49-50.

reticolare⁸³, policentrica, frammentata, in relazione alla quale «la politica da “motore” della corruzione si trasforma (...) in “strumento”, mettendosi al servizio di reticoli corruttivi stabili ed eterogenei»⁸⁴. Ai pochi, strutturati, centri di potere politico-partitico si è sostituita una pluralità di centri di potere economico, politico, burocratico, professionale e criminale⁸⁵, in ciò favoriti dal progressivo rafforzarsi delle competenze regolatorie e amministrative assegnate alle autonomie e agli enti locali.

A loro protezione gioca un ruolo importante la criminalità organizzata⁸⁶. La vicenda denominata «Mafia Capitale» manifesta bene l'evoluzione descritta⁸⁷.

Le attuali modalità di organizzazione delle condotte corruttive presentano dunque **caratteristiche suscettibili di aumentare i rischi per un'efficace, efficiente e legale attuazione del PNRR italiano**, il quale tra l'altro prevede che molte delle sue risorse siano attribuite appunto ad enti attuatori rappresentati da Regioni e soprattutto Comuni.

C'è di che preoccuparsi veramente se, a proposito dell'attuazione del nostro PNRR, da una parte si considera la legge n. 190/2012 come criminogena e, dall'altra, ci si occupa soltanto delle infiltrazioni mafiose. È un approccio ben riduttivo a fronte dei danni e degli effetti negativi delle condotte di corruzione.

Ora, a fronte dei rischi di infiltrazione corruttiva nella pubblica amministrazione nell'attuazione del PNRR si dovrebbe poter far affidamento su istituzioni forti e integre, su “servitori dello Stato” (meglio, promotori del bene comune e delle virtù repubblicane) che svolgano le proprie funzioni «con disciplina ed onore»⁸⁸.

Da parte degli studiosi si rileva comunemente la carenza di cultura civica della nostra società, tanto in ambito pubblico quanto privato⁸⁹; una situazione di «familismo amorale»⁹⁰, quando sarebbe necessaria una coscienza civica forte, una coscienza morale resistente⁹¹. Carenza che si accompagna a una diffusa sfiducia nelle istituzioni, quest'ultima contemporaneamente causa ed effetto delle pratiche corruttive. Parallelamente non si può sottovalutare che sempre più spesso - dai contesti più diversi:

⁸³ Secondo la classificazione di D. della Porta, A. Vannucci, op. ult. cit., pp. 13, 36 ss. e 41.

⁸⁴ R. Sciarrone, *Una ricerca su corruzione e politica*, in R. Sciarrone (a cura di), *Politica e corruzione*, cit., pp. 15, 19; R. Cantone, F. Caringella, *La corruzione spuzza*, Mondadori, Milano, 2017, p. 54.

⁸⁵ D. della Porta, A. Vannucci, *La corruzione come sistema*, cit., p. 72; P. Davigo, *Il sistema*, cit., p. XIII.

⁸⁶ L. Brancaccio, V. Mete, A. Scaglione, *Gli attori*, cit., pp. 162, 170 e 177.

⁸⁷ A proposito di questo caso giudiziario si veda, fra i tanti, G. Amarelli, C. Visconti, *Da “mafia capitale” a “capitale corrotta”. La Cassazione derubrica i fatti da associazione mafiosa unica ad associazioni per delinquere plurime*, in *Sistema penale*, 18 giugno 2020 (on line).

⁸⁸ Art. 54 Cost.

⁸⁹ A. Pizzorno, *Introduzione*, in D. della Porta, *Lo scambio occulto. Casi di corruzione politica in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1992. V. anche *supra* testo in corrispondenza di esponente di nota 10.

⁹⁰ E. C. Banfield, *Le basi morali di una società arretrata*, Il Mulino, Bologna, 2010.

⁹¹ Le parole sono di C. Trigilia, *Prefazione*, in R. Sciarrone, *Politica e corruzione*, cit., p. XI.

studiosi, non pochi attori della vita economica e osservatori (nazionali e non) delle modalità che presidiano la strategia di contrasto della corruzione tramite la prevenzione – si sostiene che le procedure messe in campo al proposito rappresentano un elemento che contribuisce (se non addirittura determina) l'inefficienza del sistema della pubblica amministrazione e dell'attività di impresa a motivo dei costi, dei ritardi, dei vincoli che ne conseguono. Il ricordato approccio del PNRR ne è una manifestazione plastica. È probabile che il dato unificante del pensiero di costoro sia costituito dalla convinzione dell'inutilità, ovvero della inidoneità, delle norme a cambiare appunto la “cultura” di uno Stato e di una comunità.

Al contrario pervicacemente crediamo che la legge e dunque pure le procedure che essa mette in campo possano rivelarsi un potente mezzo per avviare un approccio appunto culturale diverso dal presente nei confronti della corruzione e dei comportamenti che la sostengono e la alimentano⁹²: un approccio in cui sia centrale la consapevolezza della gravità dei danni che comporta un livello di corruzione alto e pervasivo (del resto riscontrabile in tante aree del mondo), arrecando danni non solo economici ma soprattutto sociali e politici, in quanto suscettibile di contrastare il rapporto di reciproca fiducia fra cittadini e istituzioni di governo che deve fondare l'ordinamento costituzionale. Un approccio culturale, insomma, tramite il quale siano percepibili i costi della corruzione e vi sia la consapevolezza della portata socialmente riprovevole delle condotte implicate⁹³.

La legge (in modo promozionale, così come talvolta sono le norme⁹⁴) propone il controllo sociale diffuso da parte dei cittadini⁹⁵ per migliorare la qualità delle politiche pubbliche, per responsabilizzarli a fronte dell'agire della pubblica amministrazione, per renderli dunque cittadini consapevoli, in grado di amministrare la sovranità che essi detengono.

6. Responsabilità della società civile: LIBenter! Ribadiamo dunque la convinzione che occorra contribuire alla miglior realizzazione del PNRR italiano mettendo in campo uno sforzo congiunto: accanto ai compiti delle pubbliche

⁹² Sulla funzione promozionale del diritto v., ben più autorevolmente, N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria generale del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 1977.

⁹³ Sottolineano la carenza nella società italiana di questa impronta culturale G. De Vergottini e G. Spangher, in *Corruzione contro Costituzione*, n. 1-2/2012 di *Percorsi costituzionali*, rispettivamente pp. 2 e 44.

⁹⁴ V. *supra*, nota 92.

⁹⁵ Art. 1 d. lgs. 33/2013.

amministrazioni, sia italiana che dell'UE che degli altri Stati membri, bisogna che venga responsabilizzata/si responsabilizzi la società civile, rendendo anzitutto protagonista **il mondo dell'associazionismo privato a fianco delle pubbliche istituzioni**⁹⁶. D'altronde la gran parte dei progetti contenuti nel PNRR italiano è in fin dei conti destinata ai cittadini stessi, alle comunità territoriali in cui essi vivono, perseguendo effetti duraturi e capaci di determinare crescita economica, sviluppo sociale, stabilità anche per le **future generazioni**.

Proprio perché il PNRR li riguarda direttamente, i cittadini devono poter essere al corrente pressoché "in tempo reale", dunque essere immediatamente consapevoli di come sono utilizzate le risorse messe a disposizione dall'Unione europea. Essi devono poter anche partecipare, pure tramite **strumenti di monitoraggio**, alla valutazione dell'agire della Pubblica Amministrazione all'atto dell'esecuzione dei progetti contenuti nel PNRR. La trasparenza è uno strumento di democrazia.

L'efficacia del Piano dovrebbe inoltre esser valutata dai destinatari delle azioni contenute in esso, dai cittadini individualmente ovvero dalle associazioni esponenziali entro le quali essi si organizzano. Questi dovrebbero poter contribuire all'esecuzione del PNRR tramite gli strumenti che lo Stato di diritto riconosce come funzionali all'esercizio della vita democratica di un Paese. Non è un caso che tanti autorevolmente si siano pronunciati a favore di un coinvolgimento attivo di essi.

Come bene è stato argomentato⁹⁷, gli strumenti di democrazia partecipativa sono funzionali a rafforzare il principio fiduciario sul quale trova fondamento la democrazia rappresentativa, nella misura in cui essi contribuiscono a rafforzare l'integrità dell'agire pubblico consentendo l'esercizio di una vigilanza su quest'ultimo.

Fra gli enti espressione della società civile che dal 2021 si stanno occupando del PNRR italiano da tante diverse e complementari prospettive credo che un'attenzione particolare debba essere dedicata a **LIBenter, associazione temporanea di scopo (ATS)**⁹⁸ fondata da *Università Cattolica del Sacro Cuore (UCSC), Libera. Associazioni, nomi e numeri contro le mafie* (d'ora in poi indicata solo come *Libera*) e *Fondazione*

⁹⁶ Al proposito v. A. Scialdone, N. Parisi, *Per un monitoraggio civico del PNRR. Una nota su trasparenza e spazi della società civile*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, n. 2/2022, p. 331 ss. Sulla governance del PNRR v. pure E. Bruti Liberati, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Diritto pubblico*, 2/2021, parr. 4 e 5.

1. ⁹⁷ J. Kaene, *Power and Humility: The Future of Monitory Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, pp. 14-16 e 103 ss.

⁹⁸ LIBenter è frutto del PRIN "PolitiCAnti 2017-2024" (coordinato sul piano nazionale dal Prof. A. Vannucci), in particolare del lavoro dell'unità locale dell'Università Cattolica S.C. diretta dal Prof. D.G. Rinoldi. Il sito è: www.libenteritalia.eu.

Etica, nonché sostenuta dal Consiglio Nazionale dell'Economia e del lavoro (CNEL). LIBenter è un'ATS, ma è anche una rete, che si avvantaggia delle competenze e specificità di singoli *partners*, appartenenti tanto al mondo universitario e della ricerca, quanto al tessuto imprenditoriale, quanto ancora all'ambiente civico, ciascuno di essi arricchendo l'Associazione non con risorse finanziarie ma "in natura" (apportando "capitale umano") e contribuendo alla sua attività⁹⁹.

L'idea di fondare LIBenter nasce dalla lettura della prima bozza del Piano nazionale di ripresa e resilienza pubblicata nel dicembre 2020, rinforzandosi alla luce del documento trasmesso dal nostro Paese all'Unione europea il 30 aprile 2021, approvato prima dal Parlamento europeo poi dal Consiglio in sessione ECOFIN (Economia e Finanze) e dunque divenuto PNRR italiano appunto a partire dal 13 luglio di quell'anno. Di fronte alla previsione di un investimento a favore dell'Italia di circa 235 miliardi di euro (compreso il fondo complementare di 30,6 miliardi a valere sul bilancio nostrano), è evidente come l'impresa di contribuire alla ripartenza nazionale richieda uno sforzo congiunto di tutte le forze che in Italia operano, istituzionali e associative, appartenenti a ciascuna delle quattro eliche di cui si diceva prima, ognuna secondo il proprio ruolo e le proprie responsabilità. Anche i cittadini devono poter contribuire a tale sforzo, sia a titolo individuale sia riuniti nelle associazioni esponenziali di cui facciano parte oppure con la propria attività d'impresa.

LIBenter ha un obiettivo principale, semplice e ambizioso al tempo stesso: rendere monitorabili – anche in corso d'opera - e valutabili le principali misure previste nel PNRR, al fine di vigilare sull'impiego delle risorse europee e nazionali finalizzate alla ripresa italiana, dotando i cittadini di **strumenti conoscitivi** per la realizzazione di quel "controllo diffuso" che la stessa normativa di trasparenza del 2013 assegna loro¹⁰⁰. In tal modo i cittadini possono contribuire alla miglior esecuzione dei progetti di investimento e delle riforme contenuti nel PNRR, attivandosi in azioni di **monitoraggio civico**. Ciò si vuole fare non con un approccio di contrapposizione, ma piuttosto **nella prospettiva inclusiva di affiancare e appoggiare la Pubblica Amministrazione**

⁹⁹ Al 31 marzo 2023 i partners sono (in ordine alfabetico): Amapola, Agricoltori Solidarietà e Sviluppo (ASeS), Associazione Analisti Ambientali (AAA), Cittadini Reattivi, Comunicazione Pubblica, Gran Sasso Science Institute (GSSI), Istituto Superiore di Formazione e Ricerca per i Trasporti (Isfort S.p.A.), Italian Society of Science, Technology and Engineering of Architecture (ISTeA), Istituto Nazionale per l'Analisi delle Politiche Pubbliche (INAPP), Monithon, Movimento Europeo Italia, Openpolis, Osservatorio Civico PNRR, Osservatorio per la Comunicazione e l'Informazione nella Pubblica Amministrazione in Italia ed in Europa (OCIPA), Re-act, Rinascimento Green, Stati Generali delle Donne, Università degli studi di Torino, WeStart.

¹⁰⁰ Art. 1 d. lgs. n. 33/2013.

italiana nell'impresa di attuare al meglio il PNRR. Conseguentemente l'Associazione si propone di tenere informato il cittadino che voglia consapevolmente essere tale. Per questo motivo, LIBenter è anzitutto uno strumento conoscitivo: sul sito [web www.libenteritalia.eu](http://www.libenteritalia.eu) vengono condivisi notizie e approfondimenti relativi all'esecuzione del PNRR e sono inoltre attivi due osservatori, l'Osservatorio civico PNRR e l'Osservatorio *news* PNRR.

Insomma, si auspica che tramite LIBenter si possa in qualche modo contribuire a contrastare sprechi di risorse che potrebbero rivelarsi esiziali per un Paese che sta facendo gravare sulle future generazioni un debito pubblico in termini assoluti già da record (2.849 miliardi al 14 marzo 2024) e che in termini percentuali, rispetto al PIL, stava nell'immediato passato pericolosamente avviandosi a raggiungere il record storico (160%) conseguito dall'Italia nel 1920 (data che da sola dovrebbe gravemente preoccupare).

7. I tre strumenti di LIBenter. Per raggiungere quest'obiettivo LIBenter prevede tre strumenti destinati a svilupparsi lungo tutto l'arco temporale del PNRR, ma con possibili estensioni nel periodo immediatamente successivo.

Il primo si situa in ambito scientifico: si traduce prevalentemente nella **produzione di un modello di monitoraggio dei progetti e delle riforme**, prima, e nella **valutazione dei risultati**, poi, dunque dopo la formale chiusura dell'attuazione del Piano. Il sistema di monitoraggio e di valutazione è frutto dell'impegno scientifico di un gruppo di lavoro misto: un'*equipe* di ricerca, costituita entro il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università Cattolica del Sacro Cuore composta anche da componenti del Dipartimento di Economia e Finanza e del Dipartimento di Sociologia della stessa Università, nonché da studiosi dell'Università degli Studi di Torino; *equipe* alla quale partecipano anche referenti della società civile, a partire da Libera e Fondazione Etica. Il gruppo di lavoro è aperto anche agli enti che hanno aderito o che aderiranno a LIBenter. A questa *equipe* spetta il compito di assicurare non solo basi scientifiche al modello di monitoraggio, ma anche l'omogeneità della sua applicazione, e la produzione di risultati affidabili, misurabili e comparabili. A sua volta, ciò consentirà la valutazione finale dei risultati del monitoraggio stesso e, di conseguenza, dell'attuazione del PNRR.

L'attività scientifica è organizzata in tre fasi. La prima fase (che si è esaurita) è consistita nella costruzione del modello di monitoraggio sulla base delle "linee guida", pubblicate nel 2021, le quali spiegano secondo quali modalità riforme e investimenti

devono essere realizzati per essere in linea con i parametri dell'Unione europea. La seconda fase attiene alla produzione, alla diffusione e all'utilizzo del *set* (gruppo) di indicatori di monitoraggio: la "Griglia" contiene una serie di indicatori che l'Associazione mette a disposizione dei cittadini come strumento per un attento monitoraggio di tutte le fasi di realizzazione dei progetti di investimento del PNRR, corredati da un Manuale per il loro utilizzo. Per agevolare l'utilizzo di tale *set* di indicatori di monitoraggio da parte dei cittadini, LIBenter ha svolto e continua a svolgere sessioni di formazione specifica, oltre ad aver predisposto una Piattaforma digitale, la quale rappresenta anzitutto l'ambiente di lavoro dei "monitoranti" e in cui è possibile tenere traccia delle attività svolte nei vari territori. Tale piattaforma consentirà, inoltre, l'estrazione e l'elaborazione dei dati raccolti, che sono oggetto dell'attività della terza fase, la quale vedrà il passaggio dal monitoraggio alla valutazione: i risultati dell'azione monitorante delle comunità e degli esperti sono destinati, infatti, a tornare al Gruppo di lavoro dell'Università Cattolica per essere ordinati, elaborati, misurati, comparati. Il prodotto finale sarà un *Report* di valutazione dell'impatto degli investimenti attivati grazie al PNRR in Italia, che LIBenter sarà in grado di estrarre dalla piattaforma digitale.

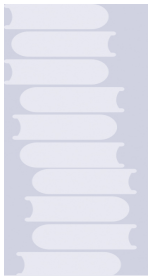
Il secondo strumento si situa entro il contesto civico: consiste nell'**utilizzo concreto del modello di monitoraggio da parte dei cittadini**, sulla base anche di un'attività di loro *engagement* (impegno) e di formazione. L'efficacia del Piano dovrebbe poter essere valutata dai destinatari delle azioni in esso contenute, dai cittadini individualmente e dalle associazioni esponenziali entro le quali si organizzano. Il coinvolgimento dei cittadini da parte di LIBenter nella vigilanza del PNRR si sviluppa in diversi successivi passaggi, il primo dei quali riguarda lo "stare accanto": non è detto, infatti, che la società civile sia già in grado, di per sé, di monitorare il PNRR; occorre che ci sia chi si assume il compito di generare, formare, accompagnare e guidare le realtà monitoranti, anche mettendole in rete tra loro, garantendo la presenza sui territori e la produzione di strumenti di coinvolgimento civico e di *empowerment* (potenziamento). La seconda tappa riguarda l'attività di coloro che, a livello territoriale, si prendono il compito di vigilare gli specifici progetti del Piano. Prendendo in prestito un'espressione cara all'associazione Libera, i protagonisti di tale attività saranno principalmente le "comunità monitoranti" di cittadini: esse, accompagnate per impegnarsi nell'attività di monitoraggio, sono realtà territoriali che si prendono cura del bene comune utilizzando gli strumenti della trasparenza amministrativa e il diritto di essere informati e di informarsi.

Il terzo strumento si colloca entro il contesto dell'amministrazione pubblica italiana complessivamente intesa: prevede **la formazione e il supporto delle sue varie articolazioni chiamate a realizzare gli investimenti del PNRR**, e soprattutto di quelle in difficoltà. La Pubblica Amministrazione italiana è infatti variegata e frammentata, depauperata negli anni di competenze e di risorse umane; per questa somma di motivi sta manifestando grandi difficoltà nel comprendere le dinamiche sottostanti al funzionamento del PNRR. Se, poi, si considera che più di un terzo delle risorse del PNRR sono destinate – salvo modifiche *in itinere* – ai territori e si valuta la grande difficoltà organizzativa e funzionale in cui gli enti locali si trovano ad operare, diventa importante un loro affiancamento in termini di formazione e supporto.

Al fine di innalzare la capacità amministrativa della Pubblica Amministrazione l'Associazione è impegnata in una intensa attività di formazione per il personale direttivo e i segretari comunali nonché i sindaci, articolata in moduli che hanno attenzione ai contenuti del PNRR, ai meccanismi di suo funzionamento, alle modalità di accesso alle risorse e di valorizzazione della capacità amministrativa dell'ente pubblico in rapporto all'utilizzo delle risorse del PNRR, adattando le specificità del territorio implicato (per esempio di carattere montano, con ampie zone rurali, con zone industrializzate, ecc.) alle modalità di funzionamento del PNRR. La formazione ha anche attenzione alla valutazione d'impatto dei progetti finanziati e alle modalità di comunicazione ai cittadini dell'azione svolta dall'ente pubblico nel quadro del PNRR, al fine di aumentare l'*accountability* (responsabilità) pubblica e, ove possibile, favorire il coinvolgimento civico nei progetti intrapresi.

Tramite un programma di formazione e di supporto, LIBenter vuole quindi incrementare la capacità di spesa e di investimento delle pubbliche amministrazioni italiane, per impiegare al meglio le risorse finanziarie del PNRR.

Infine, nella prospettiva di innalzare la consapevolezza degli enti locali territoriali circa i rischi di infiltrazione criminale nell'uso delle risorse pubbliche, nel mese di marzo 2023 LIBenter ha stipulato un accordo di collaborazione con Avviso Pubblico, rete di enti locali che si impegnano per promuovere la cultura della legalità e della cittadinanza responsabile: l'accordo è indirizzato alla formazione nella materia in questione e sta producendo iniziative formative e di sensibilizzazione culturale importanti.



La rinegoziazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici di **STEFANIA PIA PERRINO**

SOMMARIO: 1. BREVI CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE. – 2. IL CONTRATTO PERTURBATO. – 3. LA GESTIONE DELLE SOPRAVVENIENZE. – 4. LA RINEGOZIAZIONE E LA COERCIBILITÀ DELL’OBBLIGO. – 5. ALCUNE RECENTI RIFORME – 6. IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI. – 7. CONSIDERAZIONI FINALI.

Abstract

Pandemic, wars and crises have led to renewed attention around legal institutions aimed at coping with contract contingencies and ensuring its maintenance. These factors are compounded by the new Public Contracts Code, which brings innovative rules on preserving the contractual balance in the time hiatus between perfection and execution.

Among the NRP's milestones is the new Legislative Decree No. 36 of March 30, 2023, which, in Articles 9 and 120, allows the disadvantaged party to a public contract to invoke renegotiation in the face of extraordinary and unforeseeable circumstances.

The provisions of the code call for careful reflection by the interpreter, including the civilist, on the controversial issue of renegotiation.

The plan of investigation that is proposed moves from the analysis of relevant contingencies, theories on renegotiation as a technique for managing imbalance, the different meaning of the obligation to conclude the renegotiated contract, and, finally, the impact of the new Code, in order to draw some reflections *de iure condito* and *de iure condendo*.

1. Brevi considerazioni introduttive. Le recenti crisi economiche (Irti 2009; Alpa 1999), l'epidemia (Macario 2020; Benedetti-Natoli 2020) e i conflitti bellici in corso sono solo alcuni dei fenomeni che hanno determinato una rinnovata attenzione attorno agli istituti giuridici tesi a fronteggiare le sopravvenienze e a garantire la manutenzione del contratto (Macario 1996; Sacco 2016; Barcellona 2003; La Rocca 1984). A tali fattori, si somma la recente approvazione del nuovo Codice dei contratti pubblici (Sandulli 2023), che reca nuove regole sulla conservazione dell'equilibrio contrattuale nello iato temporale che intercorre tra perfezionamento ed esecuzione.

Gli artt. 9 e 120 d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 prevedono che la parte svantaggiata possa invocare la rinegoziazione del contratto, a fronte di circostanze straordinarie e imprevedibili. Nel caso in cui non venga svolta la trattativa o la medesima si sia arenata senza dare luogo all'adeguamento del contratto agli *shock* esogeni¹⁰¹, la parte pregiudicata dalla sopravvenienza può adire l'autorità giudiziaria per conseguire l'adeguamento del contratto oppure la riduzione proporzionale del corrispettivo. In ogni caso, è consentito agire per il risarcimento del danno conseguente dalla violazione dell'obbligo legale di rinegoziare.

¹⁰¹ Consiglio di Stato, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", Relazione agli articoli e agli allegati, Roma, 7 dicembre 2022, 25.

Le disposizioni menzionate sollecitano un'attenta riflessione da parte dell'interprete, anche del civilista, sul controverso tema della rinegoziazione. Tale necessità di analisi deriva, in particolare, dalla giurisdizione del giudice ordinario sulla rinegoziazione dei contratti pubblici (Comporti 2018; Iannotta 2006)¹⁰², dalla applicazione delle regole del diritto comune alla fase della esecuzione (Blasini 2018), una volta esaurita la fase pubblicistica, e dalla idoneità di tali norme a influenzare le impostazioni esegetiche relative al perimetro di applicazione dell'obbligo di rinegoziazione, pure nei contratti di diritto privato.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, peraltro, fornisce al giurista l'occasione per analizzare le teorie alla base dell'obbligo di rinegoziare e del distinto obbligo di concludere un contratto rinegoziato, pure alla luce delle argomentazioni spese dalla giurisprudenza ordinaria e amministrativa¹⁰³, di merito (Patti 2011)¹⁰⁴ e di legittimità, nonché utilizzate recentemente sul punto dall'Ufficio del Massimario¹⁰⁵.

Il d.lgs. 36/2023 e la sua relazione accompagnatoria, ad una prima lettura, paiono evidenziare l'adesione ad una soluzione interpretativa solitamente declinata dalla clausola generale di buona fede oggettiva e dal generale obbligo di solidarietà sociale. Tuttavia, ad una più accurata analisi, i referenti normativi proposti confermano l'orientamento tradizionale, che nega l'esistenza di un obbligo generale di concludere il contratto rinegoziato, dotato di coercibilità per il tramite dell'azione di esatto adempimento. Ciò in quanto, come si dirà nel prosieguo, pure presentandosi come funzionale alla conservazione del contratto e alla buona fede *in executivis*, l'obbligo di concludere il contratto adeguato si pone al di fuori del perimetro di strumentalità (Pucella 2023; Nivarra 2022) rispetto all'originario interesse della parte, implica il compimento di nuove valutazioni, che accolta la tesi della coercibilità dell'obbligo, sarebbero svolte dal giudice. Come evidenzia la nuova disciplina sui contratti pubblici, difetta attualmente un referente normativo capace di imporre un obbligo generale: si è resa necessaria una norma speciale per autorizzare i contraenti dei contratti pubblici, dunque contratti speciali e già dotati di peculiare asimmetria, per conservare e modificare un contratto

¹⁰² Cass. civ., Sez. Un., 29 gennaio 2021, n. 2144, in *Leggi d'Italia*; Cass. civ., Sez. Un., 22 maggio 2012, n. 8081, in *De Jure*; TAR Cagliari, sez. II, 27 aprile 2022, n. 284..

¹⁰³ TAR Puglia, sez. III, 18 luglio 2014, n. 952 in *De Jure*; Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *Foro it.*, 2012, 1, c. 31.

¹⁰⁴ Trib. Puglia, 14 giugno 2011, ord., Masseria Cervarolo s.r.l. c. Banco di Napoli s.p.a., in *Contratti*, 2012, 7, 571; Trib. Roma, 4 luglio 2011, in *Pluris*; Trib. Roma, sez. VI, 27 agosto 2020, ord.; Trib. Bari, 9 giugno 2020 e Trib. Milano, 21 ottobre 2020, in *Condominio e locazione*, 2 novembre 2020.

¹⁰⁵ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Rel. n. 56, *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, 8 luglio 2020.

divenuto squilibrato, altrimenti suscettibile di essere neutralizzato solo con i rimedi demolitori secondo le coordinate codicistiche.

Per le ragioni menzionate, il piano di indagine che si propone muove dalla analisi delle sopravvenienze rilevanti e dei rimedi, per poi esaminare l'impianto proposto dal nuovo Codice dei Contratti pubblici e così comporre alcune riflessioni a margine dei recenti interventi normativi favorevoli al riconoscimento dell'obbligo legale di concludere il contratto rinegoziato.

2. Il contratto perturbato. Il Codice civile italiano tratteggia la disciplina del contratto secondo una concezione di fisiologico equilibrio tra le parti nel momento genetico del contratto. Ciò consegue dal principio di tendenziale insindacabilità della sperequazione economica e normativa, allorquando determinata dalla autonomia negoziale, dal principio di vincolatività del contratto (Marasco 2006) e dal principio volontaristico, da cui dipende la necessaria produzione di effetti corrispondenti agli interessi delle parti. Questi principi trovano applicazione pure nei contratti di durata, nei quali si evidenzia la nota scissione diacronica tra atto negoziale e attuazione concreta del regolamento degli interessi (Macario 1996). Diversamente tale impostazione e i conseguenti corollari difettano, nei cc.dd. secondo e terzo contratto (Amadio 2008): nei contratti asimmetrici si considera uno squilibrio genetico, determinato da sperequazioni di carattere informativo ed economico, per individuare rimedi idonei a sindacare e neutralizzare lo squilibrio lesivo della parte debole.

Si badi: il contratto si concepisce come tendenzialmente equilibrato e non tendenzialmente completo, perché per quanto minuziosa possa essere la trattativa e la redazione del patto, è impossibile per i paciscenti divisare ogni esito e situazione connessa al contratto, specie in una fase esecutiva destinata a propagarsi per lungo tempo (Balestra 2020).

La simmetria codicistica non pare neutralizzata o turbata da istituti che offrono eccezionalmente spazio al sindacato del giudice sulla proporzionalità delle prestazioni e sul risultante equilibrio contrattuale. Ciò accade nella rescissione per stato di bisogno, purché configurata una lesione *ultra dimidium*, oppure in caso di conclusione del contratto con l'incapace naturale o, ancora, nei casi in cui la legge prevede in via imperativa il valore economico della prestazione, come accade nella disciplina dei prezzi imposti, oppure quando il legislatore attribuisce eccezionalmente al giudice un sindacato sulla manifesta sproporzione delle prestazioni, nella disciplina tesa a neutralizzare

l'usura c.d. reale. Tali istituti confermano i menzionati principi di insindacabilità, vincolatività e di volontà, mediante l'introduzione di deroghe specifiche, tipizzate e prevedibili da parte dei contraenti. Come acutamente osservato da menti più illuminate della scrivente, «la delusione individuale è il prezzo da pagare per conservare una struttura ordinamentale che renda ancora possibile la sostanziale predicibilità delle soluzioni normative» (Piraino 2017). Anche la Cassazione pare essere di tale avviso: è vero che non esistono contratti inappuntabili (Franzoni 1999), ma «chi ha fatto un cattivo affare non può pretendere di sciogliersi dal contratto invocando “lo squilibrio delle prestazioni”. L'intervento del giudice sul contratto non può che essere limitato a casi eccezionali, pena la violazione del fondamentale principio della libertà negoziale»¹⁰⁶. Il codice, come ricorda la Cassazione, dedica alcune disposizioni allo squilibrio sopravvenuto e ad alcune sopravvenienze tipiche (Calisai 2016). Le disposizioni sono poche, disordinate, eterogenee e risentono tutte delle caratteristiche tipologiche delle fattispecie cui fanno riferimento (Gabrielli 2017).

Le sopravvenienze (Osti 1912) consistono in fenomeni perturbativi, che si manifestano dopo il perfezionamento del contratto e prima dell'esaurimento dei suoi effetti. Questi *shock*, che incidono sul contratto *in executivis*, non sono infrequenti, come si evidenzia nel periodo storico contingente, e la loro incidenza cresce con l'aumentare della scissione tra l'atto e l'attuazione. Si fa riferimento a eventi esterni ed estranei all'autonomia delle parti, non previsti o non prevedibili dalle medesime, determinati da fattori umani o naturali, esogeni al contratto, come un'epidemia, oppure determinate dall'intervento di nuove leggi (Gabrielli 2017) e provvedimenti della pubblica autorità, come è accaduto con le regole di gestione del rischio di diffusione del virus Covid-19 (Iorio 2020).

Le sopravvenienze sfidano «la tenuta del programma» (Oppo 1992) e così incidono sulle prestazioni oggetto del contratto, determinandone una modificazione della utilità, in via qualitativa.

Lo studio delle sopravvenienze e della loro gestione assume rilevanza per una categoria di contratti di durata, elaborata dalla dogmatica nordamericana: i c.d. *relational contracts* (McNeal 1980). Mentre il Codice civile italiano sembra fondato sull'idea dello scambio istantaneo (Balestra 2020; Roppo 2006), isolato, atomistico, la teoria relazionale propone uno studio per l'elaborazione di rimedi sagomati attorno ad una categoria di contratti non nominata nell'ordinamento italiano positivo, ma sicuramente

¹⁰⁶ Cass. civ., Sez. Un., 23 febbraio 2023, n. 5657, in CED Cass., 2023.

diffusa nella prassi. Si tratta di contratti di durata, dunque contraddistinti dalla successione diacronica tra perfezionamento e momento esecutivo, ma caratterizzati da ulteriori peculiarità, tra cui l'elevata interazione personale e un alto gradiente di cooperazione dei contraenti (Fondrieschi 2018). Simili fattori impattano sulla massimizzazione degli interessi perseguiti dalle parti e, pertanto, assumono rilievo non solo il consenso prestato al momento della conclusione dei contratti, ma pure i fattori emersi nel corso della implementazione di quanto pianificato.

I contratti che taluni interpreti collocano in questa categoria fondano un vincolo giuridico tra i contraenti distante dal modello del contratto di scambio e assai simile a quello dei contratti associativi (Ferro Luzzi 1971).

Nella esecuzione dei contratti relazionali è centrale la flessibilità, perché forma oggetto del consenso iniziale, da essa dipende la riallocazione di poteri tra i contraenti nella dimensione dinamica del contratto e costituisce il substrato per la solidarietà contrattuale (Austen-Baker 2009), funzionale alla continuità del rapporto.

Sicuro il fascino della teoria relazionale, meno certo appare il riscontro normativo della categoria, degli strumenti di attuazione di flessibilità, solidarietà e continuità, oltre che dei limiti imposti all'adeguamento giudiziale del contratto (Barcellona 2003).

3. La gestione delle sopravvenienze. Le parti possono farsi virtuose e individuare strumenti specifici di gestione di sopravvenienze tipiche e atipiche (Sacco De Nova 2004; Macario 2014), entro clausole contrattuali (Del Prato 2016; Gallo 2011; Romeo 2019), maggiormente confacenti agli interessi che animano il contratto. Con tali strumenti convenuti in contratto, le parti possono predisporre l'adeguamento o attribuire lo *ius variandi* (Iorio 2020; Sackel 1903) o addirittura la rinegoziazione (Macario 1996; Costanza 1992). Con la prima tipologia di clausole si individuano *ex ante* i parametri ai quali conformare il contratto in sede di modifica e l'operazione di adeguamento è frutto di un procedimento di calcolo. Nella seconda categoria, invece, si consente, all'insorgere di fenomeni individuati, la modifica del regolamento contrattuale *ex post* e a seconda delle circostanze del caso concreto (Pignalosa 2015). La rinegoziazione, autorizzata dalla terza tipologia di clausole, consiste nella riattivazione della trattativa sul contratto già concluso dalle parti, al sopraggiungere di un evento non preventivamente specificata nel contratto, ma idoneo a modificarne l'equilibrio. Il risultato della nuova trattativa, tuttavia, deve ricadere «*within the scope of the contract*» (Dreatta 1998). Riferimento,

quest'ultimo, che tornerà utile nel prosieguo con riferimento alla rinegoziazione dei contratti pubblici, prima e dopo la recentissima riforma.

La terza tipologia di clausole impone una nuova trattativa all'insorgere di sopravvenienze squilibranti, che esita nel raggiungimento di un accordo riequilibrante tra le parti. Eppure, anche in presenza di una clausola di questo genere, le parti restano esposte al rischio che la nuova trattativa fallisca (Gabrielli 2017; Schwartz 1997; Haart Moore 1999; Williamson 1987).

Tra le clausole di rinegoziazione si annoverano le c.d. clausole di *hardship* (Frignani 1991), frequentemente adoperate nella prassi dei contratti del commercio internazionale (Iorio 2022), ma prive di una disciplina a livello sovranazionale (Uribe 2013). È invece nella *soft law* che si rintracciano alcuni importanti esempi di regolazione delle sopravvenienze in chiave conservativa del contratto *in executivis*, tra cui i Principi Unidroit, PECL e DCFR, tra loro simili, perché dotati di approcci comuni, ancorché recanti soluzioni diversificate.

I principi Unidroit identificano il concetto di *hardship* a fronte dell'evento non pronosticato e imprevedibile, estraneo al dominio dei contraenti e alla ordinaria alea del contratto. Configurata la sopravvenienza, per l'aumento dei costi della prestazione di una parte del contratto oppure per la diminuzione del valore della controprestazione, l'art. 6.2.3. Unidroit consente alla parte svantaggiata di domandare alla controparte la rinegoziazione del contratto e, in caso di mancato raggiungimento del nuovo accordo entro un termine ragionevole, di agire in giudizio per domandare la risoluzione del contratto, decidendone i modi e la scansione temporale, oppure l'eterointegrazione giudiziale del regolamento contrattuale.

Gli artt. 6:111 e ss. dei Principi Lando (Macario 2006) del diritto europeo dei contratti (PECL) considerano le circostanze non prevedibili al momento della stipula, ma sopravvenute nel momento di esecuzione del contratto, purché superino il rischio assunto al momento del perfezionamento del contratto. Si prevede un dovere di avviare le trattative allo scopo di mantenere o sciogliere il contratto, fermo restando la possibilità di domandare al giudice la condanna al risarcimento dei danni per la perdita cagionata alla parte svantaggiata, per una trattativa non eseguita o interrotta in contrasto con la buona fede oggettiva. Le parti possono decidere se rivolgersi all'autorità giudiziaria per l'adeguamento del contratto e così ottenere una ripartizione equa di vantaggi e perdite.

L'art. III-3:104 DCFR, poi, specifica quanto previsto da Unidroit e PECL: si pone solo in capo alla parte svantaggiata l'obbligo di tentare una rinegoziazione e, in difetto

di una trattativa, la violazione del canone di correttezza legittima la stessa parte a adire il giudice per l'adeguamento o lo scioglimento del contratto.

Per quanto concerne l'ordinamento italiano, nei casi in cui le parti non si siano preoccupate delle eventuali sopravvenienze, sono previsti alcuni strumenti di autotutela interna (Piperata 2015). Tra questi congegni di reazione all'alterazione funzionale, emerge la prevalenza quantitativa di meccanismi idonei a far caducare il negozio (Amadio 2006; Dellacasa Addis 2006), rispetto ai meccanismi manutentivi per la conservazione del contratto. Se ne individuano nella disciplina generale del contratto e se ne rintracciano pure nella disciplina speciale dei contratti nominati e tipici.

Difetta, invece, una disposizione generale di autotutela, per la rinegoziazione del contratto, simile all'art. 313 BGB o tantomeno al neo-introdotta art. 1195 *Code civil* (Tuccari 2018).

4. La rinegoziazione e la coercibilità dell'obbligo. È utile a questo punto comprendere se possano ricavarsi, a legislazione invariata e pure tramite i principi generali dell'ordinamento, referenti normativi e meccanismi capaci di offrire alle parti tecniche di conservazione del rapporto contrattuale squilibrato. Da tempo (Gallo 1992; Macario 1996; Sicchiero 2003), infatti, si è imposta l'importante *querelle* interpretativa in ordine alla sussistenza di un obbligo legale di riattivare le trattative e del diverso obbligo di concludere il contratto rinegoziato, senza una clausola contrattuale espressiva di tali obblighi in capo alle parti. Conseguentemente, si è posto l'interrogativo in ordine alle sanzioni per il rifiuto di conclusione o per la conduzione maliziosa della nuova trattativa, nonché al potere di integrazione del giudice, a fronte della violazione degli obblighi menzionati.

Vari appigli vengono proposti per ampliare i rimedi sinallagmatici e consentire le modificazioni della disciplina *che ha forza di legge tra le parti*.

Secondo una prima linea di pensiero, è possibile rintracciare l'obbligo generale di rinegoziazione nella interpretazione evolutiva dell'art. 1467 c.c., in uno con l'art. 1374 c.c. (Mengoni 1986; Rodotà 1987). La norma, dedicata alla eccessiva onerosità sopravvenuta, al comma 3° favorisce la conservazione del contratto, proprio attraverso la configurazione della facoltà, in capo alla parte avvantaggiata dallo *shock* esogeno al contratto, di proporre alla controparte una modifica delle condizioni secondo equità. Secondo la teoria in esame, l'art. 1467, così come l'art. 1468 c.c., programma procedimenti di gestione della eccessiva onerosità per sollevare il negozio da

determinati effetti iniqui. Nulla escluderebbe la produzione di rimedi equitativi, ulteriori rispetto alla risoluzione e alla riduzione, per la cura del contratto.

La via intrapresa dagli studiosi, per rimediare alle sopravvenienze atipiche, è quella dell'equità: «l'art. 1374 c.c. it. ci dice che il contratto scatena tutte le conseguenze che gli si confanno in base all'idea dell'equità» (Sacco 2016). Dunque, non è implicita la volontà dei paciscenti di rimettere in discussione il contratto a fronte di eventi straordinari e imprevedibili, ma è l'equità ad integrare il contenuto del contratto. L'integrazione non nascerebbe dalla volontà, né da una clausola espressa né da una implicita, ma dalla legge. Ciò determinerebbe una automatica operatività dell'obbligo di rinegoziare.

Si valorizza, inoltre, l'esistenza di alcuni generici obblighi di trattare, senza una specifica predeterminazione del contenuto dell'accordo sul quale si intende negoziare. Il pensiero corre al diritto del lavoro e al diritto sindacale (Zoli 1992). Si evidenzia, così, che la rinegoziazione senza specifica clausola contrattuale non risulta estranea oppure in contrasto al sistema giuridico italiano. Eppure, pur facendo riferimento a contratti di diritto comune, non si può non considerare la disciplina speciale loro dedicata. Inoltre, si deve osservare che in tali casi non viene in rilievo l'esecuzione in forma specifica dell'obbligazione di contrarre, quanto piuttosto vicende che ineriscono ad una fase precontrattuale, e il diritto sindacale non prevede uno specifico obbligo coercibile che conduce a una pronuncia da parte del giudice, recante la regolamentazione dell'accordo oggetto della trattativa.

La ricostruzione fondata sulla offerta di riduzione e sull'equità ha incontrato alcune criticità, che si sintetizzano come segue.

La norma richiamata prevede che solo una parte possa avanzare la proposta di riduzione ad equità, per evitare la caducazione del contratto (Barcellona 2003; Tuccari 2018): si tratta della parte contro la quale è domandata la risoluzione, ossia la parte avvantaggiata e che beneficia di una prestazione divenuta molto costosa per eventi imprevedibili e straordinari. La disciplina accorda un diritto potestativo (Iorio 2020) al convenuto in risoluzione, che egli esercita nel proprio interesse e che il legislatore accorda espressamente ma solo nell'interesse della parte avvantaggiata, con un meccanismo assimilabile a quello della riduzione a equità del contratto rescindibile (Roppo 2011). Pure a volere estendere i confini applicativi della disposizione oltre la eccessiva onerosità, non si potrebbe realizzare una interpretazione capace di attribuire pure alla parte svantaggiata una simile situazione giuridica soggettiva, se non

svalutando il dato letterale, la collocazione topografica e la *ratio* del comma 3° dell'art. 1467 c.c.

Anche l'applicazione analogica di una simile disposizione è destinata a fallire, attesa la volontarietà della lacuna. Mentre ammettere un'interpretazione evolutiva della riduzione ad equità in chiave generalizzata rischia, nel caso in cui la proposta di rinegoziazione non abbia avuto seguito, di attribuire al giudice, adito per l'inadempimento, un sindacato sull'offerta di riduzione equa. La valutazione del giudice andrebbe inevitabilmente a sostituirsi all'apprezzamento della parte che non ha accettato la rinegoziazione, pur essendone l'unica negativamente incisa, e una simile sostituzione non ha incontrato neppure il favore della giurisprudenza. L'opzione interpretativa contrasterebbe con il modello consensualistico della gestione del rischio, cristallizzato dall'art. 1467 c.c., in cui si privilegiano le ragioni della volontà. Mentre nel modello delineato dalla disposizione da ultimo richiamata le ragioni della efficienza economica cedono davanti all'autodeterminazione del creditore, nell'art. 1664 c.c. si evidenzia un regime opposto, ossia uno schema, questo sì, conservativo di gestione del rischio, in cui si privilegiano le ragioni dell'efficiente allocazione delle risorse, per la protezione di investimenti dedicati e la loro ottimizzazione economica (Barcellona 2003).

Si deve poi considerare la scelta lessicale: la disposizione parla di un'offerta, non di una domanda (Gabrielli 2017). Non si individua nella riduzione del contratto ad equità un atto simmetrico rispetto alla domanda di risoluzione. Dunque, non è stato delineato un meccanismo generale, proprio come quello risolutorio, previsto per demolire il contratto sbilanciato dalla sopravvenienza. E, ancora, la disposizione in esame accorda una facoltà (Gentili 2003) di ricondurre a equità, ma non anche un obbligo di proporre modifiche al contratto: sicché riconoscere un obbligo di rinegoziare finirebbe per trasformare il diritto potestativo a evitare la risoluzione in obbligo di trattare per portare il contratto a equità (Tuccari 2018). A ben vedere, l'art. 1467 c.c. prevede la facoltà di ricorrere a un negozio unilaterale modificativo della situazione giuridica (Sirena 2006), contestualmente estintivo della risoluzione, mentre non impone una vicenda negoziale bilaterale. L'offerta produce effetti in via autonoma, ha «un carattere sostanziale» (Iorio 2020; Bianca 2000), che non abbisogna del successivo provvedimento giudiziale. Dunque, diversa è la natura della situazione giuridica accordata e diversa pure è la natura del risultato conseguibile da parte del titolare della facoltà.

L'offerta, peraltro, deve essere formulata in modo specifico: secondo una lettura sistematica e coordinata degli artt. 1467 e 1450 c.c., il contenuto dell'offerta deve essere

determinata o quantomeno determinabile, per consentire al giudice di valutare l' "equità" della proposta e non anche di rimodulare il contratto. L'equità di cui fa parola il comma 3° dell'art. 1467 c.c. assurge a criterio di valutazione di una dichiarazione della parte, mentre non è inteso come un criterio di adeguamento (oltre che di valutazione) giudiziale del contenuto del contratto (Galvano 2004). Pretendere la rinegoziazione, per questa via, non consentirebbe di rispettare il canone di determinatezza della offerta e devolverebbe al giudice la determinazione del nuovo oggetto del contratto, con una forzatura ulteriore della lettera della disposizione.

Si arriva, a questo punto, al problema di fondo della tesi che muove dal meccanismo di riduzione e dall'asserito ricorso all'equità. Una cosa è il giudizio secondo equità e altra è il ripristino dell'equilibrio: quando gli artt. 1467 e 1450 c.c. demandano al giudice la valutazione dell'equità della proposta di riduzione, lo fanno in senso atecnico, in realtà indicativo del rapporto di equivalenza tra prestazioni. In questo modo, il legislatore perimetra l'ambito di esercizio della discrezionalità tecnica (Gabrielli 2017) devoluta al giudice. Diversamente, la riconduzione ad equità dell'intero *ménage* contrattuale è priva di limitazioni in capo al giudice, nell'uso della giustizia del caso concreto. Dunque, nell'art. 1467, così come nell'art. 1450 c.c., non si rinviene davvero un giudizio di equità, non c'è vera giustizia del caso concreto, ma un intervento meramente teso a ripristinare l'equilibrio tra le prestazioni pattuite (Gabrielli 2017). Venuto meno il riferimento all'equità, come elemento caratterizzante l'art. 1467 c.c., viene meno pure lo spazio applicativo per un'integrazione del contratto, da parte del giudice, fondata sul criterio equitativo.

Pure a volere ritenere, e così non è, che qui di autentica equità si discorre, se ne deve considerare la sua impropria applicazione: l'equità è criterio di determinazione per l'integrazione delle lacune del regolamento contrattuale, cui si fa ricorso quando alcuni aspetti non sono stati puntualmente determinati dalle parti, dalla legge o dagli usi (Bigliuzzi Geri 1991). Tuttavia, per la gestione della sopravvenienza mediante adeguamento giudiziale non si può fare riferimento ad una lacuna in senso stretto: la clausola per la manutenzione del contratto manca, ma gli interessi che guidano la conservazione devono essere rinvenuti nel contratto, per effetto della sola interpretazione e non anche l'invenzione del giudice. L'equità, a differenza della buona fede, non integra il contratto con obblighi e diritti inespressi, mentre la rinegoziazione dovrebbe tendere a realizzare la volontà delle parti così come evincibile dall'atto di autonomia calato nella situazione caratterizzata da sopravvenienza (Macario 1996).

La contraddizione, allora, tra l'art. 1467 co. 3 c.c. e gli obblighi di rinegoziazione e di concludere il contratto rinegoziato è «insanabile» (Terranova 2020).

Un itinerario esegetico più risalente (Osti 1959; Cogliolo 1917), ma mai sopito, considera impliciti, in ciascun contratto, specie quelli dal carattere relazionale o comunque di durata o a esecuzione differita, il patto o la clausola di adeguamento dell'accordo alle eventuali sopravvenienze. Sussisterebbe una "clausola in bianco" (Tuccari 2014) nei contratti a lungo termine e, dal momento che ciascun contratto può essere inteso come fisiologicamente incompleto, ogni contratto trova applicazione fintanto che perdurano le condizioni applicative originarie. Parimenti, ciascun accordo potrebbe abilitare alla rinegoziazione con l'intervento di *shock* esogeni. Anzi la crisi o gli eventi straordinari impongono alle parti di sedere nuovamente al tavolo delle trattative per salvare il contratto.

Sempre in accordo con questa ricostruzione il dovere di negoziare equivale a un obbligo di contrarre, secondo i parametri che emergono dal contenuto dell'accordo originario, tenuto conto degli eventi sopravvenuti. A questo punto, se le parti sono concordi allora concludono la nuova trattativa con la modifica; in caso contrario, la parte che vuole conseguire la rinegoziazione può adire l'autorità giudiziaria per conseguire un verdetto favorevole, con la revisione del contratto. Per impedire ciò, occorre che il contratto rechi un'apposita clausola preclusiva della revisione e la "clausola di non revisibilità" (Sacco 2006) costituisce modalità di esercizio della autonomia contrattuale e negoziale, con cui le parti si espongono alle conseguenze della esclusiva applicazione dei rimedi demolitori. Si riscontra un'inversione logica oltre che politica (Gambino 2007; Bianca 2000; Alpa 1989), rispetto a quella tratteggiata dal Codice civile: secondo questa tesi serve una clausola che blocchi la revisione del contratto per impedire la rinegoziazione alle parti, altrimenti sempre consentita. Inoltre, la ricostruzione non sembra spiegare perché, come ed entro quali limiti l'obbligo di contrattare diviene coercibile. Ancor più che nella tesi della equità integrativa del contratto, la posizione negativa di soggezione del contraente svantaggiato dalla sopravvenienza trasmuta, oltre i parametri di legge, in un diritto di trattare con l'avvantaggiato, il quale, a sua volta, trasfigura: da titolare di diritto potestativo egli diviene contraente assoggettato alla sopravvenienza.

Altre ricostruzioni non hanno mancato di rievocare il risalente e sempre troppo poco indagato istituto della presupposizione (Cautadella 1966; Bessone 1982; Caccavale 2004). La teoria considera l'istituto quale il migliore strumento di raccordo tra

il momento statico e dinamico del contratto. Secondo taluni, la tematica va inquadrata e risolta all'interno dell'errore comune o bilaterale (Pietrobon 1963); secondo altri, occorre operare un raffronto tra la funzione concreta cui è asservito il contratto, sulla quale il giudice opera un controllo nei casi di rescissione per lesione e di eccessiva onerosità sopravvenuta, e il presupposto negoziale, inteso come una causa di turbamento del processo con cui i contraenti giungono a stabilire la ragione dello scambio. Così delineato il discorso: sfuma la differenza fra presupposizione e sopravvenienza (Cautadella 1966; Bessone D'Angelo 1986), a ben vedere le determinazioni dei contraenti si sono fondate su una rappresentazione della realtà inesatta, perché incompleta. Tuttavia, il ricorso alla presupposizione consente un inquadramento ma non anche di rintracciare una soluzione conservativa, atteso che, secondo l'orientamento maggioritario, per il suo tramite si consente ai contraenti, che si sono rappresentati la realtà inesatta perché incompleta, la risoluzione del contratto (Windscheid 1879; Maggiolo 2014) e, secondo l'orientamento intermedio, il recesso (Riccio 2008)¹⁰⁷. L'operatività del meccanismo della presupposizione non consentirebbe, invece, di giustificare la rinegoziazione, specie intesa come obbligo giuridico dotato di coercibilità.

Secondo una diversa teoria (Macario 1996), che per vero sembra procedere dal rilievo mosso alla tesi fondata sull'equità, si deve ricostruire la fattispecie costitutiva dell'obbligo di rinegoziare partendo dagli artt. 1175, 1375, 1366 c.c. ed evocando la buona fede oggettiva. La clausola generale fonda, secondo questo approccio, una serie di diritti e obblighi non espressamente contenuti nel contratto, tra cui figura il diritto delle parti di modificare il contenuto del contratto al ricorrere di sopravvenienze quantitative ma soprattutto qualitative. Assume rilievo, più precisamente, la buona fede con funzione integrativa, sicché pure in difetto di una disposizione contrattuale volta a riattivare le trattative a fronte di una sopravvenienza, soccorre un obbligo legale, promanante dalla correttezza e la buona fede in senso oggettivo (Betti 1943; Santoro Passarelli 1962; Bianca-Patti 1991).

La teoria in discorso, mira a sterilizzare gli effetti di un rifiuto della parte che si ostina a eseguire le condizioni originariamente pattuite, oramai incongrue: il comportamento dell' "ostinato" contraente, alla luce del canone generale di correttezza, diviene un contegno opportunistico, negativamente considerato dall'ordinamento, che

¹⁰⁷ Cass. civ., 24 aprile 1952, in *Giur. It.*, 1952, 1, c. 894; Cass. civ., Sez. Un., 28 maggio 1953, n. 1594, in *Riv. Comm.*, 1953, 2, 282 e, più recentemente, Cass. civ., sez. I, 15 dicembre 2021, n. 40279, in *D&G*, 16 dicembre 2021.

determina il diritto della controparte a sospendere l'esecuzione e a domandare il risarcimento del danno.

Rifuggendo dalla applicazione dell'art. 1467 c.c., si evita di fare applicazione della rinegoziazione nei soli casi e nelle condizioni previste per la risoluzione tesa a fronteggiare l'eccessiva onerosità (Macario 1996). Tuttavia, la tesi mira ad assorbire pure il meccanismo di adeguamento che fa capo all'art. 1467 co. 3° c.c. (Macario 1996).

La soluzione, come si osserva da più parti, è audace ma il risultato non è così eversivo (Roppo 2011). Si evidenziano più disposizioni espressive della esigenza conservativa del contratto. Il pensiero corre agli artt. 1464, 1467, co. 3°, 1468, 1664, 1623 c.c., 168 disp. att., nonché 2932 c.c.

In un contratto a prestazioni corrispettive, se si verifica una sopravvenienza idonea a rendere impossibile in via oggettiva parte della prestazione, la controparte ha diritto alla riduzione in via corrispondente della prestazione dovuta. La rimodulazione della consistenza delle prestazioni, prevista dall'art. 1464 c.c., risulta alternativa, non eccezionale, al recesso dal contratto. Tuttavia, esiste un'importante differenza tra le due conseguenze dell'inadempimento parziale, in quanto è possibile recedere quando sia venuto meno l'interesse alla prestazione, in caso contrario la parte può invocare solo la riduzione. Simili considerazioni sono in parte applicabili all'art. 1467 c.c., nel caso in cui si riscontri l'eccessiva onerosità nei contratti a prestazioni corrispettive. A fronte della sopravvenienza squilibrante, il legislatore prevede due soluzioni alternative, secondo questa teoria: da un lato, consente alle parti di liberarsi del vincolo contrattuale, dall'altro, consente alla parte avvantaggiata dalla sopravvenienza imprevedibile e straordinaria di offrire una modifica delle condizioni del contratto secondo equità. Secondo la dottrina (Galletto 1988), il legislatore avrebbe così codificato la clausola *rebus sic stantibus* (Osti 1913; Andreoli 1938). Regola, quest'ultima, che costituirebbe una «sorta di contraltare al menzionato brocardo sul dovere di rispettare i patti» (Roppo 2011). Nella disciplina del contratto di affitto, poi, l'art. 1623 c.c. prevede la possibilità di conservare il contratto a fronte di sopravvenienza di fatto o di diritto, che incide notevolmente sulle prestazioni importando una perdita o un vantaggio. Anche le regole sull'appalto sono sensibili alle sopravvenienze: l'art. 1664 c.c. consente di richiedere una revisione del prezzo nel caso in cui le sopravvenienze importino variazioni di spesa per l'acquisto dei materiali o per il pagamento della manodopera, eccedenti un decimo del prezzo originariamente convenuto nel contratto.

In aggiunta, l'ultimo comma dell'art. 1664 riconosce il diritto ad un equo compenso a fronte di difficoltà di esecuzione derivanti da fattori naturali o strutturali non imputabili all'appaltatore, tali da rendere notevolmente più onerosa la prestazione di quest'ultimo.

Dunque, sono numerosi i referenti normativi, ancorché eterogenei e disordinati, e in essi il legislatore italiano manifesta la sua «riluttanza a condurre alla rovina il debitore senza una giustificazione completamente soddisfacente del sacrificio che gli impone» (Sacco 2006). Allora, l'esigenza di mantenere e, così, di rinegoziare non è estranea al tessuto normativo e si assume come comportamento corretto.

Questo processo trae l'abbrivio non solo dai diversi indici normativi di rango primario, ma pure dalla valorizzazione del principio di solidarietà costituzionale (Balestra 2020; Grondona 2004).

Insieme al dovere di solidarietà sociale, la correttezza e la buona fede divengono presupposti per la conformazione: la teoria finisce per individuare non solo obblighi "a contenuto negativo", ma pure obblighi "a contenuto positivo" e "superpositivo" (Rodotà 1969; Tuccari 2018), ossia funzionali al raggiungimento di un equilibrio contrattuale, *ex post* e giusto, a cui però si erano disinteressati durante la prima trattativa.

A fronte di un ingiustificato diniego alla rinegoziazione o in caso di trattativa maliziosa, il giudice può interpretare la volontà delle parti, già espressa ed oggettivizzata nel contratto, ricostruire l'operazione negoziale, calarla nella realtà fenomenica caratterizzata dalla sopravvenienza e, infine, individuare le soluzioni idonee all'adeguamento della convenzione, attraverso la tutela in forma specifica, *ex art.* 2932 c.c. (Cesaro 2000; Macario 1996; Costanza 1992). Se così non fosse, non vi sarebbe alcuna idonea conseguenza al rifiuto alla nuova trattativa. Ne deriverebbe un obbligo privo di una "sanzione" per l'"antagonista" alla rinegoziazione fallita: il risarcimento del danno non varrebbe a salvare un contratto che, in un approccio relazionale, si vorrebbe preservare per meglio allocare o giustificare gli investimenti sostenuti. Per questa via, allora, si accostano l'obbligo di rinegoziare e l'obbligo di perfezionare un accordo adeguato alla sopravvenienza, senza soluzione di continuità.

Il richiamo all'art. 2932 c.c. viene giustificato affermando che non sempre l'esatto adempimento non coincide sempre con la costituzione di un titolo traslativo della proprietà; inoltre, i limiti all'adeguamento giudiziale sono posti dai termini della trattativa che ha preceduto il contratto squilibrato. Semmai è concesso alle parti di evitare l'invasione della propria sfera di autonomia privata escludendo l'operatività del rimedio

in discorso con esplicita pattuizione. Ancora una volta si determina una inversione della impostazione logica e politica dell'impianto codicistico.

Almeno fino alla deflagrante esperienza pandemica, erano (e come si vedrà sono) ben pochi i precedenti giurisprudenziali che hanno accolto le precedenti ricostruzioni.

Nel 2011 il Tribunale di Bari (Patti 2013)¹⁰⁸ ha affermato la natura generale del dovere di rinegoziazione, il quale trova la sua base normativa negli artt. 1175, 1375, 1366 e 1367 c.c. Secondo il giudice, contravviene a buona fede il contraente che rifiuta ingiustificatamente di riattivare la trattativa avvantaggiandosi della sopravvenienza, arrecando un sacrificio eccessivo alla controparte. Tuttavia, dinanzi a siffatta violazione appare insoddisfacente lo scioglimento del vincolo ed il risarcimento del danno, in quanto si omette di considerare l'interesse delle parti, ivi compresa quella svantaggiata, alla permanenza del vincolo, ancorché epurato delle conseguenze squilibranti. Peraltro, il risarcimento risulterebbe limitato all'interesse negativo. Per questi motivi, il giudice sarà chiamato a ricostruire il contratto epurato, in via interpretativa, degli elementi squilibranti e a emettere sentenza costitutiva ai sensi dell'art. 2932 c.c., che tenga luogo del contratto rinegoziato. Secondo il giudice pugliese, non esiste un'incompatibilità tra i principi sanciti dagli artt. 1325, 1372 e 1376 c.c. e la ricostruzione giudiziale del contratto, in quanto occorre perseguire l'obiettivo della conservazione ai sensi dell'art. 1367 c.c. Si deve, tuttavia, considerare che il Tribunale di Bari, nella pronuncia sommariamente richiamata, non ha affrontato il tema della necessaria conformità tra sentenza e contratto inadempito, ai sensi dell'art. 2932 c.c., ritenendo applicabile in via acritica la disposizione al caso di specie.

Anche l'Adunanza Plenaria¹⁰⁹ del Consiglio di Stato, occupandosi della pregiudiziale amministrativa, ossia dell'autonomia dell'azione di risarcimento del danno rispetto alla domanda di annullamento, ha raggiunto conclusioni simili a quelle del tribunale ordinario pugliese. Anche in tal caso, si attribuisce rilevanza alla manutenzione del contratto, con un limite alla conservazione nell'apprezzabile sacrificio della controparte. In specie, il Supremo consesso della giustizia amministrativa ha sostenuto che non si può imporre alla parte un'operazione onerosa, gravosa, straordinaria, rischiosa che superi i limiti di un notevole ed apprezzabile sacrificio.

Eppure, secondo l'orientamento maggioritario in sede pretoria, il legislatore consente allo svantaggiato la risoluzione o la conservazione del contratto originario e,

¹⁰⁸ Trib. Bari, 14 giugno 2011, ord., in *Contratti*, 2012, 571 ss.; Trib. Bari, 31 luglio 2012, ord., in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2013, 2, 117; Trib. Bologna, 26 aprile 2013, ord.

¹⁰⁹ Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *dait.governo.gov.it*.

pure accogliendo la ricostruzione in cui la clausola generale di correttezza è intesa come integrativa e cogente, essa non può essere spingersi fino a prevedere un obbligo di rinegoziazione in capo ad una parte per mutare l'assetto contrattuale.

La materia sembrava destinata a rimanere nell'ambito degli studi teorici, senza concrete applicazioni pratiche. Così non è stato, perché la pandemia, il conflitto bellico e gli eventi straordinari hanno fatto emergere nuovamente la questione e consentito agli interpreti (Monti 2020) di farne applicazione nelle fattispecie concrete. Da un lato, sono state introdotte una serie di disposizioni per il mutuo, la locazione commerciale, per le imprese in crisi e, dall'altro, per quanto concerne l'adempimento è stato inserito l'art. 91 d. l. 18/2020, c.d. Cura Italia. La disposizione da ultimo citata non brilla per la tecnica redazionale e, per questo, ha ulteriormente sollecitato un vivace dibattito dottrinale.

L'art. 91 d.l. 18/2020 considera l'incidenza delle disposizioni del Governo per il contenimento del virus e, per tale ragione, prevede che sia sempre valutato dal giudice il rispetto di tali norme al fine di valutare la responsabilità del debitore da inadempimento delle proprie obbligazioni. Si sono, però, posti dei dubbi in ordine al significato della valutazione devoluta al giudice.

Una prima ricostruzione ha opinato che il legislatore ha inteso tutelare la parte inadempiente liberandola dall'onere probatorio. In accordo con una terza opzione esegetica, l'art. 91 d. l. 18/2020 traccia un *iter* interpretativo e motivazionale per il giudice, il quale è chiamato a sindacare sull'inadempimento, ciononostante egli non può non considerare l'incidenza dell'epidemia e deve appurare l'eziologia tra l'ossequio delle disposizioni anti-Covid19 e l'inadempimento. Secondo una più accurata lettura, invece, si tratterebbe di una norma non solo emergenziale ma emozionale: il legislatore, in un periodo particolarmente concitato, ha inteso assicurare il cittadino e le imprese. Non si tratterebbe di una disposizione innovativa, in quanto l'epidemia e le misure di contenimento integrano già il c.d. *factum principis*, sicché sono sufficienti le regole contenute negli artt. 1453 e ss. c.c. nonché gli approdi già raggiunti in punto di rinegoziazione del contratto squilibrato dal fattore perturbante.

Si discute qui della disciplina emergenziale, non tanto per affermarne la centralità nel discorso sulla rinegoziazione quanto piuttosto per evidenziare il suo ruolo di innesco per alcune recenti pronunce della giurisprudenza e una nota relazione tematica sul punto.

L'ufficio del Massimario presso la Corte di Cassazione ha redatto, infatti, una relazione¹¹⁰ (Chianale 2022; Sbisà 2022) che ha ricostruito la disciplina dedicata alla gestione delle sopravvenienze, esaminato le normative anti-Covid19 e svolto un'analisi attorno all'istituto della rinegoziazione.

Nella controversa relazione tematica si afferma che nell'ordinamento italiano è rinvenibile un generale obbligo di rinegoziazione, in applicazione degli artt. 2, 41, 42 cost. oltre che in ragione degli artt. 1175, 1375 e 1366 c.c. Si legge nella relazione che la rinegoziazione e il potere eteronomo del giudice consentono di ovviare a quell'"imbutto esiziale" rappresentato dalla applicazione della buona fede. Ciò in quanto l'applicazione del generale dovere ai contratti squilibrati conduce sempre allo scioglimento del contratto, in spregio all'interesse delle parti alla conservazione, in accordo con l'impostazione maggioritaria.

La ricostruzione operata appare adesiva ai precedenti e alla teoria della buona fede integrativa: si individua nell'art. 1366 c.c. il referente per l'opera ricostruttiva del giudice, in ragione del principio di conservazione di cui all'art. 1367 c.c. e nella causa in concreto. Successivamente, il contratto ricostruito dal giudice viene applicato ai sensi dell'art. 2932 c.c., senza alcuna violazione del principio consensualistico e di relatività, in quanto il giudice si limita a interpretare la volontà delle parti sulla base del contratto già concluso e delle caratteristiche della operazione complessivamente intesa. Per specificare questo *iter*, l'Ufficio del Massimario osserva, ad esempio, che se la sopravvenienza incide rendendo eccessivamente onerosa la prestazione, anziché risolvere il contratto è possibile considerare l'aumento del prezzo della manodopera, dei materiali da reperire, del tempo occorrente per addivenire alla produzione nella quantificazione del corrispettivo, per modularlo sulla base di elementi già disponibili e non innovativi, così da mantenere il contratto in vita.

All'indomani della relazione tematica e nel pieno imperversare della epidemia da SARS-CoV-2, alcune pronunce dei tribunali di merito hanno mostrato di aderire alla ricostruzione della buona fede integrativa¹¹¹, senza tuttavia soffermarsi in maniera puntuale sullo strumento che conferisce coercibilità all'obbligo di concludere il contratto

¹¹⁰ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, Relazione tematica n. 56, Roma, 8 luglio 2020, https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_Tematica_Civile_056_2020.pdf.

¹¹¹ Trib. Lecce, Sez. II, 24 giugno 2021, ord., in *Contratti*, 2022, 1, 51; Trib. Roma, sez. IV, 27 agosto 2020, ord., in *Giur. it.*, 2020, 11, c. 2439; Trib. Treviso, 21 dicembre 2020, in *Giur. it.*, 2021, 3, c. 589; Trib. Milano, 21 ottobre 2020, in *Contratti*, 2021, 161; *Contra*, Trib. Biella, 17 marzo 2021, ord., in *Leggi d'Italia*.

rinegoziato. Da più parti è stato affermato un obbligo legale di rinegoziazione, posto in capo alle parti del contratto squilibrato dalla diffusione del morbo o dalla adozione di disposizioni normative per il suo contenimento.

Il Tribunale di Roma¹¹², a più riprese e seguito da altri tribunali italiani¹¹³, ha considerato la lettera dell'art. 1467 co. 3 c.c., ma ha reputato "inopportuno" e inappagante il riconoscimento di una facoltà di ridurre a equità in capo ad un solo contraente, avvantaggiato dalla perturbazione del contratto. Semmai, ha sostenuto il giudice, il contratto di locazione si deve considerare stipulato sul presupposto dell'effettivo svolgimento della attività produttiva e, pure in difetto di clausole di *hardship*, il contratto a lungo termine deve essere inteso come stipulato secondo l'adagio *rebus sic stantibus*. Al configurarsi di una sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico, come è quella legata alla pandemia e alla chiusura forzata delle attività commerciali, il dovere generale di buona fede *in executivis* andrebbe a fondare la possibilità di rinegoziare il contenuto dell'accordo iniziale e l'obbligo di contrarre. A fronte di un comportamento contrario a correttezza, inadempiente rispetto al citato obbligo, la clausola generale può essere utilizzata dal giudice anche con funzione integrativa cogente. La buona fede così rende flessibile un ordinamento che non contempla la tutela di una simile fattispecie e che, pure avendo implementato una serie di misure volte a ridurre l'impatto della pandemia nelle attività produttive, reagisce in via insufficiente a tutela degli operatori economici. Difatti, nessun intervento legislativo ha previsto la riduzione o la sospensione del canone di locazione, anzi tali pagamenti sono espressamente eccettuati dalla disciplina. L'art. 91 del d.l. 18/2020, poi, ha solo posticipato il pagamento, al momento della cessazione delle misure restrittive (¹¹⁴). Per queste ragioni, il Tribunale di Roma ha proceduto a adeguare il contratto attraverso la riduzione dei canoni mensili, oltre che la sospensione della garanzia fideiussoria.

La pronuncia *bypassa* la distinzione tra obbligo di rinegoziare e obbligo di contrarre, non si interroga sulla strumentalità della nuova trattativa agli interessi delle parti, avvantaggiata e svantaggiata, e sulla non strumentalità dell'obbligo di concludere un contratto. Soprattutto, la pronuncia del Tribunale di Roma non opera una attenta riflessione attorno ai limiti di integrazione posti al giudice nell'adeguamento del contratto. Anzi, si liquida la faccenda sostenendo che al medesimo risultato si potrebbe pervenire,

¹¹² Trib. Roma, sez. VI, 27 agosto 2020, in *Giur. it.*, 2020, c. 2433.

¹¹³ Trib. Roma, sez. VI, 7 agosto 2020, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 4, 1294.

¹¹⁴ Trib. Roma, 31 luglio 2020, in *Foro it.* 2020, 1, c. 3261; Trib. Pordenone, 8 luglio 2020, in *De Jure*; Trib. Bologna, 11 maggio 2020, in *D&G*; Trib. Roma, 19 febbraio 2021, n. 3114, in *Pactum*, 2022, 3.

come hanno fatto altri giudici di merito in altre vicende¹¹⁵, con l'applicazione della disciplina della impossibilità parziale e temporanea della prestazione per impossibilità di utilizzazione dei locali locati, in virtù del combinato di cui agli artt. 1256 e 1464 c.c. Un percorso, quest'ultimo, per vero più controllabile e prevedibile, in ragione degli addentellati normativi espressi.

Peraltro, la decisione, così come evidenzia lo squilibrio tra le prestazioni, sostiene pure che la stipula del contratto sia avvenuta "sul presupposto" di un impiego dell'immobile per l'effettivo svolgimento della attività produttiva. L'espressione sembra richiamare la presupposizione, istituto da sempre poco studiato ma sempre evocato nei periodi di fibrillazione economica e sociale. La soluzione del caso, però, non è avvenuta ricorrendo alla presupposizione, atteso che non avrebbe potuto condurre che alla demolizione del contratto, fondato ormai su un presupposto venuto meno.

Anche il Tribunale di Milano (¹¹⁶) ha adottato impostazioni esegetiche simili a quelle del giudice romano, sulla scia tracciata dalla relazione tematica dell'Ufficio del Massimario. La rinegoziazione, secondo queste pronunce, dovrebbe investire non solo l'ammontare dovuto per il canone mensile ma pure le modalità di corresponsione. Ciò in quanto occorre guardare al sinallagma entro un'ottica di distribuzione del rischio: a ben vedere, sostiene il tribunale milanese, se il conduttore fosse costretto a corrispondere interamente il canone originariamente pattuito, senza però poter svolgere l'attività imprenditoriale che funzionalizza la locazione dell'immobile o potendola svolgere entro limiti stringenti, si determinerebbe un eccessivo vantaggio in capo al locatore. Quest'ultimo sarebbe posto nella condizione di incamerare un lucro che verosimilmente non potrebbe ottenere se l'immobile venisse locato *ex novo* durante l'emergenza sanitaria, se non in misura ridotta per il ridotto utilizzo del bene, consentito dall'autorità pubblica.

L'esistenza di un generale obbligo di rinegoziare è, al contempo, stata smentita da altrettanti tribunali (¹¹⁷). Lo stesso Tribunale di Roma, a distanza di un anno e dopo

¹¹⁵ Trib. Roma, sez. V, 29 maggio 2020, in *Contratti*, 2021, 19.

¹¹⁶ Trib. Milano, 21 ottobre 2020, in *Ius*, 24 novembre 2020.

¹¹⁷ Trib. Roma, sez. VI, 15 gennaio 2021, in *Giustiziavivibile.com*, 13 aprile 2021, con nota di NARDI, *L'impatto della pandemia sui contratti di locazione commerciale: tra poteri del giudice, obblighi dei contraenti e ruolo del legislatore*; Trib. Roma, sez. VI, 19 febbraio 2021, n. 3114, in *DeJure*; Trib. Roma, sez. VI, 30 giugno 2021, n. 11336, *ivi*; Trib. Roma, sez. VI, 26 luglio 2021 n. 10161, *ivi*; Trib. Roma, sez. VI, 6 agosto 2021, n. 11482, *ivi*; Trib. Roma, sez. VI, 5 gennaio 2022, n. 234, in *Pactum*, 24 marzo 2022; Trib. Roma, 3 dicembre 2021, in *DeJure*; Trib. Roma, 30 novembre 2021, in *Leggiditalia*; Trib. Roma, 11 novembre 2021, in *Arch. loc.*, 2022, 61; Trib. Roma, 2 novembre 2021, in *Leggiditalia*; Trib. Roma, 30 settembre 2021, in *DeJure*; Trib. Roma, 27 agosto 2021, in *Leggiditalia*; Trib. Roma, 23 settembre 2021, in *DeJure*; Trib. Roma, 26 luglio 2021, *ivi*; Trib. Roma, 19 luglio 2021, *ivi*; Trib. Roma, ord. 16 luglio 2021, *ivi*; Trib. Roma, 15 luglio 2020, *ivi*; Trib. Roma, 1° luglio 2021, *ivi*; Trib. Roma, 28 giugno 2021, in *Foroplus*;

l'avvicinarsi di una serie cospicua di misure del Governo a sostegno dei settori maggiormente colpiti dalle misure di contenimento del *virus*, è tornato a operare una riflessione più meditata del fenomeno delle sopravvenienze covid-correlate e degli strumenti di gestione suscettibili di impiego.

È stata smentita la doverosità della riduzione del canone, la doverosità di sospensione, si è sconfessato pure che dal dovere di correttezza *in executivis* e dal precetto di solidarietà sociale di cui al precetto costituzionale si possa far discendere un obbligo di rinegoziazione dei contratti divenuti svantaggiosi per taluna delle parti, ancorché in conseguenza di eventi eccezionali e imprevedibili. Coerentemente, è stato escluso pure il riconoscimento di un potere del giudice di modificare i regolamenti contrattuali, al di fuori delle specifiche ipotesi espressamente previste dalla legge.

La chiusura dei locali e l'inibizione all'esercizio delle attività per il *factum principis*, secondo il tribunale romano, ha certamente determinato una eccessiva onerosità del contratto, tenuto conto del canone di locazione, del margine di profitto del locatario, dell'abbattimento del fatturato durante la chiusura forzata e del mancato utilizzo del bene locato. Tale onerosità può condurre alla risoluzione o alla offerta di riduzione del canone, ma difettano i presupposti normativi per un'azione di rettifica del canone o delle altre condizioni del contratto, per un'eccezione per contrastare la richiesta di adempimento, per riconoscere il diritto alla riduzione in via di azione e per imporre l'adempimento a condizioni diverse da quelle pattuite originariamente.

Con riferimento alle citate teorie sulla rinegoziazione, le pronunce avvicendatesi dal 2021 escludono pure che l'equità integrativa o le clausole generali di buona fede oggettiva e di solidarietà sociale consentano di fondare nell'ordinamento giuridico italiano un obbligo di rinegoziazione dei contratti svantaggiosi unilateralmente, pure a fronte di eventi straordinari imprevedibili, con un potere in capo al giudice di intervenire sul contenuto del regolamento contrattuale, frutto dell'autonomia privata. Peraltro, gli artt. 1374, 1375 c.c. e 2 Cost., integrano sì il contratto, ma non sempre e comunque: come già osservato dalla Cassazione, se ne circoscrive la portata integrativa alle clausole contrattuali ambigue ⁽¹¹⁸⁾, ai testi contrattuali lacunosi ⁽¹¹⁹⁾, ai casi non previsti

Trib. Roma, 25 giugno 2021, in *DeJure*; Trib. Roma, 9 aprile 2021, *ivi*; Trib. Roma, 9 aprile 2021, *ivi*; Trib. Roma, ord. 25 febbraio 2021, n. 2476, *ivi*; Trib. Roma, ord. 15 gennaio 2021, *ivi*; Trib. Roma, 24 gennaio 2022, in *DeJure*; Trib. Roma, 15 febbraio 2022, *ivi*; Trib. Roma, 11 aprile 2022, *ivi*; Trib. Roma, 11 aprile 2022, *ivi*; Trib. Brescia, 21 dicembre 2021, *ivi*; Trib. La Spezia, 15 luglio 2021, in *Arch. loc.*, 2021, 512; Trib. Biella, ord. 17 marzo 2021, in *Arch. loc.*, 2021, 289.

¹¹⁸ Cass. Civ., sez. I, 21 marzo 2014, n. 6747, in *DeJure*; Cass. Civ., sez. II, 14 giugno 2002, n. 8577, *ivi*.

¹¹⁹ Cass. Civ., sez. II, 14 marzo 1983, n. 1884, in *DeJure*.

dalle parti al momento della stipula del contratto, ma tenuto conto della già manifestata volontà negoziale ⁽¹²⁰⁾. Non può essere imposto un regolamento contrattuale innovativo, specie alla parte che non ha voluto rinegoziare il contratto, e non si può giustificare l'intervento manipolativo del giudice, inteso come interpretazione della volontà già manifestata, se la sopravvenienza è imprevista e la volontà dei contraenti non si è cristallizzata all'esito della nuova trattativa. Secondo l'insegnamento costante della giurisprudenza di legittimità, la conservazione del contratto non può mai comportare un'interpretazione sostitutiva della volontà delle parti ⁽¹²¹⁾.

Pure a volere stigmatizzare la condotta inerte e maliziosa dell'avvantaggiato, a fronte della richiesta di adeguamento del contratto da parte dello svantaggiato, si deve considerare che la giurisprudenza non fa ricorso alla sostituzione della regola negoziale con una regola giudiziale. Laddove sono state individuate condotte illecite o abusive, per la violazione dei doveri di correttezza e di buona fede, in materia societaria ⁽¹²²⁾, bancaria ⁽¹²³⁾, nei contratti autonomi di garanzia (Gentili 2010; Albanese 2021; Fiorentino 2021)¹²⁴ e per l'abuso del diritto (D'Amico 2021; Macario 2021; Scognamiglio 2021; Piraino2022)¹²⁵, è stata sancita la nullità o l'inefficacia della clausola o dell'atto e, in altri casi, è stato riconosciuto solo il diritto al risarcimento dei danni ⁽¹²⁶⁾. Se non per sporadici e isolati casi, poc'anzi menzionati, non si è fatto ricorso al rimedio della sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c., perché si andrebbe a realizzare un'inammissibile operazione di "ortopedia giuridica" e di sostituzione della decisione giudiziale alla determinazione contrattuale, mediante un'azione volta a intervenire nel contenuto del contratto inserendo, di fatto ed *ex post*, clausole di *hardship* per l'intera durata del contratto ⁽¹²⁷⁾.

L'estraneità dell'obbligo giuridico e coercibile di rinegoziazione dall'ordinamento italiano trova conferma pure dalla analisi, in controluce, della l. 21 maggio 2021 n. 69 per la conversione del c.d. Decreto Rilancio. In materia di locazioni, l'art. 40-*quater* l. 69/2021 ha prorogato l'esecuzione degli sfratti e l'art. 6-*novies* dell'allegato alla medesima legge ha previsto un percorso per la ricontrattazione delle locazioni

¹²⁰ Cass. Civ., 14 ottobre 1972, n. 3065, in *Giur. it.*, 1974, 1, c. 814.

¹²¹ Cass. Civ., sez. II, 23 luglio 2018, n. 19493, in *DeJure*.

¹²² Cass. civ., sez. I, 14 marzo 2016, n. 4967, in *Giur. comm.*, 2018, 2, 337.

¹²³ La casistica in materia bancaria è variegata: Cass. civ., sez. I, 22 dicembre 2020, n. 29317, in *Guida dir.*, 2020, 2; Cass. civ., sez. I, 24 agosto 2016, n. 17291, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 3, 853.

¹²⁴ Cass. civ., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 2, 345.

¹²⁵ Cass. civ., sez. III, 14 giugno 2021, n. 16743, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 2, 1164.

¹²⁶ Cass. Civ., sez. I, 14 luglio 2000, n. 9321,

¹²⁷ In questo senso, si veda Trib. Roma, n. 2476/2022, cit.

commerciali, per addivenire alla condivisione tra le parti dell'impatto economico derivante dall'emergenza epidemiologica da Covid-19, a tutela delle imprese e delle controparti locatrici. In accordo con la disciplina menzionata, conduttore e locatore sono tenuti a collaborare tra loro per rideterminare il canone, nei casi in cui il locatario abbia subito una significativa diminuzione del volume degli affari, del fatturato o dei corrispettivi, a causa delle restrizioni sanitarie, della crisi economica dei comparti e della riduzione dei flussi turistici legati alla crisi pandemica. Sicché, prima e fuori dal perimetro delle disposizioni in discorso, non residuano spazi per il potere eteronomo giudiziale di adeguamento del contratto ⁽¹²⁸⁾.

Dunque, l'orientamento interpretativo favorevole alla rinegoziazione e alla sua coercibilità non si è consolidato o, quantomeno, resta minoritario e circoscritto. Il dato consente di considerare come l'impatto deflagrante dell'epidemia abbia prodotto una sensibilità maggiore dei giudici agli istituti funzionali alla conservazione del contratto. Tuttavia, un'analisi più meditata delle norme ha condotto a smentire l'esistenza di un dovere generale di rinegoziazione e la possibilità di ricorrere all'azione di cui all'art. 2932 c.c., per imporre la conformazione giudiziale del contratto alla sopravvenienza, ben potendo persistere l'inadempimento e il difetto di cooperazione delle parti ⁽¹²⁹⁾.

Da ultimo, si fa cenno alle critiche riguardanti il metodo e l'oggetto della riflessione svolta dall'ufficio del Massimario.

La Cassazione ha eseguito un intervento anomalo, *extra ordinem*, con cui la sembra tracciare un orientamento interpretativo *ex ante*, a cui conformarsi *ex post*, assegnando una forza vincolante a un documento che neppure le sentenze della Cassazione possiedono.

Non viene esplicitato, poi, se l'operazione ermeneutica demandata all'autorità giudicante risulti applicabile alle sole vicende correlate alla pandemia, come sembra suggerire l'*incipit* delle conclusioni, oppure costituisce la più recente elaborazione del generale dovere di rinegoziazione, come sembra intuibile dalla mancanza di un riferimento specifico alle norme.

Ancora, non è chiaro se il giudice sia in grado di operare una ricostruzione del contratto alla luce della causa in concreto e della buona fede oggettiva, fuori dai casi in cui la sopravvenienza ha inciso sui costi. Dunque, ci si chiede, ad esempio, se il giudice

¹²⁸ Trib. Roma, n. 11336/2021, cit., § 5.

¹²⁹ Trib. Roma, n. 10161/2021, cit., § 4.

possa prolungare la durata del contratto oppure limitare o addirittura estendere l'oggetto del contratto.

Si può procedere, poi, a enumerare le considerazioni critiche verso la teoria dell'obbligo legale di rinegoziazione e, soprattutto, nella parte in cui si sostiene la coercibilità di un preteso obbligo di concludere il contratto rinegoziato.

Si contesta, da più parti, l'exasperato impiego del dovere di solidarietà sociale, al punto da aver guadagnato il colorito appellativo di «apriscatole giuridico» (Pardolesi 2014). L'obiezione muove pure dal frequente ricorso al referente costituzionale per dare avallo alle impostazioni interpretative più irriverenti ed espressive di giustizia sostanziale, più che rispettose dell'autonomia negoziale. Non si può non avvertire un certo disagio nell'ammettere un intervento correttivo del contratto da parte dell'autorità giudiziaria, in nome di una autonomia contrattuale che viene senz'altro sacrificata da un soggetto, che dovrebbe essere terzo e imparziale verso la materia del contendere. Sempre sulla solidarietà, si deve considerare anche che il principio costituzionale può sicuramente rilevare per le circostanze sopravvenute particolarmente impattanti a livello collettivo, sicché può compulsare una nuova trattativa entro questo ambito e, in caso di inerzia, consentire alla parte lesa di dolersene per conseguire un risarcimento del danno. Non sembra esserci, invece, spazio per un provvedimento giudiziale correttivo in nome della solidarietà sociale, specie quando l'impatto superindividuale manchi (Balestra 2020).

L'analisi delle pronunce, che fanno ricorso al dovere di solidarietà sociale, evidenzia infatti che il rischio all'interpretazione costituzionalmente orientata costituisca piuttosto un espediente estetico-retorico, un orpello argomentativo, un fattore di rassicurazione più che una reale componente della *ratio decidendi* o regola del caso concreto. Nelle decisioni è mancata una concretizzazione del contenuto solidarista della buona fede (Grondona 2004).

Con riferimento al limite dell'apprezzabile sacrificio, richiamato dal Supremo Consesso della giustizia amministrativa, poi, si osserva che è proprio attraverso una ricostruzione in camera di consiglio del contratto non rinegoziato che si sacrifica l'interesse della parte non svantaggiata dalla sopravvenienza.

Una serie di considerazioni critiche si devono spendere sul richiamo all'art. 2932 c.c.

L'azione di esatto adempimento costituisce rimedio specifico, che tiene luogo degli effetti di un contratto non concluso. In mancanza della rinegoziazione, però, non

c'è alcun contratto equilibrato di cui riprodurre gli effetti; difetta il contratto inadempito che consente al giudice di dare operatività allo strumento disciplinato dall'art. 2932 c.c. (Chianale 2022). Semmai, se si ritiene l'obbligo di rinegoziazione come una particolare declinazione del dovere di buona fede è configurabile una obbligazione risarcitoria.

Il riferimento all'art. 2932 c.c. costituisce secondo taluni un equivoco formidabile (Benatti 2018), irragionevole, ma soprattutto una illusione: non si può pretendere che il giudice riesca a cogliere le esigenze dei contraenti fino a raggiungere un equilibrio delle prestazioni dedotte nel contratto. Peraltro, il sistema processuale non consente al giudice di scegliere una determinata soluzione adeguatrice ogniqualvolta si configurano plurime possibili soluzioni conformi alla clausola di buona fede.

Si deve poi dire della inefficacia e della inefficienza dell'art. 2932 c.c.

Secondo la teoria che richiama la necessità di una "sanzione" più efficace del risarcimento del danno, l'esatto adempimento consentirebbe ai contraenti di rapportarsi con una «rete»: eventuali ridistribuzioni ingiustificate del surplus oppure il mancato adeguamento comprometterebbero l'efficienza generale degli investimenti originariamente deliberati. E allora la rinegoziazione può sfuggire a tali inconvenienti a condizione che vi sia un obbligo dei contraenti ma anche che il suo esperimento «sleale» sia sanzionato dall'intervento sostitutivo del giudice. Ma è proprio questa sanzione dell'adeguamento giudiziale del contratto a finire per privare di gran parte del suo senso la stessa rinegoziazione. Lo svantaggiato dalla sopravvenienza non avrà ragione di accettare proposte del creditore, quantomeno quando queste offerte si collochino al di sotto del presumibile adeguamento giudiziale del contratto. Lo svantaggiato mirerà all'intervento del giudice, la controparte non si sentirà costretta ad effettuare l'offerta migliore. E così, il potere eteronomo del giudice priva di senso l'obbligo di rinegoziazione tra le parti e risulta disincentivata la leale collaborazione. Tutto si riduce all'adeguamento giudiziale del contratto: la buona fede integrativa, l'equità, le clausole implicite dei *relational contracts* altro non sono che «una mera impalcatura ideologica rivolta solo a legittimare attraverso il riferimento a valori (= la solidarietà, appunto) un intervento del giudice» (Barcellona 2003).

Proseguendo l'argomento della efficienza economica, l'esposizione al procedimento sopravvenienza-rinegoziazione-adeguamento giudiziale può, da un lato, indurre il contraente in posizione di forza a rinegoziare per appropriarsi del surplus dell'operazione e, dall'altro, finirebbe per sollecitare la controparte ad attestare i propri

investimenti iniziali sotto il livello ottimale per evitare il rischio appena menzionato (Castronovo-Mazzamuto 2007).

A ciò si aggiunga che anche facendo ricorso all'art. 2932 c.c., l'ordinamento non sembra tutelare la parte debole del rapporto: l'esatto adempimento non assicura, infatti, che la parte che subisce la sentenza vada a adempiere le nuove condizioni stabilite (Chianale 2022).

Pure a volere sorvolare su queste importanti considerazioni, si deve ricordare che la sentenza ex art. 2932 c.c., che tiene luogo degli effetti del contratto che avrebbe dovuto essere il frutto della nuova trattativa, produrrà effetti con il passaggio in giudicato: per un considerevole lasso di tempo, si dovrebbe presumere statico l'interesse della parte svantaggiata dalla sopravvenienza (Maggiolo 2021), mentre, invece, in senso dinamico la risoluzione e il risarcimento del danno consentirebbero di riorganizzare e ottimizzare i propri investimenti.

Ci si deve chiedere, poi, quale fiducia possa persistere in un rapporto contrattuale duraturo all'esito di una trattativa, ammesso che ve ne sia una reale sollecitazione come osservato sopra, che ha visto un contraente voltare le spalle all'altro, con un rifiuto oppure con una trattativa maliziosa. Non si fatica a vedere come il rapporto tra i due contraenti sia ormai minato da un contegno contrario a buona fede, sicché sarebbe meglio individuare un operatore economico diverso e, per l'avvenire, prevedere clausole di *hardship*.

Secondo una riflessione provocatoria ma persuasiva, inoltre, la lettura che invoca la buona fede integrativa e l'esatto adempimento sembra avvantaggiare i contraenti più "pigri". Si pensi a un contratto che prevede clausole di rinegoziazione, con uno studio delle eventuali sopravvenienze: la previsione di tali clausole ha un costo sia per l'analisi che le produce sia per il loro inserimento in un contratto che potrebbe dunque variare nel tempo e dunque frustrare l'investimento. Si pensi, poi, a un contratto che né procede a tale studio né prevede in capo alle parti di sostenere i costi necessari per fare fronte alla clausola e alla sopravvenienza. Il primo rende oneroso il virtuosismo delle parti, il secondo invoca, a seconda della tesi preferita, l'esatto adempimento "a costo zero". A questo punto, quale contraente dedicherà attenzione alle clausole di *hardship* o accetterà una modulazione del corrispettivo o della prestazione per la loro previsione? Le teorie proposte consentono di raggiungere il risultato a un prezzo più vantaggioso e allocare le "fatiche" dell'adeguamento sul giudice.

Nonostante il sopraggiunto disincanto degli interpreti (Terranova 2020) sulla certezza del diritto, le perplessità, soprattutto sulla discrezionalità accordata al giudice, sono numerose.

L'autorità giudiziaria decide quale circostanza è rilevante per l'ordinamento, le modalità di eterointegrazione, i parametri in virtù dei quali considerare la circostanza rilevante e con i quali rimodulare le prestazioni contrattuali (Gentili 2003). Si potrebbe essere indotti a ritenere trascurabile questo potere, specie applicandolo a una semplice operazione negoziale, ma occorre pensare a ciò che accade nella realtà fenomenica: si pensi, ad esempio, a un contratto di *project financing* pubblico. Nella sua esecuzione altro non è che un contratto di diritto comune, con riferimento al quale si possono configurare sopravvenienze qualitative. In tal caso l'operazione di finanza di progetto consta di atto costitutivo della società, accordi di capitalizzazione, contratti di finanziamento bancario, emissioni obbligazionarie, altri contratti di finanziamento di debito, contratti di garanzia, contratti costitutivi di patrimoni destinati, contratti legati al finanziamento dell'opera, contratti di cessione dei prodotti, contratti di cartolarizzazione, contratti di gestione e manutenzione dell'opera (Russo 2021). Tutti questi accordi, avvinti da collegamento, dovrebbero essere attinti dall'adeguamento, fatta eccezione per quei casi in cui l'evento perturbatore affligga esclusivamente uno dei patti. Ecco che allora il rischio insito nell'arbitraria conservazione devoluta al giudice, in luogo del demolire, assume contorni inquietanti. Un simile potere non può che disincentivare i comportamenti virtuosi dei consociati, pure quelli della parte svantaggiata, e sviare gli investimenti verso altri ordinamenti dotati di maggiore certezza e calcolabilità (Tuccari 2018).

Per evitare gli inconvenienti appena enumerati, si è proposto di reagire al comportamento malizioso o inerte, rispetto alla nuova trattativa, con la tutela risarcitoria. Non è, infatti, discutibile la necessità di una protezione del contraente danneggiato dalla sopravvenienza nell'ordinamento, specie a fronte del comportamento scorretto di chi si avvantaggia (Macario 1996). Indubitabile, a questo punto, pare anche la natura della responsabilità per inadempimento dell'obbligo di rinegoziare, previsto dalle parti, per esplicita o implicita previsione contrattuale, o per integrazione del patto o per la violazione di un obbligo di protezione senza obbligo primario di prestazione.

Ciò che invece sembra essere ancora al centro del dibattito è la determinazione del pregiudizio risarcibile (Piraino 2019). Anche in tal caso variegata appaiono le proposte dottrinali: talune rifuggono dalla dicotomia dell'interesse negativo e

dell'interesse positivo. Per questa via, si sostiene la necessità di allocare completamente le conseguenze della mancata trattativa, per rendere antieconomica l'inerzia o la rinegoziazione maliziosa. Altre la riaffermano e confinano il risarcimento del danno nel primo, sicché il danno coincide con le spese sostenute e la perdita di altre opportunità più favorevoli, proprio come in caso di recesso ingiustificato da una trattativa precontrattuale, oppure nell'interesse positivo (Marasco 2006), ricollegato alla inesatta esecuzione del contratto. Questa impostazione muove dall'idea per cui l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare rappresenta la mancata esecuzione del contratto originario (Macario 1996).

5. Alcune recenti riforme. In tempi recenti il legislatore italiano ha tentato di sopperire alla carenza di disposizioni generali ed espresse, costitutive dell'obbligo di rinegoziare e del correlato diritto di pretendere la rinegoziazione.

Il primo tentativo si individua nel disegno di legge recante la delega al Governo per la revisione del codice civile (Sirena 2020)¹³⁰. Il disegno avrebbe autorizzato il Governo alla revisione e alla integrazione del Codice civile con riferimento a istituti e a settori eterogenei: enti, successioni, accordi in previsione della crisi del matrimonio e dell'unione civile, *trust*, obblighi informativi in sede di trattative e pratiche negoziali ingannevoli, cumulo delle forme di responsabilità e nuove forme di garanzia. Tra le tante coordinate di riforma, si annovera anche l'art. 1 lett. i) d.d.l. 1151/2019, che avrebbe imposto al Governo la previsione di un diritto di rinegoziare secondo buona fede e di chiedere l'adeguamento in giudizio, a fronte di cause eccezionali e imprevedibili determinanti l'eccessiva onerosità. La parte avrebbe potuto richiedere al giudice la messa in pristino della proporzione tra prestazioni originariamente convenuta tra le parti.

La disposizione del DDL è stata sottoposta a diverse considerazioni critiche e ha originato alcuni dubbi.

L'art. 1 lett. i) d.d.l. 1151/2019 consente sì di rinegoziare ma solo a fronte di circostanze straordinarie e imprevedibili; inoltre, è consentito al giudice l'adeguamento ma solo per ripristinare un rapporto di proporzionalità tra prestazione. La proporzione determina un perimetro applicativo per alcuni versi più ampio e per altri versi più ristretto di quello auspicabile da un intervento di riforma, volto a introdurre un generale meccanismo manutentivo del contratto squilibrato, perché esclude l'applicazione del

¹³⁰ DDL n. 1151, presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri (Conte) di concerto con il Ministro della giustizia (Bonafede), 19 marzo 2019, XVIII Legislatura, in www.senato.it.

congegno ai contratti gratuiti, cui però trova applicazione il meccanismo demolitorio previsto dall'art. 1467 c.c., mentre non limita la sua applicazione al di fuori della categoria dei contratti a esecuzione continuata e periodica. Il riferimento, invece, alle circostanze straordinarie e imprevedute determina una scarsa potenzialità applicativa dell'istituto, atteso che le ipotesi più frequenti nella prassi si individuano nei casi in cui la sopravvenienza non è stata in concreto prevista e non è permeata nel contenuto contrattuale, ma risultava astrattamente prevedibile (Sirena 2020).

Secondo autorevoli interpreti, il disegno di legge non avrebbe neppure previsto un rimedio sinallagmatico generale, volto a conservare l'equilibrio di un contratto colpito dalla sopravvenienza, simile a quello contenuto nel BGB o addirittura nella nuova disciplina francese. Piuttosto sembra prefigurare un meccanismo teso a neutralizzare l'usurarietà sopravvenuta del contratto, dunque contro l'iniquità, in via non dissimile a quanto previsto dall'art. 1448 c.c. (Sirena 2020; Zanardo 2023; Guerrini 2022; Ferro 2021).

La riforma, prefigurata dal d.d.l. 1151/2019, non ha trovato attuazione né ha trovato seguito nei recenti interventi per la modifica del Codice civile.

Altra disciplina, invece, è intervenuta in materia: il pensiero corre al d.lgs. 24 agosto 2021, n. 118, convertito con modificazioni con la l. 21 ottobre 2021, n. 147. Il D.L. n. 118/2021, all'art. 10. La legislazione dell'emergenza pandemica ha differito l'entrata in vigore del codice della crisi, ma ha introdotto un innovativo meccanismo di rinegoziazione per i contratti colpiti da una eccessiva onerosità. Si prevede un obbligo di rinegoziazione, il cui fallimento attribuisce al giudice compiti di intervento equitativo.

Tuttavia, il perimetro applicativo del congegno appare settoriale o addirittura eccezionale. Le sopravvenienze considerate sono quelle correlate alla pandemia da SARS-CoV-2; riguarda sì i contratti a esecuzione continuata o periodica o differita, ma sono esclusi i contratti di lavoro dipendente; inoltre, tra i contratti di durata, la disposizione considera solo quelli relativi ai beni e ai servizi necessari per favorire la continuità aziendale; si fa riferimento ai soli accordi conclusi prima del febbraio 2020 e a quelli *in executivis* a quella data. Pure la regolamentazione eteronoma del giudice è sottoposta a limitazioni: lo strumento trova applicazione nell'ambito della composizione negoziata della crisi; il giudice può essere chiamato a «rideterminare equamente le condizioni del contratto (...) anche stabilendo la corresponsione di un indennizzo»; tuttavia, l'intervento è funzionalizzato alla continuità aziendale e per il periodo strettamente necessario allo scopo (Brogi 2021). Sarà necessario considerare le ragioni

dell'altro contraente e riscontrare, in capo all'imprenditore che domanda la rinegoziazione, la carenza di risorse per la prosecuzione dell'attività (Fabiani 2022).

Il regolamento dei confini applicativi della disposizione rende l'ipotesi di rinegoziazione in commento non lontana dalla disciplina legale della rinegoziazione del mutuo bancario (Poli 2023) oppure, ancor più, da quella del contratto di locazione commerciale. Eppure, nonostante i numerosi limiti appena enumerati, si deve considerare che la rinegoziazione è consentita a fronte di circostanze che non devono caratterizzarsi per la straordinarietà e l'imprevedibilità, a differenza di quanto previsto dal progetto di riforma del Codice civile.

Aspetto di peculiare interesse riguarda il ruolo accordato all'esperto: nella trattativa per l'adeguamento del contratto, un soggetto terzo «professionale, riservato, imparziale e indipendente» è chiamato ad attuare la buona fede *in executivis* tra le parti del rapporto e a ridurre l'asimmetria informativa. Questo garante, il c.d. negoziatore, non si sostituisce alle parti, ma può formulare proposte di adeguamento del contratto entro la prospettiva di mantenimento della continuità aziendale dell'impresa, raccogliere le determinazioni delle parti e le motivazioni del rifiuto della proposta, riferire al tribunale competente e agevolare il compito di riadattamento del contratto.

Ad ogni buon conto, la necessità avvertita dal legislatore di dedicare apposite disposizioni normative per costituire un obbligo giuridico di concludere il contratto rinegoziato, tanto nella riforma arenata quanto nelle discipline della emergenza pandemica, evidenzia come si debba escludere, a legislazione invariata, l'esistenza di un generale congegno conservativo del contratto divenuto squilibrato e coercibile. Anzi, nonostante la *vis expansiva* paventata da alcuni interpreti (Angiolini 2022; Libertini 2022), tali norme non assurgono ad archetipi. I recenti referenti normativi evidenziano la necessità di individuare nel testo di legge i limiti, le condizioni per la rinegoziazione, gli strumenti per garantire la trattativa secondo buona fede e pure per circoscrivere l'eventuale successivo esercizio del potere eteronomo del giudice.

6. Il nuovo Codice dei contratti pubblici. Al quadro appena illustrato si è aggiunto un ulteriore elemento idoneo a orientare l'operazione ermeneutica del giurista: il pensiero corre al nuovo Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, che rappresenta uno dei traguardi fissati dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (di seguito, PNRR).

Il modello proposto dal nuovo Codice è ispirato al principio del risultato amministrativo (Cocchi 2023) e alla concezione strumentale della concorrenza nel mercato.

Lo scopo di positivizzare e, dunque, attuare gli orientamenti della giurisprudenza emerge specialmente dallo studio della prima parte della neo-introdotta disciplina. Il d.lgs. 36/2023 si apre con dodici principi generali (Galetta 2023), idonei a guidare l'applicazione del testo normativo. Questi principi non sono una novità per i contenuti, trattandosi di valori e canoni dell'ordinamento giuridico complessivamente inteso. Eppure, essi rilevano per la tecnica adoperata: non compaiono nel testo dei codici precedenti, ma vengono introdotti per costruire un sistema normativo autonomo, che dialoga con l'interprete. Le singole e specifiche disposizioni rischiano di determinare la frammentarietà, mentre i principi fungono da elementi di raccordo, integrando lo strumento che consente una migliore comprensione delle previsioni puntuali, perchè valori immanenti del sistema. Essi sono la «memoria del tutto»¹³¹, si legge nella relazione accompagnatoria, e sono caratterizzati da una prevalenza di contenuto deontologico rispetto alle singole norme: assurgono dunque a criteri di valutazione e costituiscono «il fondamento giuridico della disciplina considerata, (perché, *ndr*) hanno anche una funzione genetica (“nomogenetica”) rispetto alle singole norme»¹³².

I primi dodici articoli, tuttavia, non esauriscono la pleora di principi del nuovo Codice, atteso che se ne rintracciano pure negli artt. 19, 20 e 27 ss d.lgs. 36/2023. Eppure, ai primi è accordato un ruolo preminente, con funzione «ordinante e nomofilattica», nonché di garanzia e completezza.

Tra i “superprincipi” si annovera all’art. 5 il canone generale di buona fede e di tutela dell’affidamento e all’art. 6 il principio di solidarietà e sussidiarietà orizzontale. Essi sono stati spesso evocati, in questo scritto, quali basi costitutive dell’obbligo legale di rinegoziare e di concludere il contratto adeguato alla sopravvenienza. L’accostamento del principio di buona fede all’affidamento evoca, però, anche le autorevoli considerazioni critiche (Bigliuzzi Geri 1991) svolte attorno all’opinione interpretativa che riduce il canone della buona fede in senso oggettivo alla questione degli affidamenti incolpevoli. La buona fede, nel nuovo codice, subisce precisazioni nel perimetro

¹³¹ Consiglio di Stato, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell’articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante “Delega al Governo in materia di contratti pubblici”, Relazione agli articoli e agli allegati, Roma, 7 dicembre 2022, 11.

¹³² Relazione agli articoli e agli allegati, cit., 11.

applicativo: il canone generale opera reciprocamente, pure nei rapporti in cui l'Amministrazione esercita il potere (Corradino 2023).

Nonostante l'affermazione, all'art. 2, del principio della concorrenza, il nuovo codice controbilancia tale super-valore con la solidarietà e la sussidiarietà: si evidenzia così l'adesione a quell'orientamento giurisprudenziale che intende la concorrenza non come un fine da perseguire sempre e comunque, ma come uno strumento per conseguire il migliore risultato, suscettibile di sacrificio se ci sono interessi superiori da realizzare. L'obiettivo, a ben vedere, è la "demitizzazione" della concorrenza ad ogni costo (Rivosecchi 2022)¹³³. Questo dato tornerà utile a breve.

Per perseguire l'obiettivo della tutela delle imprese, tra i dodici principi si annovera l'art. 9, rubricato principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, poi declinato, nel reticolato normativo puntuale, nell'art. 120, rubricato modifica dei contratti in corso di esecuzione. La prima disposizione è interposta tra il principio di autonomia negoziale e la tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche. La collocazione topografica è espressiva dell'impostazione del nuovo codice: il legislatore opera una mediazione tra la protezione della libertà negoziale e la tutela della concorrenza, sebbene si assicura prevalenza alla prima sulla seconda sia nella fase di esecuzione del contratto sia nelle attività conservative dello stesso. Dunque, non concorrenza a ogni costo, ma solo se strumento ragionevole e proporzionale.

L'art. 9 d.lgs. 36/2023 consente alla sola parte svantaggiata dalla sopravvenienza contrattuale di invitare la controparte a una rinegoziazione: si tratta di un diritto alla rimodulazione del contenuto contrattuale e non di un potere di autotutela autoritativa e pubblicistica della Pubblica Amministrazione. Sotto questo aspetto, la rinegoziazione si differenzia dalla revisione dei prezzi (Ceffa 2023; Goisis Pantalone 2023) e ciò implica che la presentazione della richiesta non determini l'avvio di un procedimento amministrativo, entro cui è demandata un'istruttoria alla amministrazione competente all'accertamento dei presupposti applicativi, né occorre l'adozione di un provvedimento amministrativo autoritativo, recante il contenuto del contratto rinegoziato. Ulteriore corollario di detta qualificazione giuridica è la giurisdizione sulla rinegoziazione consensuale in capo al giudice ordinario, salvo che non occorra modificare le clausole contrattuali nel segmento che intercorre tra la fase di aggiudicazione e di stipula del

¹³³ Corte cost., 5 ottobre 2021, n. 218, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 4, 511.

contratto¹³⁴. La richiesta di rinegoziazione può essere avanzata a fronte di situazioni eccezionali, derivanti da cause esogene rispetto alla fluttuazione economica, estranee all'ordinario rischio di mercato, al solo scopo di ripristinare l'originario equilibrio contrattuale.

All'art. 9 co. 3 si prevede un ulteriore meccanismo di conservazione del contratto, ossia il diritto alla riduzione proporzionale del corrispettivo. In caso di sopravvenienza idonea ad incidere sulla prestazione in modo tale da renderla inutile o inutilizzabile per la controparte, è ammesso l'adattamento del valore della prestazione, secondo le regole dell'impossibilità parziale. Si distingue così la sopravvenienza idonea a incidere sull'equilibrio del negozio, di cui al co.1, e i fenomeni incidenti sulla utilizzabilità o sulla utilità della prestazione, di cui al co. 3 dell'art. 9 d.lgs. 36/2023. Nel secondo caso, che rievoca quanto accaduto con le locazioni commerciali durante l'epidemia da SARS-CoV-2, la prestazione inidonea a soddisfare l'interesse creditorio ex art. 1174 c.c. non può determinare la rinegoziazione, ma soggiace alle regole sulla impossibilità sopravvenuta parziale del contratto, ai sensi dell'art. 1464 c.c. Il rimedio è sì conservativo, tuttavia è distinto.

Nonostante l'introduzione di un positivo obbligo generale di rinegoziazione dei contratti pubblici, il comma 4 della medesima disposizione prevede un *favor* per l'inserimento di clausole di rinegoziazione da parte dei contraenti, in considerazione del contesto economico contingente: «Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono l'inserimento nel contratto di clausole di rinegoziazione, dandone pubblicità nel bando o nell'avviso di indizione della gara, specie quando il contratto risulta particolarmente esposto per la sua durata, per il contesto economico di riferimento o per altre circostanze al rischio delle interferenze da sopravvenienze».

Come si evidenzia nella relazione accompagnatoria, l'art. 9 d.lgs. 36/2023 trae ispirazione da quei principi di moralizzazione del contratto elaborati dalla Commissione Lando e Unidroit, oltre a raccogliere l'eredità lasciata dal D.D.L. 1151/2019.

Si possono, però, individuare alcune limitazioni alla rinegoziazione: se è vero che si riconosce un diritto ad ottenere l'adeguamento del contratto allo *shock* esogeno imprevisto e non volontariamente assunto dai contraenti, l'esercizio di questo diritto deve conformarsi al principio di buona fede, di cui all'art. 5 d.lgs. 36/2023. Come precisa la relazione accompagnatoria, si deve tenere conto della qualificazione dei soggetti

¹³⁴ TAR Sardegna, 16 novembre 2022, n. 770, in *Foro amm.*, 2022, 11, 1532; TAR Toscana, Sez. I, 25 febbraio 2022, n. 228, in *Urb. app.*, 2022, 4, 549-551; TAR Piemonte, Sez. I, 28 giugno 2021, n. 667, in *De Jure*.

interessati, che si tratti della parte pubblica o privata, degli atti del rapporto, del bando e del provvedimento di aggiudicazione. A ciò si aggiunge il limite quantitativo del finanziamento complessivo dell'opera, in linea con la clausola di invarianza finanziaria.

L'art. 9 è, poi, completato dalla seconda disposizione richiamata, ossia dall'art. 120, dedicato alla revisione del prezzo e alla modifica dei contratti in corso di esecuzione. L'art. 120 d.lgs. 36/2023, sulla modifica dei contratti in corso di esecuzione, sostituisce l'art. 106 d.lgs. 50/2016 (Stracqualursi 2020), sulle modifiche dei contratti durante il periodo di efficacia.

Il codice impiega un nuovo approccio rispetto alle modifiche al contratto *in executivis*, entro il perimetro tracciato dalle Direttive europee. La direttiva 2014/24/UE utilizza una terminologia piuttosto generica per le modifiche: sono consentite solo quelle che non alterano "la natura generale del contratto". L'art. 106 d.lgs. 50/2016 ricalcava perfettamente il testo dell'art. 72 della direttiva: si vietavano le "modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro" (comma 1, lett. a), c), e ancora le modificazioni incidenti su "la natura complessiva del contratto o dell'accordo quadro" (co. 2) e, infine, la modifica sostanziale di un contratto o di un accordo quadro durante il periodo della sua efficacia, per tale intendendosi quella che altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti. Diversamente, l'art. 120 d.lgs. 36/2023, che sostituisce l'art. 106 d.lgs. 50/2016, opera una distinzione tra modifiche snaturanti o meno: non sono mai snaturanti le variazioni di carattere quantitativo, mentre con riferimento a quelle di natura qualitativa sono ammesse se, pure incidendo su natura e struttura del contratto, non determinano una alterazione della operazione economica e ferma restando la piena funzionalità dell'opera, come previsto dal d. l. 30 aprile 2022, n. 36, convertito dalla l. 29 giugno 2022, n. 79, recante ulteriori misure urgenti per l'attuazione del PNRR.

Oltre ad ammettere le modifiche non sostanziali e sostanziali del contratto, l'art. 120 co. 8 del nuovo codice reca una disposizione di coordinamento e ribadisce l'ammissibilità di una richiesta di rinegoziazione, pure in difetto di una specifica clausola contrattuale. La disposizione impone la sequela delle norme previste per la modifica del contratto in corso di esecuzione e esclude la necessità di una nuova procedura di affidamento. L'istanza deve essere avanzata senza ritardo al responsabile del procedimento ex art. 15 d.lgs. 36/2023 (di seguito, RUP), non comporta la sospensione automatica del contratto *in itinere* e la proposta di nuovo accordo deve essere formulata nel termine non superiore ai tre mesi.

Nell'ultima parte dell'art. 120 co. 8 d.lgs. 36/2023 si individua la disposizione dalla portata più innovativa: se non è stato raggiunto l'accordo sul contratto rinegoziato entro un termine ragionevole, la parte svantaggiata può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto al suo equilibrio originario. Inoltre, il medesimo soggetto può far valere la responsabilità della controparte per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione.

Come prefigurato dallo schema di riforma del Codice civile e come previsto dal d.l. 118/2021, si prevede un obbligo coercibile di concludere il contratto rinegoziato. Similmente al d.l. 118/2021, esso è il frutto di una rinegoziazione mediata dal responsabile unico del procedimento. Il responsabile invita le parti a rinegoziare il contenuto del contratto di durata proprio come il terzo esperto nella crisi d'impresa per la continuità aziendale. Le disposizioni si differenziano laddove il terzo esperto, nella crisi d'impresa, può ma non deve essere necessariamente compulsato dalle parti per lo svolgimento della rinegoziazione, mentre invece nei contratti pubblici la richiesta di rinegoziazione va avanzata senza ritardo e, alla stregua di questa, il RUP elabora la proposta che andrà a formare oggetto della nuova trattativa. Dunque, mentre nella crisi d'impresa l'esperto ha un ruolo proattivo, nei contratti pubblici il RUP svolge un ruolo servente agli interessi dei contraenti.

Sicura è la portata innovativa del nuovo Codice, per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, si espande lo spettro applicativo delle modifiche contrattuali (Marra 2004; Delsignore 2019)¹³⁵, rispetto alle disposizioni attualmente vigenti e pro-concorrenziali, con una variazione dei limiti attualmente imposti. In secondo luogo, il combinato disposto degli artt. 9 e 120 co. 8 d.lgs. 36/2023 introduce un obbligo generale di rinegoziazione e ne sancisce espressamente la coercibilità, facendo salva la responsabilità da inadempimento dell'obbligo di rinegoziare.

Si cominci dal primo aspetto, attinente alla incidenza delle nuove disposizioni sulla concorrenza nel mercato. Non è recente l'interesse verso la rinegoziazione *in executivis* dei contratti pubblici, atteso che l'autotutela interna, senza una precedente procedura di evidenza pubblica, può facilmente eludere i termini della offerta economica, del bando e degli atti di gara, posti a presidio della concorrenza nel mercato. La modifica di un contratto pubblico nella fase di esecuzione può certamente rispondere ad esigenze meritevoli di tutela, nella fase privatistica del rapporto tra stazione appaltante e operatore

¹³⁵ Cons. Stato, comm. spec., 12 ottobre 2001, in *Urb. app.*, 2002, 447; Cons. Stato, Sez.V, 13 novembre 2002, n. 6281, in *Giust. civ.*, 2003, 1144.

economico. Tuttavia, la variazione sostanziale del contenuto dell'accordo dovrebbe fisiologicamente determinare una nuova procedura concorsuale o avrebbe dovuto determinare un diverso bando di gara aperto ad una pletora più ampia o solo diversa di operatori economici.

Proprio per contemperare l'esigenza di tutelare la concorrenza e di mantenere l'equilibrio di forze tra le parti del contratto, specie nei contratti di durata, la giurisprudenza comunitaria (¹³⁶) ha da tempo elaborato alcuni indirizzi interpretativi. Secondo un primo indirizzo, la modifica del contratto non deve quindi determinare uno stravolgimento dell'equilibrio economico originario tra le prestazioni, così delineato dal contratto. Si fa riferimento al c.d. *scope of the contract test*. Secondo un diverso approccio, più recente e più coerente con la tutela della concorrenza nel mercato (Marchetti 2003; Crismani 2019), occorre effettuare una diversa valutazione: il c.d. *scope of the competition test*¹³⁷. In base al *competition test* la rinegoziazione del contenuto del contratto può avvenire solo se conforme ai termini della aggiudicazione, secondo una prognosi postuma. Le modifiche contrattuali autorizzate dallo *scope of competition test* sono solo quelle che non avrebbero imposto, se fatte oggetto di originarie clausole contrattuali o previsioni degli atti di gara, una diversa procedura di aggiudicazione. Dunque, sono ammesse solo le modifiche che non avrebbero alterato la gara.

Risulta marcata la natura proconcorrenziale del *competition test*, a cui aderisce l'art. 106 d.lgs. 50/2016: si autorizzano modifiche contrattuali per la revisione del prezzo, per le prestazioni supplementari impossibili o determinanti notevoli disguidi e costi, per le varianti in corso d'opera. All'opposto, le disposizioni proposte dal nuovo codice abbandonano il *competition test* per aderire al *contract test*: la disciplina smarrisce così il suo respiro pro-concorrenziale, per favorire la manutenzione dei contratti pubblici *in itinere*. Come ribadito dalla relazione, occorre che cambi il paradigma: la concorrenza è strumento, non fine, dunque la competizione non va perseguita a tutti i costi.

Il secondo aspetto di rilievo è costituito dalla introduzione di un generale – quantomeno per il sistema di riferimento - obbligo di concludere il contratto rinegoziato.

Secondo la relazione illustrativa, la peculiare attenzione dedicata dal legislatore alle sopravvenienze straordinarie e determinanti l'alterazione sostanziale dell'equilibrio contrattuale è data anche dagli «effetti resi di recente drammaticamente evidenti dalla

¹³⁶ CGUE, 5 ottobre 2000, C-337/984, Commission c. France, in Racc., 2000, I, 8377.

¹³⁷ CGUE, 29 aprile 2004, C-496/99, Commissione v. CAS Succhi di frutta S.p.A, in *Foro amm.*, 2004, 985.

congiuntura economica e sociale segnata dalla pandemia e dal conflitto in Ucraina». Tuttavia, restano impregiudicati il limite dello scopo del contratto e il finanziamento complessivo dell'opera, perché la rinegoziazione è ammessa nei limiti dello stanziamento di bilancio originario.

Eppure, se le disposizioni contenute nel disegno di legge per la riforma del codice civile o l'art. 10 D.L. n. 118/2021 non sono valse a convincere gli interpreti – e tra tutti, i civilisti – sull'esistenza di un obbligo generale di rinegoziazione e di coercibilità dell'adeguamento, medesime considerazioni non possono che essere fatte valere per i nuovi (super) principi di buona fede e di conservazione dei contratti pubblici nonché per il combinato disposto degli artt. 9 e 120 d.lgs. 36/2023.

Le disposizioni si collocano entro un microsistema normativo (Bianchini, 2021), quello dei contratti pubblici, in cui si sintetizzano interessi pubblicistici oltre che privati, sottoposti ad un peculiare procedimento di evidenza pubblica. Pure se sottoposti al diritto comune nella fase dinamico-esecutiva, queste fattispecie contrattuali sono comunque regolate da una normativa caratterizzata da numerosi profili di specialità (Angelici 1985; Oppo 1995; Blasini 2018).

Come evidenzia la relazione accompagnatoria, «a venire in rilievo, infatti, sono contratti pubblici connotati dalla conformazione in ragione delle finalità di pubblico interesse perseguite che restano immanenti al contratto e al rapporto che ne scaturisce, con conseguente esclusione della possibilità di accedere a una integrale trasposizione delle regole civilistiche e necessità di favorire il raggiungimento di un giusto punto di equilibrio idoneo a preservare tali interessi assicurando al tempo stesso adeguata ed effettiva tutela agli operatori economici, nella consapevolezza anche della convergenza di tale tutela con altri interessi generali di primario rilievo (stabilità economica, sociale, occupazionale, ecc.) suscettibili di essere pregiudicati in situazioni di *hardship*»¹³⁸. Non solo c'è un peculiare interesse dei contraenti alla rinegoziazione, ma vi è marcato interesse della P.A. a conservare il contratto *in itinere*, onde evitare la tutela esclusivamente demolitoria, la riedizione della gara, la conseguente duplicazione dei costi investiti nella procedura di evidenza pubblica.

La peculiarità della disciplina, non solo nominale, ma è pure confortata dai limiti stringenti alla rinegoziazione e dal procedimento speciale prefigurato per la sua esecuzione, molto simile a quello previsto per la continuità aziendale e ciò fa pensare che la rinegoziazione abbisogni di un terzo esperto oltre che di un giudice

¹³⁸ Relazione agli articoli e agli allegati, cit., 24.

Non solo si tratta di contratti dalla disciplina speciale, come conferma la giurisprudenza, ma addirittura la dottrina si è spinta ad annoverarli tra i contratti asimmetrici, alla stregua di contratti d'impresa (B2B) (Moliterni 2020)¹³⁹. Pare indubbio che gli enti pubblici, nella nozione cangiante invalsa nell'ambito dei contratti pubblici, siano destinatarie di una disciplina speciale rispetto al diritto comune (Nicodemo 2018), visto il perseguimento di interessi generali cui essi sono funzionalizzati. Quantomeno nella fase pubblicistica di evidenza pubblica, la sperequazione è evidente nel rapporto caratterizzato da potere, da un lato, e interesse legittimo, dall'altro. L'asimmetria non si smarrisce neppure nella fase privatistica della esecuzione del contratto: come sostenuto dall'Adunanza Plenaria, non rileva (...) che la fase esecutiva del rapporto negoziale sia tendenzialmente disciplinata da disposizioni privatistiche, poiché anche e, si direbbe, soprattutto, questa fase rimane ispirata e finalizzata alla cura in concreto di un pubblico interesse, lo stesso che è alla base dell'indizione della gara e/o dell'affidamento della commessa, che anzi trova la sua compiuta realizzazione proprio nella fase della realizzazione dell'opera o del servizio»¹⁴⁰.

Si deve, tuttavia, evitare di cadere nel tranello che equipara la *lex specialis* a una disciplina volta a neutralizzare o comunque ridurre le asimmetrie informative o economiche. Infatti, con particolare riferimento al tema della rinegoziazione, la disciplina del nuovo Codice dei Contratti pubblici non assume che la Pubblica amministrazione sia la parte forte e che l'operatore economico vincitore della gara e controparte sia la parte debole, *ex se*. L'ente pubblico che indice o beneficia dell'esito della gara non può essere inteso, di per sé, come un professionista, per il solo fatto di essere dotato di una propria organizzazione, né l'operatore economico può essere considerato acriticamente come soggetto alla dipendenza economica dell'ente. Neppure la più difficoltosa allocazione della prestazione, in caso di inadempimento della controparte, può essere intesa come espressiva della asimmetria, atteso che si tratta di una caratteristica dei contratti di appalto, pure quelli di diritto comune. All'opposto, si devono valutare in concreto le condizioni in cui versano entrambe le parti e se entrambi i contraenti sono svantaggiati dal sopravvenuto squilibrio contrattuale, si vedono riconosciuto il diritto di invitare la controparte al tavolo delle trattative, con l'ausilio del RUP, e, in caso di inadempimento, possono adire il giudice per conseguire una sentenza che tenga luogo del contratto rinegoziato.

¹³⁹ Cons. Stato, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 505.

¹⁴⁰ Cons. Stato, n. 10/2020, cit., §§ 12 e 14.

All'osservazione critica secondo la quale ormai la disciplina codicistica risulta residuale rispetto alle regole delle asimmetrie (Doria 2019; Camardi 2017), si deve obiettare osservando che l'argomento è tautologico e privo di efficacia euristica. Pure constatando la proliferazione di contratti asimmetrici, caratterizzati da un elevato livello di tutela per la parte debole, e pure ricordandosi che i codici, come quello civile, non sono che una "increspatura" nel corrente sviluppo della legge (Windscheid 1904), non spiega in alcun modo come le discipline, dal perimetro applicativo specifico, possano influenzare il percorso esegetico dell'interprete che insiste con l'applicazione del Codice civile. Se ciò non bastasse, l'argomento pare smentito dalla vasta e attenta produzione scientifica, che in queste pagine si è solo lambita, ancora dedita a discettare attorno alle clausole generali e al pernicioso tema della gestione delle sopravvenienze.

Dunque, non si fa riferimento ad un nuovo addentellato normativo da annoverare entro le tesi a sostegno dell'obbligo legale di rinegoziazione e del distinto obbligo di concludere il contratto rinegoziato. Al contrario, compulsato dagli effetti del conflitto bellico, il legislatore ha sentito l'esigenza di prevedere, nella fase esecutiva del contratto pubblico, dunque già sottoposta al diritto comune, una precisa norma in grado di abilitare le parti alla rinegoziazione, che, se fallita, può consentire alla parte non maliziosa o non inerte di adire il giudice per l'adeguamento. Se ciò fosse già consentito dal diritto comune le norme sarebbero superflue.

Si contravviene, dunque, ai facili entusiasmi che le disposizioni potrebbero avere generato: non si rinvengono referenti espressivi di una nuova scelta politica in grado aprire l'ordinamento all'obbligo legale di rinegoziazione e all'obbligo di concludere il contratto rimodulato. Semmai si fa strada una scelta di segno contrario e nel solco della impostazione codicistica: il rimedio demolitorio è generale, quello conservativo è speciale; per la rinegoziazione, peraltro, non servirebbe neppure un preciso obbligo, ma per sanzionare l'inadempimento dell'obbligo di concludere il contratto rinegoziato è imprescindibile.

Pure se il d.lgs. 36/2023 prevede un abbattimento sostanziale degli obblighi di indire le gare pubbliche e anche se si ricorre allo *scope of the contract* in luogo del proconcorrenziale *competition test*, questi nuovi fattori non valgono a eliminare la specialità e la settorialità della disciplina in commento, con la conseguente limitazione del perimetro di rilevanza dei nuovi obblighi di rinegoziazione e di concludere il contratto rinegoziato.

Al netto di tali considerazioni sulla rilevanza delle nuove disposizioni, non mancano alcuni interrogativi veleggiati dal nuovo Codice dei Contratti pubblici.

Gli artt. 9 e 120 d.lgs. 36/2023 non fanno alcun riferimento all'azione di esatto adempimento ex art. 2932 c.c. Ci si chiede se il riferimento debba intendersi implicito o meno nel testo della disposizione normativa.

In secondo luogo, il nuovo obbligo coercibile di concludere il contratto rinegoziato non viene riferito alla nuova trattativa maliziosa, ma solo al contegno inerte o comunque ostativo alla rinegoziazione del contratto da parte del contraente avvantaggiato. Inoltre, il Codice prevede che la proposta di contratto adeguato sia elaborata dal RUP, non dalle parti: le parti del contratto pubblico possono o meno concordare con la proposta e, in caso di disaccordo, il solo svantaggiato può dolersene dinanzi al giudice. Non sembrerebbe, dunque, residuare lo spazio per la trattativa svolta ma scorrettamente dalla controparte, visto il ruolo di garanzia assunto dal responsabile del procedimento. Tuttavia, in ragione del richiamo al principio generale della buona fede in senso oggettivo, non sembra potersi escludere la rilevanza giuridica pure del comportamento scorretto tenuto nella nuova trattativa.

Da ultimo, appare dubbio il ruolo dei descritti "super principi", tra cui si annoverano il principio di buona fede e di conservazione del contratto.

7. Considerazioni finali. Le ricadute della pandemia, dell'offensiva bellica in Ucraina, delle crisi economiche cicliche «si stanno producendo su una miriade di rapporti contrattuali e sono tali da determinare un effetto economico critico "di sistema", che richiede, a sua volta, soluzioni di sistema» (Scognamiglio 2020). Tuttavia, l'enfasi posta sull'obbligo di rinegoziazione, tanto dalle teorie della buona fede e dell'equità, quanto dai principi ELI e Unidroit, deriva da una «cornice valoriale» (Barcellona 2003), che induce gli interpreti a considerare necessaria una corrispondenza tra obbligo di rinegoziare e obbligo di concludere il contratto rinegoziato. Tale tendenza, si è detto autorevolmente, non è altro che «un'anticipazione al piano stragiudiziale dell' "equitativismo" che sembra ormai dominare accademie e tribunali» (Barcellona 2003). Difatti, per rinegoziare le parti non abbisognano di un obbligo, per superare la lite da trattativa fallita sì. Ed è proprio questa allocazione del rischio sull'adeguamento giudiziale a stridere con il modello codicistico consensuale e a generare una serie di discipline di settore, in cui si evidenzia una particolare sensibilità all'asimmetria sopravvenuta e imprevedibile.

Si conviene senz'altro con chi sostiene che la rinegoziazione, nel contingente periodo storico, dovrebbe poter abbandonare la sua collocazione nell'area della eccezione e diventare una regola. Tuttavia, la nuova trattativa può essere avviata dalle parti a prescindere da un obbligo specifico *ex lege*. Le parti non hanno bisogno di una clausola o di una norma specifica per tornare al tavolo delle trattative. L'opposto deve dirsi per l'obbligo di concludere il contratto rinegoziato, come confermano i tentativi di riforma e il nuovo Codice dei Contratti pubblici, in presenza di un dettato normativo univoco in tal senso. Pure a volere ritenere sufficienti le clausole generali, per supportare la sequenza rinegoziazione-adeguamento giudiziale, né l'equità né la buona fede integrativa, pure alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata, giustificano il potere eteronomo del giudice.

In conclusione, nell'ordinamento italiano si può cogliere tra le pieghe del dettato normativo il riconoscimento dell'obbligo di rinegoziare il contratto, la *Störung der Geschäftsgrundlage*, non invece l'obbligo legale di concludere il contratto rinegoziato, con il correlato potere di eterointegrazione in capo al giudice. Solo le nuove norme sui contratti pubblici e la disciplina della crisi d'impresa accolgono, finalmente e testualmente, l'*imprevision*, con limiti soggettivi, oggettivi e temporali precisi nonché l'inedita figura del terzo nella nuova trattativa, ossia l'esperto rinegoziatore o il responsabile del procedimento, per la predisposizione del nuovo accordo sensibile alla sopravvenienza qualitativa.

Bibliografia

- ALBANESE A., *Buona fede contratto legge*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 1;
ALPA G., *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999;
AMADIO G., *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, a cura di Gitti-Villa, Il Mulino, Bologna, 2008;
AMADIO G., *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in Roppo (a cura di), *Trattato del contratto. Rimedi*, II, Milano, 2006;
AMBROSOLI M., *La sopravvenienza contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2002;
ANDREOLI M., *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1938;
ANGELICI C., *La contrattazione d'impresa*, in Libonati-Ferro-Luzzi (a cura di), *L'impresa*, Milano, 1985;
OPPO G., *Note sulla contrattazione d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995;
ANGIOLINI F., *Sopravvenienze contrattuali e composizione negoziata: quali rimedi?*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2022;
AUSTEN-BAKER R., *Comprehensive Contract Theory: A Four Norm Model of Contract Relations*, in *Journal of Contract Law*, 2009, 25;
BALESTRA L., *Pandemia, attività d'impresa e solidarietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020;
BARCELLONA M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. dir. priv.*, 2003;
BARELA V., *Risoluzione del contratto in Francia: nuove prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2015;
BELLANTUONO G., *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Cedam, Padova, 2000;
BENATTI F., *La riforma dei contratti in Francia: l'imprevision nel nuovo code civil riformato*, in *Giur. it.*, 2018;
BENEDETTI A.-NATOLI U., *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*, 25 marzo 2020;
BESSONE M.-D'ANGELO A., voce *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986;

BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1968;

BESSONE M., *Dal principio di tutela dell'affidamento all'amministrazione giudiziale dei rischi contrattuali*, in Alpa-Bessone-Roppo (a cura di), *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982;

BESSONE M., *Presupposizione, «causa» tipica del negozio, economia del contratto (e l'equivoco delle formule sulla pretesa «irrelevanza» dei «motivi»)*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, II;

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Torino, 1943;

BIANCA C.M.-PATTI G.-PATTI S., *Lessico di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1991;

BIANCA C.M., *Il contratto*, in *Diritto Civile*, III, Milano, 2000, 27; ALPA, voce *Rischio (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989;

BIANCHINI M., *Profili di ibridazione tra interessi pubblici e privati nei "micro-sistemi normativi" delle società pubbliche e dei contratti pubblici*, in *Giur. comm.*, 2021, 5;

BIGLIAZZI GERI L., *L'interpretazione del contratto. Artt. 1362-1371 c.c.*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1991, 198 ss.;

BIGLIAZZI GERI L., *Osservazioni minime su «poteri privati» ed interessi legittimi*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1981, 1, 260;

BLASINI A., *Principio di legalità e capacità di diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2018, 2;

BROGI R., *Le autorizzazioni e la rideterminazione delle condizioni contrattuali*, in *Fallimento*, 2021, 12;

CACCAVALE C., *Giustizia del contratto e presupposizione*, Giappichelli, Torino, 2004;

CALISAI F., *Rischio contrattuale e allocazione tra i contraenti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016;

CAMARDI C., *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Giappichelli, Torino, 2017;

CASTRONOVO C.-MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano, 2007;

CATAUDELLA A., *Sul contenuto del contratto*, Giuffrè, Milano, 1966;

CEFFA F., *La semplificazione normativa nel PNRR: verso una vera riforma (ri)abilitante in tema di qualità della regolazione?*, in *Federalismi.it*, 2023, 9;

CERRI S.P., *Conservazione e adeguamento del contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020;

CESARO V.M., *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000;

CHIANALE A., *Dell'esecuzione forzata in forma specifica. Artt. 2930-2933*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2022;

CIATTI A., *Retroattività e contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007;

COCCHI S., *Pillole del nuovo codice appalti*, in *Azienditalia*, 2023, 5;

COGLIOLO P., *La c.d. clausola rebus sic stantibus e la teoria dei presupposti*, in *Scritti vari di diritto privato*, I, Torino, 1917;

COMPORZI G.D., *Giurisdizione ordinaria e amministrativa – logiche di riparto per una visione dei contratti pubblici*, in *Giur. it.*, 2018, 2;

CORRADINO M. (a cura di), *La riforma dei contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2023;

COSTANZA M., *Clausola di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in Aa.Vv., *Inadempimento, adattamento e arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi. Diritto e prassi degli scambi internazionali*, Giuffrè, Milano, 1992;

CRISMANI A., *Il principio della tendenziale immodificabilità soggettiva dei contratti pubblici nella fase di esecuzione*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 5;

D'AMICO G., *Buona fede ed estinzione (parziale) del diritto di credito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 2;

DAMONTE R. – PIAZZALUNGA M., *È legittima la trattativa instaurata dall'amministrazione con l'aggiudicatario provvisorio di una gara d'appalto, volto alla rinegoziazione dell'offerta presentata? Nota a TAR Lazio, Roma, Sez. III, 8 gennaio 2002, n. 106*, in *Urb. app.*, 2002;

DE MAURO A., *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, Giuffrè, Milano, 2000;

DEL PRATO E., *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 3, 801;

DELLACASA M.-ADDIS F., *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in Roppo (a cura di), *Trattato del contratto. Rimedi*, II, Milano, 2006;

DELSIGNORE M., *La transazione e l'arbitrato nel codice dei contratti pubblici*, in *Riv. arb.*, 2019, 2, 361;

DI GREGORIO V., *Rinegoziazione e adeguamento del contratto: a margine dell'introduzione dell'imprévision nel code civil francese*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018;

DORIA G., *La dissolvenza del codice civile e il ruolo della legge tra giustizia giuridica e incertezza applicativa*, in *Riv. dir. civ.*, 2019;

DRETTA U., *Il diritto dei contratti internazionali. La patologia dei contratti*, Cedam, Padova, 1988;

FABIANI M., *Il valore della solidarietà nell'approccio e nella gestione delle crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2022;

FERRO LUZZI P., *I contratti associativi*, Giuffrè, Milano, 1971;

FERRO M., *La composizione negoziata e il riposizionamento delle istituzioni della concorsualità giudiziale dopo il d. l. n. 118/2021*, in *Fallimento*, 2021, 12;

FIorentino F., *Il labile confine tra fideiussione e garanzia autonoma di fronte alla mala fede del creditore garantito*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 1;

FONDRIESCHI A.F., *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, Milano, 2018;

FRANZONI M., *Degli effetti del contratto. Integrazione del contratto suoi effetti reali e obbligatori*, II, *Commentario Schlesinger*, Milano, 1999, 169;

FRIGNANI A., voce *Hardship clauses*, in *Dig. disc. priv.*, sez. *comm.*, Torino, IV, 1991;

GABRIELLI E., *Studi sulle tutele contrattuali*, Cedam, Milano, 2017;

GALETTA D., *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in *Federalismi.it*, 2023, 12;

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, II, *Le obbligazioni e i contratti. Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, Padova, 2004;

GALLETTO T., *Clausola Rebus Sic Stantibus*, in *Dig. disc. priv.*, II, Torino, 1988;

GALLO D., *Gli obblighi legali a contrarre*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020;

GALLO D., *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Dig. disc. priv.*, Agg. VI, Torino, 2011;

GALLO D., *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1992;

GALLO D., voce *Revisione del contratto*, *Digesto Civ.*, XVII, Torino, 1998;

GAMBINO F., voce *Rinegoziazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2007;

GENTILI A., *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 2;

GENTILI A., *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. imp.*, 2003, 2;

GOISIS F.-PANTALONE P., *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici come condizione per l'attuazione del PNRR, tra principi eurounitari e vischiosità normative nazionali*, in *Dir. amm.*, 2023, 1;

GRONDONA M., *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 2;

GUERRINI L., *Il d.l. n. 118/2021 sulla composizione negoziata della crisi d'impresa: l'alba di una buona fede "concorsuale"?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022;

HART O.-MOORE J., *Foundations of incomplete contracts*, in *Rev. Ec. Stud.*, 1999;

IANNOTTA L., *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2006, 2;

IORIO G., *Corso di Diritto privato*, V ed., Giappichelli, Torino, 2022;

IORIO G., *Gli oneri del debitore fra norme emergenziali e principi generali (a proposito dell'art. 91 del D.L. n. 18/2020, "Cura Italia"*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2020, 5;

IORIO G., *Le clausole attributive dello ius variandi*, Giappichelli, Milano, 2008;

IRTI N., *Crisi mondiale e diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009;

IRTI N., *Il diritto e la crisi*, in *Riv. soc.*, 2022, 5-6;

LA ROCCA G., *Appunti sulla tutela dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Dir. e Giur.*, 1984;

LANDINI S., *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. imp.*, 2016, 1;

LIBERTINI M., *Dalla dicotomia fra contratti civili e contratti commerciali alla frammentazione della disciplina del contratto. Nuove riflessioni sui contratti d'impresa*, in *ODC*, 2022, 410;

MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, Napoli, 1996;

MACARIO F., *Fattispecie estintiva e buona fede nell'esercizio tardivo del diritto di credito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 2;

MACARIO F., *Le sopravvenienze*, in V. Roppo (a cura di), *Trattato del contratto. V. Rimedi*, Milano, 2006;

MACARIO F., *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Giustizia civile.com*, 17 marzo 2020;

MACARIO F., *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014, 3;

MACARIO F., *Rischio contrattuale e rapporti di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 2002;

MACNEIL I.R., *Contract: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law*, in *New York University Law Review*, 1983, 340;

MACNEIL I.R., *The New Social Contract*, New Haven, Yale University Press, 1980;

MAGGIOLO M., *Poteri e iniziative unilaterali nella rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 2;

MAGGIOLO M., *Presupposizione e premesse del contratto*, in *Giust. civ.*, 2014, 3;

MARASCO G., *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Cedam, Padova, 2006;

MARCHETTI B., *Atto di aggiudicazione e potere di rinegoziazione della pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003;

MARRA A., *Rinegoziazione del contratto dopo l'aggiudicazione e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2004;

MAZEAUD D., *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016;

MENZIONI L., *Contratti equità - la prima applicazione dell'intervento giudiziale fondato sull'equità ex art. 1374 c.c.*, in *Giur. it.*, 2021, 3;

MENZIONI L., *Le rinegoziazioni*, in *Giur. it.*, 2023;

MENZIONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 3;

MOLITERNI A., *Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020;

MONTI S., *Il Covid-19 e il revival dell'obbligo di rinegoziazione*, in *Danno e Responsabilità*, 2020, 5;

MOSCATI L., *Sulla teoria dell'imprévision tra radici storiche e prospettive attuali*, in *Contr. imp.*, 2015;

NICODEMO A., *Imprese pubbliche e settori speciali. L'autonomia contrattuale e le regole dell'evidenza pubblica*, Giappichelli, Torino, 2018;

NIVARRA L., "Dentro" e "fuori". *Lo strano caso delle clausole e dei principi generali*, in *Eur. dir. priv.*, 2022;

OPPO G., *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 6;

OPPO G., *I contratti di durata*, in *Scritti giuridici*, III, Cedam, Padova, 1992;

OSTI G., *Appunti per una teoria della sopravvenienza. La così detta clausola rebus sic stantibus nel diritto contrattuale odierno*, in *Riv. dir. civ.*, 1913;

OSTI G., *La così detta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912;

OSTI G., voce *Clausola «rebus sic stantibus»*, in *Noviss. Dig.*, III, Torino, 1959, 353;

PANUCCIO DATTOLA F., *L'offerta di riduzione ad equità*, Giuffrè, Milano, 1990;

PARDOLESI R., *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, in *Foro it.*, 2014, 2;

PATTI S., *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *Contratti*, 2012, 7;

PENNAZIO R., *Rischio e sopravvenienze*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, 3;

PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1990;

PIETROBON V., *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1963;

PIGNALOSA M.P., *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 2;

PIPERATA G., *L'autotutela interna e l'autotutela esterna nei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015;

PIRAINO F., *Buona fede, ragionevolezza e «efficacia immediata» dei principi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017;

PIRAINO F., *La protratta inerzia nell'esigere il credito tra remissione tacita, Verwirkung e divieto di abuso del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2022, 1;

PIRAINO F., *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 2;

PUCCELLA R., *Sull'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 1;

RESCIGNO P., *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in Draetta-Vaccà (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato: patologie dei contratti e rimedi*, Egea, Milano, 1992;

RICCIO A., *La presupposizione è, dunque, causa di recesso dal contratto*, in *Contr. imp.*, 2008;

RIVOSECCHI G., *Anche la virtù necessita di limiti: tutela della concorrenza vs. libertà di iniziativa economica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 4;

RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987;

RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969;

ROMEO, *Recesso e rinegoziazione. Riflessione sui potenziali rimedi nel caso di sopravvenienze nei contratti di durata*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019;

ROPPO G., *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011;

ROPPO V., *Rimedi, II*, in id., *Trattato sul contratto*, Giuffrè, Milano, 2006;

RUSSO T.V., *La gestione delle sopravvenienze nelle operazioni di project financing tra adeguamento e rinegoziazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 4;

SACCO R., *I rimedi per le sopravvenienze*, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, II, Utet, Torino;

SACCO R.-DE NOVA G., *Il contratto*, in R. Sacco (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 2004, II;

SACCO R., *I rimedi per le sopravvenienze*, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, IV ed., Utet, Torino, 2016;

SANDULLI A., *Il contenzioso sui contratti pubblici*, in Contessa-Del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti commentato*, Napoli, 2023;

SANDULLI A., *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei Contratti pubblici*, in *l'Amministrativista*, 19 dicembre 2022;

SANDULLI A., *Riflessioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *l'Amministrativista*, 13 febbraio 2023.

SANTORO – PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1962;

SBISÀ G., *La prima norma in tema di rinegoziazione nel contesto del dibattito sulle sopravvenienze*, in *Contr. imp.*, 2022, 1;

SCALETARIS P., *Necessaria la rinegoziazione del canone nel caso di morosità in tempi di emergenza?*, in *Ius*, 24 novembre 2020;

SCHWARTZ A., *Le teorie giuridiche dei contratti e i contratti incompleti*, in Fabbri - Fiorentini – Franzoni (a cura di), *L'analisi economica del diritto*, NIS, Roma, 1997;

SCOGNAMIGLIO C., *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, in *Corr. giur.*, 2020;

SCOGNAMIGLIO C., *La Verwirkung (ed i suoi limiti) innanzi alla Corte di Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 2;

SECKEL E., *Die Gestaltungsrechte (Festgabe für R. Koch)*, Berlino, 1903;

SICCHIERO G., *La rinegoziazione*, in *Contr. imp.*, 2002;

SICCHIERO G., voce *Rinegoziazione*, in *Digesto Civ.*, Agg., II, Torino, 2003, 1217;

SIRENA P., *Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile?*, in *Jus*, 2020;

SIRENA P., *Le modificazioni unilaterali*, in Costanza (a cura di), *Trattato del contratto. Effetti*, III, Milano, 2006,;

STRACQUALURSI E., *Varianti e rinegoziazioni nella disciplina degli appalti: emergenza e principio di concorrenza*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2020, 5;

TARANTINO M., *La riduzione del canone di locazione commerciale: soluzioni e contrasti giurisprudenziali in materia di Covid-19*, in *Condominio e locazione*, 2 novembre 2020;

TERRANOVA G., *Il diritto e il suo linguaggio*, Giuffrè, Milano, 2020;

TRAISCI F.P., *Soppravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003;

TUCCARI E., *Note sulla introduzione della "Révision pour Imprévision" nel codice civile francese*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 4;

TUCCARI E., *Soppravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Cedam, Milano, 2018;

URIBE R.M., *Change of circumstances in International Instruments of Contract Law. The approach of the CISG, the PICC, the PECL and the DCFR*, in *VJ*, 2011, 15;

URIBE R.M., *Change of circumstances under the CESL*, in *Internationales Handelsrecht*, 2013;

VILLA G., *Danno e risarcimento contrattuale*, in Roppo (a cura di), *Trattato del contratto. Rimedi*, II, Giuffrè, Milano, 2006;

WILLIAMSON O.E., *Le istituzioni economiche del capitalismo, Imprese, mercati, rapporti contrattuali*, Franco Angeli, Milano, 1987;

WINDSCHEID B., *Die geschichtliche Schule in der Rechtswissenschaft*, in Oertmann (a cura di), *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, Leipzig, 1904;

WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Stoccarda, 1879, 332;

ZANARDO A., *La rinegoziazione dei contratti di durata nelle crisi d'impresa*, in *Giur. it.*, 2023;

ZOLI C., *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Cedam, Padova, 1992.



Rivoluzione verde e transizione ecologica. Obsolescenza programmata e sua “insostenibilità”

di ANNAGRAZIA TOMASI

SOMMARIO: 1. IL CONTESTO: ECONOMIA CIRCOLARE E TRANSIZIONE ECOLOGICA. – 2. PNRR E OBIETTIVI DI SVILUPPO SOSTENIBILE. – 3. LA NUOVA DISCIPLINA SULLA VENDITA DEI BENI DI CONSUMO. DURABILITÀ E RIPARABILITÀ DEL BENE. – 4. LA TECNOLOGIA COME STRUMENTO DI INQUINAMENTO E DI RISCHIO: IL CONTRASTO ALLE TECNICHE DI OBSOLESCENZA PROGRAMMATA. – 5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE. PROSPETTIVE *DE IURE CONDENDO*.

Abstract

The paper analyses the problem of planned obsolescence especially in the sale of smart goods taking into account the role of European Union.

European law favours more sustainable products, better consumer rights and longer durability of goods with a view to an ecological transition towards climate neutrality and the circular economy.

The Italian Recovery and Resilience Plan translates this opportunity into action. Italy's Plan has responded to the economic and social impact of the pandemic, facing the environmental, technological and social challenges of our time.

1. Il contesto: economia circolare e transizione ecologica. La sfida di progettare e realizzare un mondo sostenibile, che fino a qualche anno fa poteva apparire come un'utopia, si è tramutata in un concreto obiettivo da perseguire.

Il 25 settembre 2015, le Nazioni Unite hanno approvato l'Agenda Globale per lo sviluppo sostenibile e i relativi Obiettivi di Sviluppo Sostenibile (*Sustainable Development Goals-SDGs*), entrati poi in vigore a livello internazionale il 1° gennaio 2016. L'ambizioso progetto dell'Agenda 2030 ha posto delle sfide non più circoscritte alla sola dimensione economica dello sviluppo ma anche in ordine all'inclusione sociale e alla tutela dell'ambiente.

Per facilitare il processo di “transizione ecologica”, nel corso degli anni le Istituzioni europee sono intervenute con un'ampia produzione normativa, da cui emerge l'eterogeneità e la trasversalità delle misure d'intervento programmate.

È in tale contesto che viene presentato, l'11 dicembre 2019, il *Green Deal* europeo, un pacchetto di iniziative strategiche che mira ad avviare l'Unione Europea alla transizione verde, con l'obiettivo ultimo di raggiungere la neutralità climatica entro il 2050. Sinteticamente, il *Green Deal*, rappresentando il nuovo programma per la crescita sostenibile in Europa, fissa una tabella di marcia ambiziosa per lo sviluppo di un'economia circolare, che è un prerequisito per conseguire l'obiettivo sopracitato e fermare la perdita di biodiversità.

L'11 marzo 2020 la Commissione ha presentato la comunicazione «Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare - Per un'Europa più pulita e più competitiva»¹, su cui il Consiglio ha adottato conclusioni nel dicembre 2020². Si parla di «economia circolare» per descrivere quel nuovo modello economico (ripara-riusa-ricicla) che serve a prolungare il ciclo di vita dei prodotti, ridurre l'impiego di materie prime e la produzione di rifiuti, con lo scopo di abbandonare l'opposto modello di economia lineare (ereditato sin dalla rivoluzione industriale: prendi-produci-usa-getta) che comporta uno spreco significativo di risorse. Tale piano d'azione prevede oltre 35 punti d'azione sulla progettazione di prodotti sostenibili, la circolarità nei processi produttivi e l'opportunità di dare ai consumatori e agli acquirenti pubblici la possibilità di operare scelte informate. Riguarda settori come l'elettronica e le TIC (tecnologie dell'informazione e della comunicazione), le batterie, gli imballaggi, la plastica, i prodotti tessili, la costruzione e l'edilizia e i prodotti alimentari.

Il sopracitato piano d'azione è un elemento chiave del *Green Deal* europeo e definisce un quadro globale per le azioni volte ad accelerare la transizione verso un "modello di crescita rigenerativo"; incoraggia la Commissione e le altre istituzioni dell'Unione Europea a cooperare nell'individuazione di metriche innovative per valutare meglio la circolarità avvalendosi della digitalizzazione, visti i vantaggi dell'allineamento

¹ *Communication from the commission to the european parliament, the council, the european economic and social committee and the committee of the regions «A new Circular Economy Action Plan For a cleaner and more competitive Europe»*, 11.3.2020, COM(2020)98, accessibile al link: https://www.consilium.europa.eu/media/47572/st_6766_2020_init_en.pdf

Per comprendere appieno la portata del piano d'azione adottato dalla Commissione europea, la stessa, nel suo Comunicato stampa dell'11.3.2020, «Cambiare il modo in cui produciamo e consumiamo: il nuovo piano d'azione per l'economia circolare indica la strada da seguire per progredire verso un'economia climaticamente neutra e competitiva, in cui i consumatori siano responsabilizzati», rinvenibile al link https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_20_420, ha sinteticamente elencato le misure che verranno prese lungo l'intero ciclo di vita dei prodotti *per rendere la nostra economia più adatta a un futuro verde*: «il nuovo piano mira a rendere la nostra economia più adatta a un futuro verde, a rafforzarne la competitività proteggendo nel contempo l'ambiente e a sancire nuovi diritti per i consumatori. Prendendo le mosse dai lavori svolti a partire dal 2015 si concentra su una progettazione e una produzione funzionali all'economia circolare, con l'obiettivo di garantire che le risorse utilizzate siano mantenute il più a lungo possibile nell'economia dell'UE. [...] la Commissione avvierà azioni concrete in diversi ambiti quali: elettronica e TIC: un' "Iniziativa per un'elettronica circolare" per prolungare il ciclo di vita dei prodotti e migliorare la raccolta e il trattamento dei rifiuti; batterie e veicoli: un nuovo quadro normativo per le batterie al fine di migliorare la sostenibilità e aumentare il potenziale di circolarità delle batterie; [...] ridurre i rifiuti: l'accento sarà posto sulla necessità di evitare anzitutto i rifiuti e di trasformarli in risorse secondarie di elevata qualità che beneficino di un mercato delle materie prime secondarie efficiente. La Commissione esaminerà la possibilità di introdurre un modello armonizzato a livello di UE per la raccolta differenziata dei rifiuti e l'etichettatura. Il piano d'azione prevede inoltre una serie di interventi volti a ridurre al minimo le esportazioni di rifiuti dell'UE e a far fronte alle spedizioni illegali».

² Progetto di conclusioni del Consiglio «Per una ripresa circolare e verde» – Approvazione dell'11.12.2020, COM(2020)98, accessibile al link: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13852-2020-INIT/it/pdf>

del quadro aggiornato ad altri strumenti e iniziative esistenti in materia di sostenibilità al fine di attuare appieno gli obiettivi di sviluppo sostenibile.

Un'altra importante tappa è stata segnata, in argomento, dall'adozione da parte del Parlamento europeo di una risoluzione del 25 novembre 2020³ che propone diverse azioni concrete (tra cui una progettazione che mira a una maggiore durata dei prodotti, il diritto al riuso e quello alla riparazione) per promuovere un consumo sostenibile nel mercato unico europeo.

La vera svolta si è avuta a marzo 2022, cioè quando la Commissione ha pubblicato il pacchetto di misure «Prodotti sostenibili: dall'eccezione alla regola»⁴ per accelerare la transizione verso un'economia circolare, efficiente sotto il profilo delle risorse, climaticamente neutra e non inquinante e ridurre la dipendenza dall'energia e dalle risorse. Per fare ciò, è necessario adottare con urgenza nuove modalità di progettazione, realizzazione e utilizzazione dei prodotti e l'Unione Europea si fa promotrice di questo approccio anche sulla scena internazionale: le proposte⁵ includono il potenziamento dei prodotti sostenibili, la responsabilizzazione dei consumatori per la

³ Risoluzione del Parlamento europeo 2021/C 425/03 del 25.11.2020 «Verso un mercato unico più sostenibile per le imprese e i consumatori»:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2021:425:FULL&from=EN>

Ove si legge: «F. considerando che, secondo lo studio comportamentale pubblicato nel 2018 dalla Commissione, i consumatori sono pronti a impegnarsi per la realizzazione di un'economia circolare e hanno una probabilità tre volte maggiore di acquistare un prodotto etichettato come più durevole e riparabile, ma permangono alcuni ostacoli, tra cui l'asimmetria informativa; che per sensibilizzare i consumatori e assicurare una concorrenza equa tra le imprese sono necessarie informazioni chiare, affidabili e trasparenti sulle caratteristiche dei prodotti, tra l'altro in relazione alla durata di vita prevista e alla riparabilità; che le informazioni esistenti devono quindi essere migliorate, evitando nel contempo un sovraccarico di informazioni; considerando che la durata di vita e l'invecchiamento di un prodotto dipendono da numerosi fattori di carattere naturale e artificiale quali la composizione, la funzionalità, i costi di riparazione, i modelli di consumo e l'utilizzo; che la durata di vita prevista di un prodotto deve essere misurata sulla base di test e criteri obiettivi che rispecchino le condizioni reali di utilizzo e deve essere determinata prima dell'immissione del prodotto sul mercato».

⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, 30.3.2022, COM(2022)140, «Prodotti sostenibili: dall'eccezione alla regola»

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022DC0140&from=EN>

⁵ Comunicazione della Commissione del 30.3.2022 «Prodotti sostenibili: dall'eccezione alla regola», cit.: «Considerato che il modo in cui un prodotto è progettato determina fino all'80% del suo impatto ambientale nel ciclo di vita, la proposta estende la progettazione ecocompatibile alla più ampia gamma possibile di prodotti. Prevede la definizione di criteri minimi non solo per l'efficienza energetica ma anche per la circolarità, insieme a una riduzione complessiva dell'impronta ambientale e climatica dei prodotti. [...] Del pacchetto fanno parte anche iniziative settoriali mirate di sostegno, segnatamente la strategia dell'UE per prodotti tessili sostenibili e circolari e la revisione del regolamento sui prodotti da costruzione, incentrate su due gruppi di prodotti prioritari che hanno un impatto significativo sull'ambiente e sul clima. Affinché i consumatori possano continuare a sostenere attivamente la transizione la Commissione presenta inoltre una proposta legislativa sulla responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde, che introduce modifiche mirate atte a garantire che la normativa orizzontale dell'UE relativa ai consumatori sia sufficientemente ecocompatibile».

transizione verde, la revisione del regolamento sui prodotti da costruzione e una strategia sui tessili sostenibili.

2. PNRR e Obiettivi di Sviluppo Sostenibile. Prima la Comunicazione dell'11 dicembre 2019 sul *Green Deal* europeo, poi la proposta di Regolamento denominata legge europea sul clima del marzo 2020, e infine la decisione – poi tradottasi anche nel Regolamento (UE) n. 2021/241 del 12 febbraio 2021⁶ che istituisce il Dispositivo per la ripresa e la resilienza (si veda l'art. 18, par. 4, lett. e, del Regolamento (UE) 2021/241, rubricato «Piano per la ripresa e la resilienza») – di vincolare ad investimenti *green* una parte rilevante delle risorse stanziare per il *Next Generation* EU: sono atti da cui emerge la volontà di agire più incisivamente per promuovere la decarbonizzazione dell'economia europea. D'altra parte, a livello nazionale, nel quadro degli interventi attuativi del *Next Generation* EU⁷ e delle misure volte a promuovere la ripresa post-pandemica, il governo ha definito una *governance* specifica per il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) che, per effetto dell'obbligatoria destinazione ad investimenti ambientali di una quota elevata dei fondi resi disponibili dall'Unione Europea, incide indirettamente anche sulla materia del *Green Deal* (BRUTI LIBERATI, 2021).

Giova rilevare come il summenzionato Regolamento 241/2021 stabilisce che tutte le misure dei Piani nazionali per la ripresa e resilienza debbano soddisfare il principio del «*Do No Significant Harm*» (DNSH), ossia «non arrecare danno significativo agli obiettivi ambientali» e dunque non sostenere o svolgere attività economiche che cagionino pregiudizi rilevanti o gravi agli obiettivi ambientali. Tale vincolo si traduce in una valutazione di conformità degli interventi al principio con riferimento al sistema di tassonomia delle attività ecosostenibili indicato all'articolo 17 del Regolamento (UE) 2020/852. Il criterio DNSH⁸, definito dalla dottrina «il principio cardine che informa senza

⁶ Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, 12.2.2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza (GUUE, 18.2.2021, L 57/17): <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R0241>

⁷ I fondi provenienti da *Next Generation* EU devono essere investiti sulla base di tre pilastri, attraverso 390 miliardi di euro di sovvenzioni e 360 miliardi di euro di prestiti agli Stati membri: il primo pilastro consiste nel sostenere gli investimenti degli Stati membri per un nuovo strumento per la ripresa e la resilienza, per una nuova iniziativa REACT-EU (un sostegno integrativo a favore della coesione) e per la transizione verde; il secondo pilastro consiste nel rilanciare l'economia dell'UE e favorire gli investimenti privati; il terzo pilastro consiste nell'imparare dalla crisi, attraverso l'istituzione di un nuovo programma a sé stante «UE per la salute» e potenziando lo strumento di vicinato, cooperazione allo sviluppo e cooperazione internazionale e lo strumento per gli aiuti umanitari.

⁸ Per approfondire il tema, si segnala la circolare n. 32 del Ministero dell'economia e delle finanze del 30.12.2021 avente ad oggetto il «Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) – Guida operativa per il rispetto del Principio di non arrecare danno significativo all'ambiente», così come aggiornata dalla Circolare MEF-RGS del 13.10.2022 n. 33, https://www.rgs.mef.gov.it/_Documenti/VERSIONE-I/CIRCOLARI/2022/33/20221006_Guida-Operativa.pdf

dubbio la nuova stagione normativa climatico-ambientale» (ROTA, 2022), ha lo scopo di valutare se una misura possa o meno arrecare un danno ai sei obiettivi ambientali individuati nel *Green Deal* europeo e, in particolare, un'attività economica arreca un danno significativo all'economia circolare, inclusa la prevenzione, il riutilizzo ed il riciclo dei rifiuti, se porta a significative inefficienze nell'utilizzo di materiali recuperati o riciclati, ad incrementi nell'uso diretto o indiretto di risorse naturali, all'incremento significativo di rifiuti, al loro incenerimento o smaltimento, causando danni ambientali significativi a lungo termine.

Proprio al fine di monitorare l'impatto del PNRR italiano sul raggiungimento degli obiettivi dell'Agenda 2030, la Ragioneria generale dello Stato ha creato, in collaborazione con l'Istat, una *dashboard*⁹ che contiene un quadro analitico all'interno del quale le misure del Piano Nazionale sono ricondotte agli SDGs e permettono una prima valutazione in ordine all'attuazione delle misure, e nello stesso senso, è dello scorso 1° giugno il documento prodotto dal Centro studi della Camera («L'agenda globale per lo sviluppo sostenibile») che nel suo ultimo capitolo elenca le misure presenti nel PNRR a sostegno degli SDGs.

Per l'analisi che s'intende condurre, sarà oggetto di studio, in particolare, la seconda missione del PNRR «Rivoluzione verde e transizione ecologica» ed il modo nel quale tale missione interseca il *Goal 12* SDG «Consumo e produzione responsabili». Dalla *dashboard* emerge che al binomio seconda missione-dodicesimo obiettivo sono stati riservati 618 milioni di euro, per lo più destinati ai *Progetti "faro" di economia circolare*.

Si è volutamente fatto riferimento al processo di consumo e produzione, poiché questo rappresenta la vera chiave di volta per la costruzione di un mercato unico sostenibile che sta alla base del funzionamento del mercato tutto.

Occorre però tenere in debito conto che la strategia europea sostiene la transizione non solo verso la sostenibilità ma anche verso la digitalizzazione e innovazione. Ma proprio in quest'ambito si riscontra un cortocircuito: delle immense quantità di rifiuti generate in Europa, i più sono tecnologici e in molti casi non è possibile prolungare il loro ciclo di vita, così come l'economia circolare vorrebbe, dal momento che spesso questi prodotti smettono di funzionare per come sono stati progettati. Quest'ultimo fenomeno rappresenta la c.d. obsolescenza programmata, fenomeno che è in netto

⁹ Reperibile al seguente *link*:
https://public.tableau.com/app/profile/istat.istituto.nazionale.di.statistica/viz/PNRR_16627217841880/Story1

contrasto con l'obiettivo di sviluppo sostenibile 12: *garantire modelli di produzione e consumo sostenibili*.

3. La nuova disciplina sulla vendita dei beni di consumo. Durabilità e riparabilità del bene. Un fondamentale snodo nel tema del contrasto all'obsolescenza programmata si è registrato nella «riforma europea sul diritto dei consumi» ove si prende atto di come le nuove tecnologie abbiano trasformato la contrattazione e il consumo, così come l'economia e la società nel suo insieme: il diritto contrattuale, quindi, ha dovuto tenere il passo con la rivoluzione digitale in un'ottica di certezza giuridica nelle relazioni negoziali in sinergia con il nuovo sentire ecologico e sociale del consumatore (CAPOBIANCO, 2023).

Viene in rilievo, nell'alveo delle novità apportate al diritto dei consumatori, il settore della garanzia di conformità nella vendita di beni di consumo, innovato dalla direttiva 771/2019¹⁰, recepita in Italia a fine novembre 2021 con d.lgs. n. 170/2021, che ha riformato gli articoli dal 128 al 135^{septies} del codice del consumo.

¹⁰ Direttiva (UE) 2019/771 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20.5.2019 «relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni», che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, e che abroga la direttiva 1999/44/CE (GUUE: del 22.5.2019, L 136/28), attuata in Italia con d.lgs. n. 170/2021.

Complementare e non sovrapponibile alla direttiva 2019/771/UE, nello stesso pacchetto del *New Deal* dell'aprile 2018, è stata approvata la direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20.5.2019 «relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali» (GUUE del 22 maggio 2019, L 136/1), recepita con d.lgs. 173/2021. Quest'ultima stabilisce determinate prescrizioni concernenti i contratti di fornitura di un contenuto digitale o servizi digitali, e si applica anche ai contenuti digitali forniti su supporti materiali quali DVD, CD, chiavi USB e schede di memoria, nonché al supporto materiale stesso, purché quest'ultimo sia esclusivamente il vettore del contenuto digitale. La disciplina dettata dalla direttiva 2019/770 rappresenta una novità assoluta: non va a modificare né ad abrogare nessuna direttiva previgente, dal momento che è la prima direttiva europea che si occupa di introdurre un *corpus* normativo per i contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali. Di fondamentale importanza è l'art. 3, che concerne l'ambito di applicazione della direttiva e ne delinea i confini in rapporto all'altra direttiva sulla vendita: «la presente direttiva si applica a qualsiasi contratto in cui l'operatore economico fornisce, o si impegna a fornire, contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore corrisponde un prezzo o si impegna a corrispondere un prezzo. [...] Ad eccezione degli artt. 5 e 13 [che trattano rispettivamente solo la fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale e il rimedio per questa specifica mancata fornitura], la presente direttiva si applica anche ai supporti materiali che fungono esclusivamente da vettori di contenuto digitale. La presente direttiva non si applica ai contenuti digitali o ai servizi digitali che sono incorporati o interconnessi con beni ai sensi dell'art. 2, punto 3), e che sono forniti con il bene ai sensi di un contratto di vendita relativo a tali beni, indipendentemente dal fatto che detti contenuti digitali o servizi digitali siano forniti dal venditore o da un terzo. Si presume che il contenuto digitale o il servizio digitale incorporato o interconnesso rientri nel contratto di vendita in caso di dubbio che la fornitura di detto contenuto digitale incorporato o interconnesso o servizio digitale incorporato o interconnesso faccia parte del contratto di vendita o meno». Anche qui è prevista una garanzia legale di conformità (che non può essere inferiore a due anni) e, per l'ipotesi di difetto di conformità, l'art. 14 della direttiva elenca i rimedi a disposizione del consumatore: *in primis* egli ha il diritto di chiedere il ripristino della conformità, poi ha il diritto a ottenere una riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto sulla base delle condizioni di cui all'articolo.

La direttiva 2019/771/UE, dunque, si innesta nel contesto digitale e affronta, in particolare, un aspetto della disciplina del diritto dei contratti ben noto: il difetto di conformità del bene al contratto. La direttiva, modificando un assetto normativo già esistente, si occupa di ripensare determinati aspetti dei contratti di vendita tra consumatore e venditore anche alla luce di tutti quei prodotti che incorporano o che sono interconnessi con contenuti o servizi digitali; infatti, si applica a tutte le vendite di beni, indipendentemente dal fatto che avvengano fisicamente (nei negozi), *on line* o a distanza, e si applica anche a tutti quei beni con una componente digitale (ad es. frigoriferi intelligenti). Ancora, con riferimento all'ambito di applicazione, delineato all'art. 3, la direttiva non si applica né ai beni che incorporano un contenuto digitale fungendo solo da vettore (ad es. DVD) né ai contratti a distanza per la fornitura di servizi. A tenore del *considerando* 15, dovrebbero essere inclusi i contenuti o i servizi digitali incorporati o interconnessi la cui fornitura è esplicitamente prevista dal contratto, così come dovrebbero essere inclusi anche i contratti di vendita per i quali si può presumere che una tale fornitura sia compresa, indipendentemente dal fatto che il contenuto digitale o il servizio digitale sia preinstallato nel bene o debba essere scaricato su un altro dispositivo e sia soltanto interconnesso con il bene in questione, poiché abituale in un bene dello stesso tipo e oggetto delle ragionevoli aspettative del consumatore. Si pensi alle ipotesi in cui il consumatore, al fine di godere appieno delle prestazioni offerte da un bene, debba scaricare un contenuto digitale sotto forma di applicazione su di un prodotto separato e a sé: tale potrebbe essere l'ipotesi in cui il consumatore debba scaricare un'applicazione su di uno *smartwatch* per poterne utilizzare una scaricata su di uno *smartphone*. In quest'ultima ipotesi, non si può che fare riferimento a quanto disposto dal terzo paragrafo dell'articolo 3, ossia, stante il dubbio, si presume che il contenuto o il servizio digitale rientri nello stesso contratto di vendita (DE FRANCESCHI, 2019). È chiaro come la responsabilità del venditore per contenuti e servizi digitali incorporati o interconnessi con un bene mobile materiale non sia affatto automatica ma che dipenda, piuttosto, dalla circostanza se nello stesso contratto oppure nella pubblicità del prodotto sia stato fatto riferimento, in modo sufficientemente chiaro, al fatto che le prestazioni supplementari restano escluse dallo stesso contratto di vendita. È statuito che detti beni debbano entrare nella sfera del consumatore/acquirente in condizioni di conformità ai requisiti concordati dalle parti nel contratto e, siccome i contenuti e i servizi digitali incorporati o interconnessi al bene sono in costante evoluzione, il professionista

risponde anche per la mancata, difettosa o incompleta fornitura degli aggiornamenti convenuti nel contratto di vendita.

Fatte queste brevi premesse, è necessario chiarire come la disciplina attuale introdotta dalla direttiva 771/2019 ha previsto indici soggettivi e oggettivi di conformità (artt. 6 e 7) e, con specifico riferimento alle *dichiarazioni pubbliche*, ha sensibilmente allargato il loro ambito di operatività precisando che il bene, a mente dell'art. 7, primo paragrafo, lett. d, è conforme quando «è della quantità e possiede le qualità e altre caratteristiche, anche in termini di durabilità, funzionalità, compatibilità e sicurezza, normali in un bene dello stesso tipo e che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e delle dichiarazioni pubbliche fatte dal o per conto del venditore, o da altre persone nell'ambito dei passaggi precedenti della catena di transazioni commerciali, compreso il produttore, in particolare nella pubblicità o nell'etichetta».

Con precipuo riferimento alla nozione di “durabilità” prevista dalla direttiva 2019/771, «“durabilità”: la capacità dei beni di mantenere le loro funzioni e prestazioni richieste attraverso un uso normale»¹¹, questa appare la proiezione dinamica della “funzionalità”, definita dalla direttiva (al par. 9 dell'art. 2) come la capacità del bene di svolgere tutte le funzioni in considerazione del suo scopo. Come precisato al *considerando* 32 della direttiva 2019/771/UE, è essenziale impedire l'accesso al mercato dell'Unione ai beni non conformi, e per essere conformi i beni dovrebbero possedere la durabilità considerata normale per beni del medesimo tipo e che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura dei beni specifici, inclusa l'eventuale necessità di una manutenzione ragionevole dei beni, come l'ispezione periodica o il cambio dei filtri in un'automobile, e delle dichiarazioni pubbliche fatte da o per conto di persone che costituiscono un passaggio nella catena di transazioni commerciali.

Non c'è alcun dubbio che, esaminando la recente produzione normativa del legislatore europeo, il mercato non sia più sorretto e guidato solo dalle preoccupazioni legate alla logica dell'efficienza, ma anche dalla responsabilità degli effetti che il consumo produce sui diritti dei terzi, compresi quelli delle generazioni future (MIGNONE, 2022).

In definitiva, assicurare una più lunga durata dei beni di consumo è cruciale al fine di stimolare comportamenti più sostenibili, una riduzione della produzione di rifiuti

¹¹ Letteralmente, al paragrafo 13 dell'art. 2 della direttiva 2019/771/UE.

(soprattutto si pensi a quelli tecnologici causati dall'obsolescenza programmata) e una migliore protezione dell'ambiente; ed è per questo che per valorizzare fino in fondo l'analisi della durabilità del bene occorre incoraggiare investimenti tesi ad assicurare il più possibile un utilizzo del bene stesso conforme alla sua ordinaria vita produttiva. Gli interventi di riparazione appaiono a tal stregua senz'altro i più idonei e in un'ottica proattiva la riparazione è altresì più idonea ad attuare il principio di precauzione perché il previo tentativo di ripristino della conformità mediante un intervento di riparazione sul bene limita l'impatto ecologico del rimedio, responsabilizzando altresì produttore e venditore già dal momento di immissione di beni conformi sul mercato (BERTELLI, 2022).

In tal senso, è significativo quanto previsto al *considerando* 48 della suddetta direttiva: «il fatto di consentire al consumatore di chiedere la riparazione dovrebbe incoraggiare un consumo sostenibile e contribuire a una maggiore durabilità dei prodotti». Quest'ultima previsione, però, non basta e nei fatti risulterebbe spesso inattuabile dal momento che l'immissione sul mercato di prodotti tecnologici a media obsolescenza (di quattro/cinque anni) possono presentare anche il problema dell'impossibilità, per antieconomicità, della riparazione a causa dei suoi elevati costi: conseguentemente, risulta preferibile sostituire il prodotto difforme con un altro nuovo (SIMONINI, 2019) e risulta evidente come bisogna innanzitutto intervenire a monte, sulla progettazione e produzione dei suddetti beni.

Da questo punto di vista, la direttiva sopramenzionata rappresenta un'occasione mancata dal momento che non ha sfruttato appieno la prospettiva enucleata dai *consideranda* e offerta dalla definizione di durabilità, e ha lasciato incompiuta quella transazione verso l'economia circolare e il consumo sostenibile: sarebbe stato più opportuno e ragionevole che venisse prevista una rigida gerarchia rimediale con all'apice la previsione del solo rimedio della riparazione (e non questo in alternativa alla sostituzione come previsto in direttiva e così come recepito all'art. 135*bis* del nostro codice del consumo).

4. La tecnologia come strumento di inquinamento e di rischio: il contrasto alle tecniche di obsolescenza programmata. Per porre rimedio a quella che è stata la nota stonata di una melodia perfetta, è intervenuto il Parlamento europeo con la già citata risoluzione «Verso un mercato unico più sostenibile per le imprese e i consumatori» del 25 novembre 2020, che in argomento, posto che la direttiva (UE) 2019/771 deve essere sottoposta a revisione entro il 2024, invita la Commissione a istituire un «diritto alla riparazione» per i consumatori affinché le riparazioni divengano

sistematiche, efficienti in termini di costi e allettanti, tenendo conto delle specificità delle diverse categorie di prodotti, sulla falsariga delle misure già adottate per diversi elettrodomestici nell'ambito della direttiva sulla progettazione ecocompatibile, e in particolare: «e) incoraggiando la riparazione rispetto alla sostituzione mediante l'estensione delle garanzie o l'azzeramento dei periodi di garanzia per i consumatori che scelgono questa opzione in preparazione della revisione della direttiva (UE) 2019/771 e alla luce di un'analisi dell'efficienza in termini di costi sia per i consumatori che per le imprese, e garantendo che i venditori informino sempre i consumatori della possibilità di riparazione e dei relativi diritti di garanzia; f) vagliando in che modo si potrebbero agevolare le riparazioni mediante l'istituzione, a livello dell'UE, di una garanzia legale per le parti sostituite da un riparatore professionista quando le merci non sono più coperte da garanzia legale o commerciale in preparazione della revisione della direttiva (UE) 2019/771; g) incoraggiando gli Stati membri a creare incentivi, quali il «bonus per gli artigiani», che promuovano le riparazioni, in particolare dopo la fine della garanzia legale, destinati a quei consumatori che si affidano a riparatori autorizzati/indipendenti per eseguire determinati lavori di riparazione».

Il Parlamento europeo, in questa risoluzione, tratta diffusamente il tema dell'obsolescenza programmata, sulla scia di una sua precedente risoluzione, del 2018, con la quale aveva già chiesto l'adozione di misure volte a porre rimedio a tale problema. In particolare, l'istituzione dell'UE, considerato che la durata di vita dei *software* è fondamentale per quella degli apparecchi elettronici e che, vista l'accelerazione dell'obsolescenza dei *software*, gli apparecchi elettronici devono poter essere adattati per rimanere al passo sul mercato (*consideranda* I e J), invita la Commissione a mettere a punto una strategia di ampia portata che preveda misure che differenzino le categorie di prodotti e tengano conto delle evoluzioni tecnologiche e del mercato, al fine di sostenere le imprese e i consumatori e promuovere modelli di produzione e di consumo sostenibili, specificando quali misure la strategia in oggetto dovrebbe includere, dando un ruolo preminente alle informazioni precontrattuali in relazione alla durata e alla riparabilità del prodotto.

I beni contenenti elementi digitali richiedono particolare attenzione. Già nel 2018, l'AGCM ha sanzionato *Apple* e *Samsung* per pratiche commerciali scorrette in relazione al rilascio di alcuni aggiornamenti dei cellulari che hanno provocato gravi disfunzioni e hanno ridotto significativamente le prestazioni, al fine di accelerare il loro processo di sostituzione.

Difatti, è proprio con riferimento al settore tecnologico che il fenomeno della obsolescenza programmata produce il maggiore impatto negativo in termini di realizzazione dell'obiettivo 12 degli SDGs.

Effettivamente, se è vero che riciclare le materie prime mitiga i rischi associati al loro acquisto (si pensi alla volatilità dei prezzi, o al problema della dipendenza dalle importazioni) e apporta un vantaggio ambientale (diminuisce l'inquinamento e la produzione di rifiuti), ciò vale in particolare per i beni di consumo tecnologici che sono tra i beni più nocivi per l'ambiente e per la salute della persona, nonché i più diffusi. Invero, nel procedimento di riciclo dei RAEE (con questa sigla si indicano i Rifiuti da Apparecchiature Elettriche ed Elettroniche, ossia ciò che rimane di apparecchiature che per un corretto funzionamento hanno avuto bisogno di correnti elettriche o di campi elettromagnetici, diventando rifiuti quando soddisfano la definizione di rifiuto di cui al d.lgs. 152/06 e successive modifiche) c'è una prima, importantissima, fase di messa in sicurezza dei rifiuti in cui vengono separate quelle che sono le materie che possono essere riciclate (materie prime-seconde) dai materiali potenzialmente nocivi per l'ambiente e per la salute (sostanze come ad esempio mercurio, piombo, che se non gestite correttamente e se rilasciate nell'ambiente possono creare danni anche gravi: il mercurio, ad esempio, può entrare nella catena alimentare e accumularsi negli organismi viventi causando danni al sistema nervoso centrale, alla tiroide, ai reni, ai polmoni). Così come, pensando ai vantaggi sotto il profilo della diminuzione delle importazioni, come appurato dalla letteratura scientifica, all'interno dei RAEE si possono trovare fino a 69 elementi della tavola periodica: ad esempio, da tre lavatrici si recupera tanto rame quanto quello che serve per fare l'impianto elettrico di un'abitazione; dalle schede elettroniche e dagli schermi delle tv si ricavano neodimio, rutenio, palladio, necessari, tra le tante cose, a fare le pale eoliche.

Per i due ordini di vantaggi richiamati sopra, il recupero dei rifiuti tecnologici, per il tramite dell'economia circolare, rappresenta un settore strategico e di fondamentale importanza per la nostra economia: non a caso di quei 618 milioni stanziati con le risorse del PNRR per la seconda missione, 600 milioni sono riservati, come confermato di recente dai decreti di erogazione del finanziamento, alle linee d'intervento per i rifiuti da apparecchiature elettriche ed elettroniche e per i rifiuti tessili. Con precipuo riferimento ai RAEE i progetti ammessi a finanziamento includono anche interventi per l'ammodernamento degli impianti esistenti e la realizzazione di ulteriori nuovi impianti

per il miglioramento della raccolta, della logistica e del riciclo dei rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche.

5. Considerazioni conclusive. Prospettive de iure condendo. In contrasto all'insostenibilità del fenomeno dell'obsolescenza programmata, è necessario, come si è avuto modo di vedere, aderire al modello di economia circolare per giungere a realizzare un consumo consapevole e sostenibile, posto che anche nel contesto del mercato e dell'economia digitale, la particolare attenzione nei confronti della persona che si è avuta negli ultimi decenni, allontana l'operatività della globalizzazione dall'ambito prettamente economico, e la avvicina al rispetto dei diritti umani, in un'ottica di "globalizzazione sostenibile". Sembra che quel bisogno di ripensare l'economia e la società che vogliamo lasciare alle generazioni future si possa realizzare grazie all'economia circolare (*that offers breath-taking theoretical and conceptual opportunities for designing a sustainable consumer law*) e al principio di sostenibilità (MICKLITZ, 2019).

Invero, il principio di sostenibilità presuppone un'idea forte di tutela dell'individuo: sostenibilità significa, altresì, considerazione dell'impatto ambientale e, allo stesso tempo, l'impatto ambientale è condizione per la sostenibilità di ciascuna attività (PERLINGIERI, 2020).

Sintetizzando le suggestioni fin qui rappresentate, si può concludere nel senso che il miglior (nel senso di più efficiente) contrasto all'obsolescenza programmata dei beni tecnologici può essere affrontato con la sinergia tra tutele private e amministrative: esemplificative, in tal senso, sono le parole di David Coemand, membro del Parlamento europeo e autore della relazione sul mercato unico più sostenibile, «dobbiamo porre fine all'obsolescenza prematura dei prodotti inserendola nella lista nera delle pratiche commerciali sleali e rendendo la durata della garanzia legale proporzionata alla durata di vita prevista, stabilendo un vero diritto alla riparazione e garantendo informazioni chiare e coerenti sulla durevolezza e la riparabilità dei prodotti con un'etichettatura obbligatoria». Allo stesso modo, il consumatore non può restare avulso da questa "conversione ecologica", ma deve rivestire un «ruolo proattivo»: il principio dello sviluppo (umano e) sostenibile è così in grado di conformare anche il rapporto tra produzione e consumo, spingendo verso la creazione e l'utilizzo di modelli a elevata impronta ecologica e contribuendo alla crescita del nuovo modello imprenditoriale della *Corporate Social Responsibility* (CSR), quale forma volontariamente adottata dall'impresa nell'osservare *standard* improntati a predefiniti parametri etici (PERILLO, 2023).

De iure condendo, un'ultima notazione merita l'accordo provvisorio raggiunto da Consiglio e Parlamento europeo il 19 settembre 2023. Nell'ambito della già richiamata proposta di direttiva¹² volta a responsabilizzare i consumatori per la transizione verde che mira a contrastare le pratiche commerciali sleali che impediscono ai consumatori di compiere le scelte giuste optando per prodotti e servizi più verdi o più circolari, l'accordo sopraccitato introduce una serie di miglioramenti: include nell'elenco delle pratiche vietate le dichiarazioni sleali basate sulla compensazione delle emissioni di gas a effetto serra, fornisce migliori informazioni sull'obsolescenza precoce, introduce un formato armonizzato per accrescere la visibilità della garanzia commerciale di durabilità a carattere volontario nonché miglioramenti per quanto riguarda il promemoria sulla garanzia legale di conformità, accorciando, così, le distanze dal conseguimento della, non più rinviabile, transizione verde.

In attesa di una più puntuale regolazione normativa del fenomeno con una valorizzazione delle informazioni precontrattuali circa la durabilità del bene, una gerarchia dei rimedi con priorità al diritto alla riparazione nonché la previsione di una lista dedicata a queste pratiche commerciali scorrette, starà all'interprete, nel rinnovato sentire comune, il compito di adottare il rimedio più giusto nel rispetto dell'interesse ambientale.

Bibliografia

- BERTELLI F., *Le dichiarazioni di sostenibilità nella fornitura di beni di consumo*, Giappichelli, Torino, 2022
- BRUTI LIBERATI E., *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Dir. Pubblico*, 2, 2021
- CAPOBIANCO E., *The new deal for consumers*, in *Jus civile*, 3, 2023
- DE FRANCESCHI A., *La vendita di beni con elementi digitali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019
- MICKLITZ H.W., *Squaring the circle? Reconciling consumer law and the circular economy*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. VIII, 6, 2019
- MIGNONE C., *Consumer Rights to support Europe's Green and Digital Transitions. Towards Sustainable Consumer Law*, in *Annali SISDiC*, 9, 2022
- PERILLO T., *Dal consumatore «debole» al consumatore «attivo»*, in *Trattato breve di diritto dello sviluppo sostenibile*, A. BUONFRATE-A. URICCHIO (a cura di), Cedam, Milano, 2023
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, vol. IV, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020
- ROTA R., *La semplificazione itinerante tra PNRR e REPowerEU. Riflessioni in cammino nel nuovo assetto normativo "ecologicamente orientato"*, in *www.movimentoeuropeo.it*, 2022
- SIMONINI G.F., *Verso una nozione allargata di difetto di conformità: sarà rilevante anche la "durabilità" del bene?*, in *Danno e responsabilità*, 4, 2019

¹² È una delle proposte contenute nel pacchetto del 30 marzo 2022 «Prodotti sostenibili: dall'eccezione alla regola», per un maggiore approfondimento si vedano le note nn. 4 e 5 del presente elaborato.

Sezione Terza:
Fisco e Giustizia tributaria





La travagliata riforma della giustizia tributaria: un'auspicata evoluzione su spinta UE

di ANTONIO BORGHETTI

SOMMARIO: 1. PREMessa INTRODUTTIVA. - 2. IL PROCESSO TRIBUTARIO: CENERENTOLA DALLA DUBBIA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE. - 3. L'(IMPREScindIBILE) SPINTA DEL PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA ALL'ATTESISSIMA EVOLUZIONE DEL PROCESSO TRIBUTARIO. - 4. IL NUOVO GIUDICE TRIBUTARIO: LE CORTI DI GIUSTIZIA TRIBUTARIA. - 5. L'INTRODUZIONE DEL GIUDICE MONOCRATICO. - 6. UNA RIFORMA (GIÀ) DA RIFORMARE?

Abstract

The essay aims to start from the important reform of the tax process implemented on a decisive EU push and in execution of what was promised in the National Recovery and Resilience Plan. Also in the tax procedure, the figure of the professional judge selected by competition has finally found a place with the aim of improving the "quality" of judgments on the merits and in the hope that this will reduce the "quantity" of tax appeals to the Supreme Court. The evolution of the Tax Judge has had mixed fortunes and even the current reform, however, does not provide an adequate constitutional coverage that the importance of the disputes dealt with deserves.

1. Premessa introduttiva. *Il contenzioso tributario, settore cruciale per l'impatto che può avere sulla fiducia degli operatori economici, anche nella prospettiva degli investimenti esteri risente fortemente delle criticità legate ai tempi della amministrazione della giustizia.*

Con questo *incipit*, il redattore del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) affronta la *riforma della giustizia tributaria* evidenziando (1) il rilievo di tale giurisdizione speciale (2) non solo per imprese nazionali ma anche per i potenziali investitori esteri e (3) ponendo un *focus* sull'efficienza della PA nell'amministrazione giudiziaria (ed i suoi indiretti riflessi ex punto 2).

Le criticità della giustizia tributaria, a detta dei redattori del Piano, non erano solo quantitative (e quindi condivise con la giustizia ordinaria), preso atto che *il contenzioso tributario è una componente molto importante dell'arretrato che si è accumulato dinanzi alla Corte di Cassazione*, ma anche qualitative, dato che *le decisioni adottate dalla Corte di Cassazione comportano molto spesso l'annullamento di quanto è stato deciso in appello dalle commissioni tributarie regionali: si è passati dal 52 % nel 2016 al 47 % nel 2020, con variazioni non particolarmente significative negli ultimi cinque anni.*

È un attacco frontale quello del PNRR: rivolto quindi sia ai gradi di merito (critica qualitativa ai giudizi di appello) che a quello di legittimità (critica quantitativa e

temporale). Il Governo affidò ad una Commissione interministeriale¹ tra i Ministeri della Giustizia ed il Ministero dell'Economia e delle Finanze l'incarico di svolgere - in poco tempo² - attività non solo ricognitive e propositive ma anche precettive e di referto. La Commissione, rappresentante al suo interno tanto dalla componente magistratuale quanto da quella accademica e professionale, ha trovato punti d'incontro e fatto emergere punti di (forte) scontro anche in ordine alle proposte da effettuare. Ciò posto, il legislatore, con la L. 31 agosto 2022, n. 130 ha operato una vera rivoluzione copernicana per quella particolare giurisdizione speciale che è la giustizia tributaria, non prevista, a differenza delle altre, dalla Costituente. Tale aspetto, lo si ricorda, è stato centrale nell'evoluzione storica, nel riconoscimento e nella legittimazione della giustizia tributaria sovente alla ricerca di una adeguata copertura costituzionale, in più occasioni richiesta (e fornita) dalla Corte.

Dipinta sino a ieri come giustizia sommaria, di serie B, affidata ad una magistratura sostanzialmente onoraria, questo giudice speciale non specializzato avrà ora l'occasione, si ritiene, di elevarsi, per mezzo di una adeguata selezione (finalmente tramite concorso pubblico) e remunerazione dell'organo giudicante per garantire non solo efficienza, ma anche efficacia e rispondenza alle esigenze dei cittadini-contribuenti ed in particolare delle imprese. Permane, tuttavia, l'incardinamento sotto l'alveo del Ministero dell'Economia e delle Finanze e per l'effetto quei profili di violazione del principio di terzietà ed indipendenza non sono stati, va detto, pienamente sanati - benché fortemente mitigati, ora, dalla adeguata retribuzione e dalla selezione per concorso.

Pur a fronte di una riforma importante e – si ritiene – migliorativa – rispetto al pregresso assetto, gli aspetti critici e problematici non sono di scarso rilievo prova ne sia il fatto che su di essa già pende - nuovamente - il vaglio della Corte costituzionale. Stante le numerose novità introdotte dalla L. 130/2022, ci si concentrerà, in particolare,

¹ Lo stesso Piano ne dà atto: *“Il Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, ha costituito una commissione di studio chiamata a elaborare proposte di interventi organizzativi e normativi per deflazionare e ridurre i tempi di definizione del contenzioso tributario. La commissione si avvale del contributo di qualificati esperti, provenienti da diverse categorie professionali: studiosi, giudici tributari del merito e della Corte di cassazione, componenti dell'organo di autogoverno della magistratura tributaria (Consiglio di presidenza della giustizia tributaria), rappresentanti dell'amministrazione finanziaria. Alla commissione è richiesto di presentare entro il 30 giugno 2021 una relazione contenente proposte e interventi che possano essere formalizzati in atti del Governo o del Parlamento, aventi ad oggetto sia la struttura della giustizia tributaria, sia il suo funzionamento.”*

² Sulle particolari modalità e tempistiche, si rinvia a MELIS, *La legge 130 del 2022: lineamenti generali*, Giustiziainsieme.it, Punto 1 del Saggio.

sulla figura del (nuovo) giudice tributario ed i possibili effetti sulle imprese di tale riformata figura.

2. Il Processo tributario: Cenerentola dalla dubbia legittimità costituzionale.

Le Commissioni tributarie, ora denominate³ Corti di Giustizia Tributaria si occupano a mente dell'art. 2 del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546 delle controversie avente ad oggetto *i tributi di ogni genere e specie comunque denominati*⁴. Tuttavia, la nostra Costituzione non conosce e menziona⁵ la giustizia tributaria: accanto all'Autorità giudiziaria ordinaria, al Consiglio di Stato alla Corte dei Conti ed ai Tribunali militari non v'è traccia del giudice tributario.

Siamo quindi di fronte ad un giudice speciale che tuttavia non è stato istituito dopo l'entrata in vigore della Carta fondamentale e quindi, su tale fronte, non violativo del comma 2 dell'art. 102 Cost. Tali Commissioni preesistevano prima della Costituzione ma avevano una funzione giustiziale ed amministrativa, erano organi paragiurisdizionali di controllo⁶: l'indipendenza e terzietà era *ab origine* manchevole.

*Indipendenza, terzietà, autonomia, imparzialità*⁷, in qualche modo hanno sempre minato, anche solo se in apparenza, l'autorevolezza dell'organo chiamato a giudicare le rilevanti controversie tributarie. Ciò posto, operando in modo discutibile sulla sesta disposizione⁸ transitoria e finale della Costituzione si è giunti a riconoscerne la preesistenza quale organo giurisdizionale; anche tale forzatura tuttavia, non venne compiutamente apprezzata stante che il termine quinquennale spirò inutilmente senza alcuna revisione e fu necessaria un ulteriore ancora di salvataggio: considerare detto termine ordinatorio e non perentorio. Una prima vera riforma in termini giurisdizionali si ebbe con il D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636 ma soprattutto con il d.lgs 31 dicembre 1992,

³ Anche il cambio di denominazione ha un suo peso e finalmente è stato abbandonato il termine Commissione che non era consono ad un organo giurisdizionale.

⁴ Per l'effetto, l'art. 9 comma 2 del codice di procedura civile che prevede, ancora, che *"Il tribunale è altresì competente per le cause in materia di imposte e tasse"* è da considerare incompatibile con il sistema attuale.

⁵ Vedasi BASILAVECCHIA, *Funzione impositiva e forme di tutela – Lezioni su processo tributario*, II ed. Giappichelli, 2013, p. 9 e ss.

⁶ Così, SASSANI, *Lineamenti del processo civile*, Vol I, Giuffrè, 2021, p. 45.

⁷ Vedasi le note critiche di AMATUCCI F., *Diritto processuale tributario* (a cura di), Giappichelli, 2020, nel saggio *"Le principali criticità del contenzioso tributario alla luce del principio del giusto processo"*, p. 9-11 e nella stessa opera collettanea SELICATO, *L'attuazione dei principi di autonomia e imparzialità del giudice tributario nei recenti progetti di riforma dell'ordinamento della giustizia tributaria*, p. 277 e ss.. Altresi TESAURO, *Manuale del processo tributario*, V ed. (aggiornata da TURCHI), Giappichelli, 221, p. 8-11, PISOLESI, *Manuale del processo tributario*, II ed., Giappichelli, 2023, p. 8-9.

⁸ Tale disposizione prevede che *"Entro cinque anni dall'entrata in vigore della Costituzione si procede alla revisione degli organi speciali di giurisdizione attualmente esistenti, salvo le giurisdizioni del Consiglio di Stato, della Corte dei conti e dei tribunali militari."*

n. 546 attualmente in vigore ed al collegato d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 545 che espressamente disciplina l'ordinamento della giurisdizione tributaria.

L'ondivago orientamento della Corte costituzionale qualificò le Commissioni prima come organi giurisdizionali⁹ e poi, dopo le prime critiche in punto di indipendenza, come organi amministrativi¹⁰ mentre, anticipandone i successivi approdi, il giudice di legittimità da tempo ne sosteneva la natura giurisdizionale¹¹; dopo la riforma tributaria degli anni settanta, la Consulta con un ulteriore *revirement* ne riaffermò la natura giurisdizionale¹².

Un'ulteriore particolarità degna di nota è rappresentata dalla natura ibrida¹³ del posto che, data per acquisita la natura speciale di questo giudice, dopo i primi due gradi di giudizio v'è pieno accesso al giudizio di legittimità realizzando così una trasmigrazione dalla giurisdizione speciale all'autorità giudiziaria ordinaria a contrario, ad esempio, di quanto accade nella giustizia amministrativa.

Quanto sopra per significare che le criticità inerenti all'organo giudicante nel processo tributario erano condivise e con grande fermezza sostenute dalla dottrina tributaristica da molti decenni¹⁴.

3. L'(imprescindibile) spinta del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza all'attesissima evoluzione del Processo tributario. Le problematiche concernenti, in particolare, l'organo giudicante hanno finalmente trovato ragione nell'indiretta spinta unionale posto che, nel PNRR domestico, anche la riforma della giustizia tributaria, oltre a quella civile e penale, ha trovato adeguati spazi. L'inserimento nel PNRR doveva però accordarsi con le strette tempistiche di esecuzione del Piano cui, per l'effetto, erano condizionate le rate europee a sostegno delle riforme ivi contenute. Una riforma pandemica¹⁵ insomma, che ha inteso operare sia sui due gradi di merito, prevedendo l'introduzione dell'auspicato giudice professionale, a tempo pieno, di carriera¹⁶, assunto

⁹ Corte cost., 18 gennaio 1957, n. 12.

¹⁰ Corte cost., 6 febbraio 1969, n. 6.

¹¹ Cass. 21 giugno 1969, n. 2201.

¹² Corte cost., 27 dicembre 1974, n. 287 e Corte cost., 23 aprile 1988, n. 144.

¹³ SASSANI, *op. cit.*, p. 47.

¹⁴ Si rinvia, per un *excursus* che testimonia anche alcune proposte di riforme del giudice tributario a MARONGIU, *Le commissioni tributarie tra consacrazione ufficiale e un ricordo dei loro grandi "conditores"*, Diritto e pratica tributaria, n. 1/2004, MARONGIU, *Le commissioni tributarie da giudice specializzato a giudice togato: una proposta*, Diritto e pratica tributaria, n. 4/2009 ed al recente TINELLI, *L'evoluzione del sistema della giustizia tributaria*, Diritto e pratica tributaria, n. 3/2023, p. 883 e ss.

¹⁵ L'espressione è di MELIS, *op. cit.*

¹⁶ Benché, e questo rappresenta e rappresenterà un *vulnus*, carriera limitata ai gradi di merito posto che l'estensione ai laureati in economia dell'accesso al concorso magistratuale ne ha vincolato il successivo e futuro approdo in Cassazione realizzando un cd. "tetto di cristallo".

per concorso, che sul giudizio di legittimità¹⁷, oggettivamente oberato di ricorsi e non più in grado di assolvere alla funzione nomofilattica necessaria per “*garantire l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge*”¹⁸. Va ricordato e ciò non è secondario per comprendere la controversa e rapida genesi della L. 31 agosto 2022, n. 130, che questa è figlia di un momento storico caratterizzato da un governo dimissionario che subiva forti pressioni in ordine all’esecuzione delle “promesse” fatte all’Unione nel PNRR. L’epocale riforma del giudice e la necessità di ridurre l’arretrato in Cassazione ha anche visto l’introduzione di una (nuova ed ulteriore) definizione agevolata dei giudizi tributari pendenti innanzi alla Corte di cassazione¹⁹.

4. Il nuovo giudice tributario: le Corti di giustizia tributaria. Finalmente, anche per l’accesso alla magistratura tributaria è arrivato il tempo del concorso²⁰ per esami composto da prova scritta ed orale. La prova scritta, a mente dell’art. 4 della L. 130/2022 scritta consiste nello svolgimento di due elaborati teorici rispettivamente vertenti sul diritto tributario e sul diritto civile o commerciale, nonché’ in una prova teorico-pratica di diritto processuale tributario. La prova orale verte invece sulle seguenti materie: diritto tributario e diritto processuale tributario, diritto civile e diritto processuale civile, diritto penale, diritto costituzionale e diritto amministrativo, diritto commerciale e fallimentare, diritto dell’Unione europea, diritto internazionale pubblico e privato, contabilità aziendale e bilancio, elementi di informatica giuridica, lingua straniera²¹. L’inserimento della contabilità aziendale e del bilancio è di rilievo e conseguente all’elevata importanza, anche in termini di valore, che le controversie relative alle società di capitali e di persone rivestono nei giudizi tributari ed all’estensione del principio di derivazione rafforzata in materia di reddito di impresa. A ciò segue, la previsione che estende l’ammissione al concorso anche ai laureati magistrali in scienze dell’economia ed in Scienze economico-aziendali; la riserva prevista dai tradizionali concorsi magistratuali ai laureati in giurisprudenza viene meno e fa cadere un importante tabù ampliando le opportunità lavorative dei giovani laureati. Ciò tuttavia comporta e genera l’effetto che i nuovi giudici

¹⁷ Tra le modalità di attuazione, nel Piano si legge che “*Per quanto riguarda lo smaltimento dell’ingente arretrato presso la Corte di Cassazione, il Piano agisce mediante strumenti già analizzati, come il rafforzamento delle dotazioni di personale. e un intervento, mediante adeguati incentivi economici, segnatamente per il personale ausiliario. È inoltre in fase di elaborazione una proposta volta ad ampliare l’organico della Sezione tributaria della Corte di Cassazione.*”

¹⁸ Art. 65 del R.D. 30 gennaio 1941, n.12.

¹⁹ Art. 5 della L. 31 agosto 2022, n.130.

²⁰ Ex art. 106 Cost.

²¹ Indicata dal candidato all’atto della domanda di partecipazione al concorso a scelta fra inglese, spagnolo, francese e tedesco.

tributari così assunti non potranno accedere alla Corte di Cassazione ingenerando meno *appeal* a tale carriera ed anche la futura e non remota problematica che i futuri giudici della sezione tributaria ivi affronteranno la materia tributaria...per la prima volta²².

La riforma gioca - e viene imperniata - sull'assunzione di una maggior qualificazione tecnico-professionale del giudice tributario, il suo impiego a tempo pieno e la sua remunerazione parificata agli altri magistrati ordinari faccia da contraltare all'ossimoro riferito al "*l'indipendenza del giudice dipendente del MEF*"²³.

Ciò senza considerare che la riforma ha necessariamente previsto, oltre al concorso di prossima emanazione e ma dai tempi "bibilici"²⁴, un periodo transitorio onde far convivere gli attuali magistrati tributari con i magistrati che accetteranno il "transito" da altre magistrature. Le criticità²⁵, in punto di adeguatezza numerica ritengo debbano essere contemperate dalle nuove modalità di determinazione delle imposte previste dalla delega fiscale sia per le imprese di maggiori dimensioni, leggasi, *cooperative compliance*, che per quelle di minori dimensioni (leggasi, concordato preventivo biennale ma anche l'esteso regime forfettario). I numerosissimi interventi condonistici per quanto attiene il pregresso ed il giudice monocratico di cui *infra*, ritengo debbano essere adeguatamente valorizzati in punto di adeguatezza del numero individuato di giudici "a regime". Il punto più critico, ordinamentale, tuttavia, non è stato risolto e riguarda la vicinanza, *rectius*, la dipendenza ed i contatti organici dei Giudici (e del personale di segreteria) dal Ministero dell'Economia e delle Finanze. Sul punto, anche il ruolo del Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria non appare sufficientemente incisivo a corroborare una riforma che rappresenta ad un tempo un importantissimo punto di arrivo e di partenza²⁶.

5. L'introduzione del giudice Monocratico nel Processo tributario. I deludenti risultati dell'Amministrazione in punto di soccombenza nei giudizi tributari, ha spinto il legislatore, negli ultimi vent'anni, a prevedere numerose modalità di definizione anticipata ed agevolata delle liti volta quindi a dirimere e risolvere in via bonaria e senza aggravare il sistema giustizia le controversie tra fisco e contribuente, in particolare quelle di minor valore. Dall'acquiescenza all'autotutela, dall'estrema estensione conferita al ravvedimento operoso ed all'accertamento con adesione, dall'abrogata adesione ai

²² Vedasi MELIS, *op. cit.*, punto 2.6.

²³ L'espressione è di TUNDO, *op. cit.*, giustiziainsieme.it.

²⁴ Vedasi MELIS, *op. cit.*, punto 2.3.

²⁵ Fortissime quelle di MELIS, *op. cit.*, punto 2.1 e 2.3.

²⁶ TINELLI, *op. cit.*, p. 934.

Processi verbali di constatazione ed agli inviti, passando per i nuovi inviti ex art. 5-ter all'adesione alle sole sanzioni. Questo per rimanere nell'ordinario e non considerare le numerosissime ed estemporanee misure di definizione anticipata ed agevolata come la rottamazione delle carelle, la rottamazione *bis, ter e quater*, agli scudi od alla *voluntary disclosure*. Il proliferare, *rectius*, l'abuso degli strumenti deflattivi del contenzioso tributario cui si ricollega, solitamente un abbattimento sostanziale delle sanzioni che ne fa, *de facto*, ridurre l'effetto deterrente, ha trovato ulteriore spazio anche "nel" contenzioso con il Reclamo e la Mediazione tributaria²⁷, la Conciliazione in primo e secondo grado ed anche, ora, su proposta giudiziale.

Ecco, l'introduzione nel rito tributario del giudice monocratico può essere vista anche in questa ottica.

Legato e connesso all'elevato contenzioso²⁸ è l'approfondimento dei dati che lo compongono: gli ultimi disponibili, riferiti al secondo trimestre 2023 sono confermativi dei precedenti ed evidenziano che il 52,32% dei Ricorsi pervenuti in I grado sono riferibili a cause il cui valore di lite è inferiore a 3.000,00 euro; per quanto attiene al secondo grado il dato è del 34,24%. Ancora, con riferimento alle liti di valore inferiore a 50.000,00 euro, i ricorsi pervenuti in detto lasso temporale rappresentano ben l'86,35% in primo grado ed il 73,11% in secondo grado. I dati evidenziano quindi che gran parte dei giudizi rappresentano controversie riferibili ad importi ridotti che ben possono essere affrontate da un giudice unico²⁹, come peraltro avviene nel rito civile ed in quello penale. L'introduzione del giudice monocratico per le decisioni di merito³⁰, con l'introduzione *ex novo* dell'art. 4-bis nel d.lgs 31 dicembre 1992, n. 546, per le controversie di valore inferiore a 3.000,00 euro (poi esteso ad euro 5.000,00³¹) è da salutare con favore perché potrebbe contribuire ad accelerare e ridurre l'assorbimento dei nuovi giudici tributari che dovranno quindi operare in forma collegiale solo nelle controversie più rilevanti. Si badi che, con riferimento all'intero anno 2022, i ricorsi riferibili a liti di valore inferiore a

²⁷ Sull'argomento, CORASANITI, *Il reclamo e la mediazione nel sistema tributario*, 2013, Cedam e da ultimo ed a commento della novella, CORASANITI, *Il reclamo/mediazione all'indomani della riforma tributaria*, Diritto e pratica tributaria, n. 1/2023, p. 30 e ss.

²⁸ Che nella Relazione finale della Commissione interministeriale, in ottica comparativa, viene così stigmatizzato: "*Dunque, l'amplissimo ricorso alla giurisdizione per dirimere le dispute tra i contribuenti e il fisco è una peculiarità dell'ordinamento italiano. Gli altri principali paesi si affidano a strumenti e a procedure più o meno definiti dalle leggi, ma in ogni caso più elastici, meno costosi non solo per i singoli contribuenti, ma per l'intera collettività.*"

²⁹ Per un primo commento, si rinvia a PIANTAVIGNA-ANTONINI, *Giudice monocratico e conciliazione giudiziale: prime questioni problematiche*, Corriere Tributario, n. 12/2022, p. 1081 e ss.

³⁰ La precisazione è d'obbligo posto che a mente dell'art. 70 comma 10-bis già poteva, in limitati casi, operare la Commissione, (ora Corte di giustizia), in composizione monocratica.

³¹ Ad opera dell'D.L. 24 febbraio 2023, n. 13 e con decorrenza riservata ai ricorsi notificati dal 1 luglio 2023.

3.000,00 euro, in I grado hanno rappresentato il 46,40% del totale per un valore di 44 milioni di euro (su un totale di 9,6 miliardi di valore dei ricorsi pervenuti)³². Occorre in ultimo significare che alla modifica della soglia di ripartizione non è seguito l'adeguamento, che si ritiene complementare, del limite, ex art. 12 comma 2 del d.lgs 31 dicembre 1992, n. 546, che prevede di poter stare validamente in giudizio anche senza l'assistenza tecnica.

6. Una riforma (già) da riformare? Come previsto da autorevole dottrina³³ la novella apportata dalla L. 31 agosto 2022, n. 130 ha già palesato forti criticità applicative e di tenuta costituzionale (e non solo).

La tanto auspicata ed attesa realizzazione di un giusto processo³⁴ tributario doveva forse osare di più e tagliare quel “*cordone ombelicale inopportuno e da recidere*³⁵” rappresentato dal trilaterale rapporto MEF, Giudici tributari ed Agenzie fiscali che sono parti della maggior parte dei giudizi. L'assunzione diretta da parte del MEF, dei futuri giudici, appare forse ancor più stridente con i principi di terzietà ed indipendenza della situazione ante-riforma e l'indicazione prevalente ne suggerisce la modificazione appannaggio del Ministero della Giustizia o della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Frattanto, sull'indipendenza funzionale e strutturale, che lo si ricorda deve essere anche apparente, è prontamente intervenuta la giurisprudenza di merito. Con l'ordinanza 28 ottobre 2022, n. 408 la Corte di giustizia tributaria di I grado di Venezia ha rimesso, con parole dure, alla Corte costituzionale l'intero impianto di riforma: *L'effetto di accentuazione del rapporto di dipendenza dei giudici tributari dal Ministero Economia e Finanze, titolare sostanziale dell'interesse oggetto delle controversie tributarie, determinato dall'entrata in vigore della Legge novellatrice n. 130 del 2022, in ingravescente contrasto con i principi costituzionalmente garantiti dell'indipendenza e*

³² Dati rilevati dalle “*Appendici statistiche e guida alla relazione su monitoraggio dello stato del contenzioso tributario e sull'attività delle cori di giustizia tributaria.*”

³³ TUNDO, Atti dell'audizione del 28 giugno 2022 avanti alle Commissioni riunite (2° giustizia e 6° Finanza e Tesoro in relazione al progetto AS 2636 in materia di giustizia e processo tributario) così si esprimeva: “*Intendo dire, per essere più preciso, che occorre prevenire ogni rischio che possa esporre la riforma ad un'ipoteca di illegittimità costituzionale, che ne annullerebbe gli effetti benefici, facendo precipitare il sistema della Giustizia Tributaria in un'incertezza del diritto che potrebbe durare anche molti anni.*”. Sul punto ancora TUNDO, *L'indipendenza del giudice dipendente dal MEF, ossimoro di una riforma che gioca d'azzardo*, giustiziainsieme.it del 12 luglio 2022 e TUNDO, *La materia prima della giustizia tributaria e i primi dubbi di costituzionalità*, GT Giurisprudenza tributaria, n. 12/2022, p. 987.

³⁴ PISTOLESI, *Il giusto processo*, Diritto e processo tributario, n. 2/2022, p.223 e ss. Vedasi le pp. 239-240 per quanto attiene in particolare ai profili di terzietà ed imparzialità del giudice.

³⁵ TUNDO, Atti dell'audizione.


dell'imparzialità dei giudici rispetto all'assetto normativo preesistente, che già appariva idoneo a pregiudicare la garanzia dei ridetti fondamentali principi in materia di giurisdizione.

L'ordinanza 21 febbraio 2023, n. 660 della Corte di Giustizia tributaria di II grado del Lazio, Sez. 12, ha invece rilevato contrasti con la normativa unionale e per l'effetto disposto rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 267 TFUE per asserite discriminazioni generate dal diverso *status* e trattamento dei magistrati tributari ante e post riforma.

La continua e spasmodica ricerca di certezza del diritto, in particolare in quello tributario, è esigenza sentita dalle imprese italiane ed elemento considerato dalle estere in procinto di investire nel nostro paese. L'epocale riforma ed evoluzione del giudice tributario ha posto le basi per un giudice tributario professionale, a tempo pieno ed assunto per concorso.

La rilevanza della materia trattata e le criticità qui succintamente esposte, ne suggeriscono tuttavia un suo inserimento, non più procrastinabile, nel testo costituzionale³⁶.

³⁶ Sul punto, in uscita il 26 ottobre 2023 il saggio di BASILAVECCHIA, *No man's land-La giustizia tributaria verso la costituzione*, FrancoAngeli, 2023; nel retro della copertina, pubblicizzata dall'Autore, si legge un'anticipazione delle conclusioni: *"l'Autore conclude auspicando che siano superate le difficoltà ad applicare l'ultima riforma del 2022 e che d'altra parte si progetti, in temi brevi, una ormai ineludibile collocazione in Costituzione del giudice tributario."*



PNRR, economia circolare e sviluppo sostenibile: il ruolo del fisco nella transazione ecologica delle imprese “green oriented”
di **FRANCESCO SPINELLO**

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE. – 2. TRANSIZIONE ECOLOGICA E SVILUPPO SOSTENIBILE. – 3. LA MISSIONE N. 2 DEL PNRR. – 4. LE AZIONI DA METTERE IN CAMPO IN AMBITO EXTRAFISCALE: BREVI CENNI. – 5. L’AMBIENTE COME VALORE COSTITUZIONALE E IL RUOLO DEL FISCO VERSO UNA TRANSIZIONE ECOLOGICA SOSTENIBILE. – 6. LA CRISI DEL PRINCIPIO “CHI INQUINA PAGA”. – 7. LE MISURE DA ATTUARE IN AMBITO FISCALE.

Abstract

The NRPP outlines crucial reforms and investments in order to receive financial resources by the European Union within the post-pandemic recovery strategy funded through the Next Generation EU program. In particular, Mission No. 2 of the Plan (Green Revolution and Ecological Transition) gives a radical impetus to the so-called "green transition", in line with the European Union's action plan, closing the structural gaps that stand in the way of achieving a new and better balance between the environment, eco-sustainability, biodiversity and energy. In this context, fiscal matters play a central role, incentivizing the transition of public and private activities - in particular, of "green oriented" businesses - toward the new sustainable development goals; in other words, fiscal measures are essential for the affirmation of the so-called "circular taxation" model, to be understood as the set of taxes aimed at disincentivizing non-sustainable behavior and promoting, conversely, sustainable behavior.

1. Introduzione. Il PNRR delinea un pacchetto completo di riforme e investimenti necessario ad accedere alle risorse finanziarie messe a disposizione dall'Unione Europea all'interno della strategia di ripresa *post* pandemica finanziata tramite il programma *Next Generation EU*.

In particolare, la Missione n. 2¹ del Piano (Rivoluzione Verde e Transizione Ecologica) intende dare un radicale impulso alla c.d. “*green transition*”, in linea col piano d’azione dell’Unione Europea, colmando le lacune strutturali che ostacolano il raggiungimento di un nuovo migliore equilibrio fra ambiente, eco-sostenibilità, biodiversità ed energia.

In questo contesto, la materia fiscale è destinata a ricoprire un ruolo centrale, incentivando la transizione delle attività pubbliche e private – in particolare, delle imprese “*green oriented*” – verso i nuovi *sustainable development goals*² condivisi al livello internazionale; in altri termini, le misure di carattere fiscale appaiono essenziali per

¹ Come si vedrà *infra*, la Missione si articola in quattro Componenti, ognuna delle quali suddivisa a sua volta in Investimenti e Riforme in base alla tipologia di interventi:

- Componente 1 “Agricoltura sostenibile ed Economia circolare”
- Componente 2 “Energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile”
- Componente 3 “Efficienza energetica e riqualificazione degli edifici”
- Componente 4 “Tutela del territorio e della risorsa idrica”.

² Gli obiettivi globali ed europei al 2030 e 2050 (definiti, tra l’altro dall’Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile e dal nuovo *Green Deal Europeo*) puntano a una progressiva e completa decarbonizzazione del sistema (“*net-zero*”) e a rafforzare l’adozione di soluzioni di economia circolare, per proteggere la natura e le biodiversità e garantire un sistema alimentare equo, sano e rispettoso dell’ambiente.

l'affermazione del modello della c.d. "fiscalità circolare", da intendersi come l'insieme dei tributi volti a disincentivare comportamenti non sostenibili e a promuovere, di converso, comportamenti sostenibili.

Come si vedrà *infra*, tuttavia, l'attuale punto di partenza è rappresentato da un sistema fiscale fermo all'insoddisfacente principio del "chi inquina paga" che non ha adeguatamente valorizzato in termini di differenza qualitativa la ricchezza prodotta dalle imprese attraverso comportamenti sostenibili.

Con il presente elaborato, pertanto, si cercherà di evidenziare come la normativa fiscale possa efficacemente disciplinare e stimolare l'adozione di comportamenti *green oriented* da parte delle imprese e dei consumatori (lavoratori, famiglie a seconda del contesto esaminato) nell'ambito della Missione n. 2 del PNRR.

2. Transizione ecologica e sviluppo sostenibile. Come noto, il processo di "transizione ecologica"³ esprime un ripensamento delle modalità di produzione e consumo, attuato attraverso la razionalizzazione dell'utilizzo delle risorse, l'affermazione del metodo del riutilizzo e del riciclo in luogo di quello dello spreco e dell'abbandono, lo sviluppo dell'economia della condivisione (c.d. "*sharing economy*") e, in definitiva, la graduale sostituzione dei combustibili fossili con energie pulite e rinnovabili⁴.

Tale nuovo modello aderisce pienamente ai n. 17 obiettivi da raggiungere entro il 2030 (*Sustainable Development Goals – SDGs goals*), definiti con il documento Agenda 2030⁵ per lo sviluppo sostenibile approvato nel 2015 in occasione della settantesima Assemblea Generale delle Nazioni Unite⁶.

Questi stessi obiettivi sono stati ripresi dal Legislatore domestico con l'approvazione della Strategia Nazionale di Sviluppo sostenibile e dalle istituzioni comunitarie sin dalla Comunicazione COM (2016) 739 "*Il futuro sostenibile dell'Europa*"⁷. Tali *goals* sono stati

³ Per ulteriori approfondimenti sul punto si veda E. Giovannini, *L'utopia sostenibile*, 2018, Bari.

⁴ Cfr. A.F. Uricchio, *Crisi energetica, transazione ecologica e ruolo della fiscalità*, in *Rass. Trib.*, 4, 2022, p. 868 ss.; L. Becchetti, "Introduzione", in A. Bonomo – L. Tafaro – A. Uricchio (a cura di), *Le nuove frontiere dell'eco-diritto*, Bari, 2021, p. 21, secondo il quale la sfida globale della transizione ecologica "è ancora più impegnativa di quella altrettanto globale della pandemia, richiedendo una trasformazione profonda di agricoltura, industria, sistemi di riscaldamento delle case e produzione di energia."

⁵ Risoluzione NU A/RES/70/1 "*Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile*" in cui sono indicati i punti fondamentali del cammino da intraprendere verso la sostenibilità e l'inclusione. L'Agenda è stata adottata dai Capi di Stato in occasione del Summit sullo sviluppo sostenibile presso le Nazioni Unite, che si è svolto il 25-27 settembre 2015 ed individua 17 obiettivi e 169 target.

⁶ Sulle iniziative delle Nazioni Unite e, in modo particolare, sulle convenzioni e sui protocolli in materia di cambiamenti climatici, fino alla Conferenza di Parigi che si è svolta dal 30 novembre all'11 dicembre 2015, cfr. C. Sciancalepore, *Cambiamenti climatici e green taxes*, Bari, 2016, p. 15 ss. e, segnatamente, p. 27-30.

⁷ Decisione 1386/2013/UE su un programma generale di azione dell'Unione in materia di ambiente fino al 2020 "*Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta*" nella quale era tra l'altro affermato che "*l'Unione si prefigge di*

ulteriormente evidenziati dal VI Programma di azione per l'ambiente dal c.d. “*Green New Deal Europeo*”⁸, concepito come vero programma per una nuova crescita economica sostenibile, dando vita a una transizione ecologica che sia anche opportunità di crescita economica e sociale e successivamente – come si vedrà *infra* – dalla proposta di Direttiva COM (2021) 563 *final* del 14 luglio 2021 “*Pronti per il 55%: realizzare l’obiettivo climatico dell’UE per il 2030 lungo il cammino verso la neutralità climatica*”.

Ebbene, lo stretto legame tra attività antropiche ed economiche, emissioni di CO2 prodotto anche e soprattutto dalle energie fossili (*i.e.* petrolio e carbone) e innalzamento delle temperature del pianeta impone alcune azioni e strumenti, anche di natura finanziaria, protesi a dare compiutezza alla nell’ambito della Missione n. 2 del PNRR, assunta come priorità assoluta tra le sfide del futuro (superata l’emergenza pandemica, la guerra Russo-Ucraina e ai confini di Israele).

3. La Missione n. 2 del PNRR. Anche nel PNRR italiano la transizione ecologica riveste fondamentale importanza, ben potendo essere considerata alla stregua di un nuovo modello di sviluppo su scala globale⁹. In particolare, all’interno della Missione n. 2 del Piano, denominata “Rivoluzione verde e transizione ecologica”, è possibile individuare le seguenti componenti¹⁰:

1. Agricoltura sostenibile ed economia circolare;
2. Energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile;
3. Efficienza energetica e riqualificazione degli edifici;
4. Tutela del territorio e della risorsa idrica.

proteggere l’ambiente e la salute umana prevenendo o riducendo l’impatto negativo della produzione e della gestione dei rifiuti, riducendo gli impatti complessivi dell’uso delle risorse e migliorandone l’efficienza, mediante l’applicazione della seguente gerarchia dei rifiuti: prevenzione, preparazione per il riutilizzo, riciclaggio, recupero di altro tipo e smaltimento”.

⁸ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (UE 2018/1999) – Legge Europea sul clima, Bruxelles, COM (2020) 80 *final*, p. 1, secondo cui “*La comunicazione sul Green Deal Europeo COM (2019) ha varato una nuova strategia di crescita mirata a trasformare l’UE in una società giusta e prospera che migliori la qualità della vita delle generazioni attuali e future, una società dotata di un’economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva che nel 2050 non genererà emissioni nette di gas a effetto serra e in cui la crescita economica sarà dissociata dall’uso delle risorse.*” Per ulteriori approfondimenti sul punto cfr. A.F. Uricchio, *op. cit.*, p. 872; R.Miceli, *Green Deal e politiche fiscali territoriali. Il nuovo quadro europeo dell’integrazione per differenziazione*, in Riv. Trim. Dir. Trib., 1, 2022, p. 138 ss.; P. Barabino, *I certificati CO2 tra tutela ambientale e fiscalità*, in Riv. Trim. Dir. Trib., 4, 2021, p. 1016 ss.

⁹ In particolare, come si legge a pag. 120 del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza italiano, “*serve una radicale transizione ecologica verso la completa neutralità climatica e lo sviluppo ambientale sostenibile per mitigare le minacce a sistemi naturali e umani: senza un abbattimento sostanziale delle emissioni climato-alteranti, il riscaldamento globale raggiungerà e supererà i 3-4° prima della fine del secolo, causando irreversibili e catastrofici cambiamenti del nostro ecosistema e rilevanti impatti socioeconomici*”.

¹⁰ Cfr. il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza italiano, Missione n. 2 “Rivoluzione Verde e Transizione Ecologica”, p. 122.

Nel dettaglio, la componente n. 1 persegue lo scopo di migliorare la gestione dei rifiuti e dell'economia circolare, rafforzando le infrastrutture per la raccolta differenziata, ammodernando o sviluppando nuovi impianti di trattamento rifiuti, colmando il *gap* tra regioni del Nord e quelle del Centro-Sud (oggi circa 1,3 milioni di tonnellate di rifiuti vengono trattate fuori dalle regioni di origine) e realizzando progetti *flagship* altamente innovativi per filiere strategiche, quali rifiuti da apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE), industria della carta e del cartone, tessile, riciclo meccanico e chimica delle plastiche. La stessa componente del PNRR intende inoltre sviluppare una filiera agricola/alimentare *smart* e sostenibile, riducendo l'impatto ambientale in una delle eccellenze italiane, tramite *supply chain* "verdi".

Al fine di raggiungere la progressiva decarbonizzazione in tutti i settori, nella componente n. 2 il PNRR prevede interventi (*i.e.* investimenti e riforme) per incrementare l'utilizzo di fonti rinnovabili, tramite soluzioni decentralizzate e *utility scale* (incluse quelle innovative ed *offshore*) e il rafforzamento delle reti (più *smart* e resilienti) per sincronizzare le nuove risorse rinnovabili e di flessibilità decentralizzate, e per decarbonizzare gli usi finali in tutti gli altri settori, con particolare *focus* su una mobilità più sostenibile e sulla decarbonizzazione di alcuni segmenti industriali, includendo l'avvio dell'adozione di soluzioni basate sull'idrogeno (in linea con la *EU Hydrogen Strategy*).

Sempre nella componente n. 2 particolare rilievo è dato alle filiere produttive. In particolare, il Piano persegue l'obiettivo di sviluppare una *leadership* industriale e di *know-how* nelle principali filiere della transizione ecologica, promuovendo lo sviluppo in Italia di *supply chain* competitive nei settori a maggior crescita, che consentano di ridurre la dipendenza da importazioni di tecnologie e rafforzando la ricerca e lo sviluppo nelle aree più innovative (fotovoltaico, idrolizzatori, batterie per il settore dei trasporti e per il settore elettrico, mezzi di trasporto).

Inoltre, attraverso la componente n. 3, il Piano mira a rafforzare l'efficientamento energetico incrementando il livello di efficienza degli edifici¹¹ e la sicurezza del territorio, intesa come la mitigazione dei rischi idrogeologici (con interventi di prevenzione e di ripristino), la salvaguardia delle aree verdi e della biodiversità (ad esempio, con interventi di forestazione urbana, digitalizzazione dei parchi, rinaturazione del Po), l'eliminazione dell'inquinamento delle acque e del terreno, e la disponibilità di risorse idriche (nel dettaglio, infrastrutture idriche primarie, agrosistema irriguo, fognature e depurazione), aspetti

¹¹ Una delle leve più virtuose per la riduzione delle emissioni in un Paese come il nostro, che soffre di un parco edifici con oltre il 60 % dello *stock* superiore a 45 anni, sia negli edifici pubblici (*i.e.* scuole, cittadelle giudiziarie), sia negli edifici privati, come già avvenuto per il "Superbonus".

fondamentali per assicurare la salute dei cittadini e, sotto il profilo economico, per attrarre investimenti.

Sulla base di queste premesse, con la componente n. 4 il PNRR prevede l'elaborazione di nuove azioni atte a rendere il Paese più resiliente agli inevitabili cambiamenti climatici, a proteggere la natura e le biodiversità, e garantire la sicurezza e l'efficienza del sistema idrico.

Tutte le misure programmate possono senz'altro contribuire al superamento degli obiettivi definiti dal PNIEC in vigore¹², nonché al raggiungimento degli ulteriori *target* ambientali europei e nazionali (ad esempio, in materia di circolarità, agricoltura sostenibile e biodiversità in ambito *Green Deal europeo*).

4. Le azioni da mettere in campo in ambito extrafiscale: brevi cenni. Da quanto osservato, emerge chiaramente come le diverse azioni da mettere in campo al fine di perseguire efficacemente la transizione ecologica richiedano il graduale passaggio dall'economia lineare, caratterizzata dalla massimizzazione di produzione e di consumo (soprattutto di beni destinati a divenire rifiuti o avviati alla distruzione) e, dunque, dello spreco a un sistema economico in grado di rigenerarsi da solo, in quanto tutti i flussi di materie prime e secondarie, sia biologici che non biologici, sono reimmessi nei cicli produttivi senza entrare nella biosfera.

Venuta così meno l'idea che la crescita dipenda dal binomio produzione-consumo e che le risorse siano abbondanti e tendenzialmente illimitate, facilmente accessibili ed eliminabili a basso costo, riassunta efficacemente dalla formula "prendi, produci e usa e getta", si rende necessario passare ad un modello di sviluppo declinato secondo recupero e riciclo¹³.

Se questo è vero, allora, l'economia circolare rappresenta un sistema in cui tutte le attività sono organizzate in modo tale che gli scarti di qualcuno diventino risorse per qualcun altro, muovendo dall'assunto tutti i flussi di beni non hanno fine¹⁴. Risulta pertanto evidente

¹² Attualmente in corso di aggiornamento e rafforzamento con riduzione della CO2 vs. 1990 superiore al 51 % per riflettere il nuovo livello di ambizione definito in ambito europeo.

¹³ Sul punto cfr. A.F. Uricchio, *op. cit.*, p. 874.

¹⁴ Per ulteriori approfondimenti sul punto si veda V. Giuliano, *Introduzione al volume conversazioni con G. Nebbia, Non superate la soglia*, Torino, 2016, p. 9, secondo cui "fare pace con un pianeta bistrattato dall'arroganza dell'Uomo che lo stava progressivamente inquinando, che riduceva le risorse disponibili e non rinnovabili consumandole in modo sconsiderato fino all'eccesso, e nello stesso tempo mettere a fuoco le responsabilità che apparivano facilmente addebitabili a un Nord del mondo ricco che manteneva un insostenibile modello di sviluppo a scapito dei due terzi della Terra, offriva una ragionevole base di risposte soddisfacenti alla sete di giustizia, di pace, di libertà per costruire un modello di futuro alternativo a quello vigente."

come tale modello economico può consentire alle imprese e ai consumatori di cogliere nuove fonti di valore, concorrendo alla creazione di mercati elastici e catene produttive-commerciali in grado di offrire prosperità sostenibile a lungo termine, tracciando prodotti, materie prime e secondarie.

Nondimeno, nella transizione ecologica non può evidentemente restare sullo sfondo la questione economica del rapporto tra costi e benefici, anche per la rilevanza che questa assume per i bilanci delle imprese e per la condizione economica delle famiglie. Come rilevato da autorevole dottrina, difatti, per troppo tempo i combustibili fossili hanno rappresentato la migliore opzione possibile anche per i costi ridotti di estrazione, di trasporto e di immissione sul mercato¹⁵; essi, inoltre, si sono giovati di politiche pubbliche e fiscali di sostegno sia nella realizzazione di infrastrutture e di reti, sia nelle politiche tariffarie e tributarie.

Le recenti difficoltà di approvvigionamento da paesi terzi, alcuni dei quali ostili, la restrizione dell'offerta e le inevitabili speculazioni hanno determinato un pesante incremento sui prezzi di carbone, petrolio, gas con impatti devastanti nei piani economici di famiglie e imprese. E' quindi chiara la necessità di ripensare le scelte strategiche in materia ambientale ed energetica, incentivando l'utilizzo di fonti rinnovabili mediante investimenti nella ricerca, nelle infrastrutture e nelle reti.

Tutto ciò consente inoltre di mettere in luce il ruolo chiave che assumono le imprese e i consumatori in un siffatto contesto; nel dettaglio, tali soggetti sono chiamati a rivedere le proprie scelte in campo energetico, attraverso l'efficientamento energetico di impianti di produzione e luoghi di consumo. Ai decisori politici, invece, è affidato il delicato compito di definire strategie complessive nel governo del processo al fine di trarre vantaggi dai cambiamenti in corso¹⁶.

In definitiva, la transizione energetica ed ambientale in atto può indubbiamente offrire grandi vantaggi e opportunità per il sistema economico, anche in termini di efficienza e di competitività, e per l'intera comunità (ad esempio, portando alla creazione di posti di lavoro, all'integrazione e al benessere sociale).

5. L'ambiente come valore costituzionale e il ruolo del Fisco verso una transizione ecologica sostenibile. Come noto, per sviluppo sostenibile si intende un modello che consente di soddisfare i bisogni del presente senza compromettere la capacità

¹⁵ Cfr. A.F. Uricchio, *op. cit.*, p. 874.

¹⁶ Sul punto cfr. AA.VV., *Studi in tema di economia circolare* (a cura di F. De Leonardis), Macerata, 2019, p. 11 ss.

delle future generazioni di far fronte a quelli che potranno insorgere nel tempo¹⁷. La rappresentazione in senso pluridimensionale della sostenibilità è pienamente apprezzata – come si vedrà *infra* – anche nei documenti internazionali che, nel superare il primigenio principio “chi inquina paga”, di origine risarcitoria, pongono con forza la questione della centralità del rapporto tra diritti della persona e diritti della natura, anche alla luce del principio di responsabilità sociale, dei doveri di solidarietà e dei diritti sociali¹⁸.

In altri termini, la sostenibilità costituisce un nuovo paradigma in grado di orientare Stati e individui, politiche pubbliche e stili di vita privati, sistema produttivo, imprese e lavoratori, anche ai fini dell'individuazione delle azioni da intraprendere nell'ambito della Missione n. 2 del PNRR.

In questo contesto, le misure di carattere fiscale appaiono essenziali per l'affermazione del modello della c.d. “fiscalità circolare”, intesa come l'insieme di tributi, diretti (imposte sul reddito) o indiretti (IVA e accise), volti a disincentivare comportamenti non sostenibili (quali sprechi o inquinamento) e degli incentivi diretti a promuovere comportamenti sostenibili¹⁹.

Se tale assunto è corretto, allora, i nuovi testi degli artt. 9²⁰ e 41²¹ della Costituzione possono senz'altro rappresentare il fondamento per un diritto tributario dell'ambiente in cui la sostenibilità ambientale deve essere considerata nel presupposto del tributo. Difatti, è indubbio che le diverse manifestazioni di rilevanza della fattispecie “ambiente” hanno, in prospettiva, una diversa concreta ricaduta sulla disciplina fiscale dei comportamenti economici virtuosi o non virtuosi dal punto di vista ambientale e sugli investimenti a connotazione *green*²².

Come rilevato da autorevole dottrina, l'ambiente alla luce delle modifiche costituzionali può essere inteso come un “bene giuridico”, come una “materia” e, soprattutto, anche come

¹⁷ Per ulteriori approfondimenti sul tema dello sviluppo sostenibile cfr. AA.VV., *Il governo dello sviluppo sostenibile* (a cura di B.G. Mattarella), Giappichelli, Torino

¹⁸ Per ulteriori approfondimenti sul punto si rinvia a A.F. Uricchio, op. cit., p.876 ss. anche per citazioni spec.

¹⁹ Sul punto cfr. M.A. Icolari, *Per una dogmatica dell'imposta ambientale*, Napoli, 2018, p. 61.

²⁰ L'art. 9, terzo comma prevede ora che la Repubblica “*Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni*”. Per ulteriori approfondimenti sul punto cfr. V. Ficari, op. cit., p. 855 ss.

²¹ L'art. 41 Cost. dispone nel nuovo testo che l'iniziativa economica privata pur libera ha un espresso vincolo dettato dal secondo comma in quanto essa “*Non può (...) recare danno (...) all'ambiente (...)*”. Accanto a tale vincolo nel concreto esercizio dell'iniziativa economica cioè nei suoi effetti, il terzo comma prevede una dimensione regolamentare: la “*legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini (...) ambientali*”. Il divieto di danno ambientale (altrimenti detto: la non sostenibilità ambientale) è, ora, inderogabile condizione dell'iniziativa economica e ne orienta l'utilità sociale verso la sostenibilità; il concetto di utilità sociale quale limite deve essere storicizzato e contestualizzato nei suoi riflessi sia interni alla produzione stessa sia esterni cioè nelle le conseguenze dell'iniziativa economica per portatori di interessi pubblici e privati diversi dal titolare della stessa.

²² Cfr. V. Ficari, *Le modifiche costituzionali e l'ambiente come valore costituzionale: la prima pietra di una “fiscalità” ambientale, zone economiche speciali (ZES) e possibili zone economiche ambientali (ZEA)*, in Riv. Trim. Dir. Trib., 4, 2022, p. 855 ss.

un “valore costituzionale”²³. Le modifiche costituzionali nell’imporre doveri di tutela, divieti di pregiudizio e sostenibilità delineano un diritto non solo “dell’ambiente” ma anche “all’ambiente” e ciò, come vedremo, aprono di molto la concreta opportunità (se non, addirittura, necessità) di nuove prospettive normative tributarie.

L’intervento riformatore offre *de iure condendo* la possibilità di collegare la “fiscalità” all’art. 9 Cost. che prima di oggi non menzionava la tutela ambientale ed all’art. 41 Cost. alla luce del neo introdotto vincolo della sostenibilità ambientale. L’aver indicato nel nuovo testo costituzionale la tutela ambientale, la biodiversità, gli ecosistemi, la necessità di tutelare gli interessi ambientali delle future generazioni (art. 9) e aver espressamente vincolato la libertà di iniziativa economica alla sostenibilità (non danneggiare l’ambiente) significa per l’operatore e l’interprete prendere atto che il legislatore costituzionale ha voluto introdurre dei nuovi “Principi fondamentali”; con la conseguenza di definire in capo al legislatore ordinario (anche tributario) il potere/dovere di adottare tutti quei provvedimenti idonei a indirizzare l’attività economica (sia pubblica che privata) verso una caratteristica funzionale ambientale in termini di modalità di produzione e di risultati prodotti nonché di controllabilità della sostenibilità.

Eguale conclusione andrebbe tratta per l’aver il legislatore costituzionale anche prescritto che non vi possa essere alcuna iniziativa economica privata pregiudizievole per l’ambiente: ciò significa che si è affiancato un valore costituzionale nuovo (sostenibilità ambientale) ad altro preesistente (libertà di iniziativa economica) rendendo il primo vincolo caratterizzante delle espressioni del secondo.

Pertanto, si è di fronte non (solo) ad un nuovo complesso bene/valore di rilevanza costituzionale ma (anche) di un insieme di innovativi principi costituzionali (l’ambiente da tutelare, l’iniziativa economica sostenibile dal punto di vista ambientale); questi creano un contesto normativo trasversale nel quale gli eterogenei settori giuridici (tra cui il diritto tributario) si dovranno espressamente far riconoscere per aver adottato diversi “strumenti” per garantire la tutela dell’ambiente e la sostenibilità ambientale dell’iniziativa economica (cioè la prevenzione del pregiudizio ambientale).

²³ Sul punto cfr. V. Ficari, *op. cit.*, p. 855 ss. secondo cui “Ciascuna accezione esprime un lato di un fenomeno complesso e variegato nel quale l’ambiente, nelle forme che si possono cogliere dalla sua massima estensione concettuale, può essere (come è) oggetto di specifici istituti e tutele, di interventi legislativi che delimitano funzioni, poteri e discipline positive, esprimendo interessi soggettivi plurimi che rendono le scelte e le regole a dimensione tendenzialmente trasversale”.

In questo scenario il diritto tributario si relaziona alla libertà di iniziativa economica e al diritto economico in genere non come limite²⁴ ma come mezzo per realizzare concretamente la funzionalizzazione ambientale prescritta dal nuovo testo costituzionale.

6. La crisi del principio “chi inquina paga”. In ambito fiscale il principio “chi inquina paga” nella sua genesi economica come ragione per internalizzare nel prelievo le c.d. “esternalità negative” costituite dal danno ambientale arrecato da (talune) attività produttive²⁵ ha giustificato (e giustifica ancora) l'imposizione di forme di ricchezza prodotta attraverso attività non sostenibili ed inquinanti e che, nelle intenzioni, dovrebbero, da un lato dissuadere orientando i comportamenti e, dall'altro, consentire di acquisire le risorse finanziarie per (astrattamente) intervenire rimediando al danno mediante un sistema di sostanziale redistribuzione che muove dal vantaggio acquisito dall'operatore inquinante.

La non sostenibilità e il danno ambientale costituiscono il fondamento dei tributi ambientali rivolti ai comportamenti non virtuosi, rispetto ai quali la ricostruzione sistematica difficilmente può identificare una maggiore capacità contributiva nell'esercizio di un'attività economica non sostenibile; la *ratio* della discriminazione qualitativa si baserebbe su finalità extrafiscali del prelievo e non su vere e proprie manifestazioni di capacità contributiva²⁶ salvo ritenere, come pare indubbio, che almeno tra operatori economici l'attività inquinante attribuisca all'operatore un vantaggio competitivo che possa ragionevolmente giustificare un prelievo dedicato.

La tassazione il cui presupposto si leghi ad esternalità negative si rivela, in realtà, inefficiente ad orientare i comportamenti considerando la possibilità di comprendere nel prezzo il costo del tributo e ridursi ad una mera forma di risarcimento di danni a “beni” pubblici.

Sono, quindi, evidenti le ragioni della concreta relativa (in)utilità di tali scelte intese a internalizzare il danno ambientale nella misura del tributo²⁷. L'entrata così ottenibile, infatti,

²⁴ Sul punto cfr. V. Ficari, *op. cit.*, p. 856.

²⁵ Per una efficace sintesi vedi Mastellone (Dorigo), *La fiscalità per l'ambiente. Attualità e prospettive della tassazione ambientale*, Roma, 2013, p. 27 ss.

²⁶ Sul punto cfr. V. Ficari, *Nuovi elementi di capacità contributiva ed ambiente: l'alba di un nuovo giorno ...fiscalmente più verde?*, in Riv. Trim. Dir. Trib., 4, 2016 p. 827 ss.; Id., *Prime note sull'autonomia tributaria delle Regioni a Statuto speciale* (e della Sardegna in particolare), in Rass. Trib., 2011, p. 1307. Per una diffusa analisi del principio nell'elaborazione del concetto di tributo ambientale vedi R. Alfano, *I tributi ambientali. Profili interni ed europei*, Torino, 2012, passim, spec. p. 7 ss. e p. 31 ss.; adde tra gli altri F. Marchetti, *Ambiente (dir. trib.)*, in Dizionario di diritto pubblico, diretto da S. Cassese, I, Milano, 2006, p. 241 ss.

²⁷ Sul punto cfr. anche G. Mercuri, *Strategie europee per mitigare il cambiamento climatico: dalla tassazione del lavoro a quella dell'inquinamento*, in Riv. Tel. Dir. Trib., 14 settembre 2023.

solo nel modello teorico di attuazione è impiegabile per il risanamento nonché per coprire differenziazioni di regime tramite agevolazioni o sussidi a favore dei soggetti virtuosi.

Se si andasse, infatti, a indagare nel dettaglio all'interno del bilancio statale il tributo applicato sulla base del principio chi inquina paga non è mai di fatto destinato (né suscettibile di una rendicontazione annuale *ex post*) al risanamento né a coprire eventuali minori entrate derivanti da regimi fiscali agevolativi per le attività *green*.

Peraltro, la contabilità di Stato non sembra ancora pronta a fornire neppure con dati aggregati il valore della spesa pubblica per la tutela dell'ambiente e per il *recovering* dai danni indirettamente causati dalle attività economiche inquinanti. Da più parti si è evidenziato come in una costante applicazione di tributi ambientali basati sul principio "chi inquina paga" il degrado ambientale, il consumo dei suoli, la riduzione delle risorse scarse, il livello di inquinamento e, in genere, i danni ambientali non siano assolutamente diminuiti e non si sia affatto raggiunta quella virtuosa relazione tra ambiente e sviluppo economico che solo ora con la modifica costituzionale ha assunto valenza precettiva.

Di qui l'opportunità di una diversa prospettiva *de iure condendo*²⁸ ovvero quella in cui il prelievo non sia più inteso come strumento di disincentivazione dei comportamenti non virtuosi e fonte di finanziamento dello Stato per coprire le spese necessarie alla tutela e ripristino con evidenti vantaggi di neutralizzazione finanziaria del costo attraverso la traslazione economica del "prezzo" del tributo sul corrispettivo pagato dall'acquirente mediante l'internalizzazione del costo tributario.

Come evidenziato da autorevole dottrina²⁹, infatti, la fiscalità deve assurgere a strumento di contemperamento tra il valore della tutela ambientale e quello dello sviluppo economico, contemperamento che si realizza solo quando l'attività economica diventa sostenibile in quanto dotata di quelle caratteristiche oggettive e soggettive che l'ordinamento assume come idonee a dimostrare in concreto un sufficiente grado di rispetto; tutto ciò reso ancora più urgente a fronte di una nuova crescita (sostenibile) a seguito del contesto di crisi economica post pandemia.

²⁸ La proposta che ha trovato espressione nel libro bianco Il libro bianco della transizione ecologica, a cura di Becchetti-Forte, VII ed., Soveria Manelli, 2021, con i contributi di Ficari ed altri, è stata sostenuta anche da Greggi, L'ambiente e l'economia circolare nel diritto tributario, *cit.*, p. 41; già in precedenza si era sottolineata l'opportunità di interventi che perseguissero la prevenzione attraverso misure non disincentivanti e dalla funzione indennitaria/risarcitoria ma, invece, sistematiche volte a caratterizzare in termini ambientali il presupposto in termini di discriminazione qualitativa (cenni si rinvengono in S. Dorigo (P. Mastellone), *La fiscalità per l'ambiente. Attualità e prospettive della tassazione ambientale*, *cit.*, p. 231; in precedenza, tra gli altri, S. Cipollina, *Osservazioni sulla fiscalità ambientale nella prospettiva del federalismo fiscale*, in AA.VV., *L'imposizione ambientale nella prospettiva del federalismo fiscale*, a cura di Antonini, Napoli, 2010, p. 112; La Scala, *I principi fondamentali in materia tributaria in seno alla Costituzione dell'Unione Europea*, Milano, 2005, p. 355

²⁹ Per tutti cfr. V. Ficari, *op. cit.*, p. 856 ss.

Si darebbe, così, concreta attuazione al c.d. “principio di precauzione” che induce ad accantonare finalità risarcitorie/indennitarie del prelievo per approdare, invece, a misure indirizzate al risultato della sostenibilità e tutela anche nella prospettiva delle future generazioni. Le modifiche costituzionali hanno quindi cambiato la prospettiva e rafforzato le tesi che sostenevano il fondamento costituzionale di misure tributarie nelle quali la sostenibilità sia assunta a componente del presupposto e non giustifichi finalità solo extratributarie³⁰.

7. Le misure da attuare in ambito fiscale. In questo quadro emerge con evidenza come le misure da attuare in ambito fiscale siano essenziali per l’affermazione del modello della fiscalità circolare, da intendersi come l’insieme dei tributi volti a disincentivare comportamenti non sostenibili (*i.e.* sprechi e inquinamento) e a promuovere *ex adverso* comportamenti sostenibili.

Le misure fiscali di futura attuazione trovano la loro principale fonte nell’allegato IV *bis* della Direttiva 851/2018/UE che prevede una serie di strumenti economici e altre misure incentivanti la transizione verso l’economia circolare e, più recentemente, quelle previste dal pacchetto “*Fit to 55*” approvato il 14 luglio 2021 dalla Commissione Europea recante proposte legislative disegnate per permettere il conseguimento degli obiettivi intermedi dell’*European Green Deal* e degli obiettivi di neutralità climatica definiti dal Regolamento UE 2021/1119³¹.

Nell’articolato panorama delle proposte presentate dalla Commissione il 14 luglio 2021, sotto il profilo tributario assume fondamentale importanza quella di revisione della direttiva del Consiglio in materia di tassazione dei prodotti energetici e dell’elettricità, vale a dire la proposta COM (2021) 563 *final*. Essa riscrive in larga parte il testo della Direttiva 2003/96/CE del Consiglio, che è da ritenersi superata, in quanto non è allineata agli ambiziosi obiettivi in materia di clima, di politica energetica e di contrasto al cambiamento climatico e all’inquinamento promossi dall’Unione³².

³⁰ A. Giovannini, *Le metodologie di ricerca nel diritto tributario*, in *Rass. Trib.*, 2016, p. 99 ss.; Id., *Ripensare la capacità contributiva*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2016, I, p. 1015 ss.

³¹ Per ulteriori approfondimenti sul punto cfr. A. Comelli, *La tassazione ambientale, nella prospettiva europea, oltre la crisi economica e sanitaria innescata dal Covid-19*, in *Dir. Prat. Trib.*, 3, 2022, p. 793 ss.

³² Nel dettaglio, la direttiva 2003/96/CE non è allineata con il duplice obiettivo di ridurre le emissioni nette di gas con effetto serra di almeno il 55 % entro il 2030 rispetto ai livelli del 1990 e di diventare il primo continente a impatto zero, sul piano climatico, entro l’anno 2050. Inoltre, la direttiva medesima non è in sintonia con gli obiettivi dell’Accordo di Parigi e, segnatamente, quanto al contenimento dell’incremento della temperatura a livello globale, né è in grado di supportare la transizione energetica e la crescita sostenibile auspicata, con molta chiarezza, dall’Unione. Per ulteriori approfondimenti sul punto cfr. A. Comelli, *op. cit.*, p. 793 ss.

Anche secondo la Commissione, dunque, la disciplina fiscale costituisce un tassello fondamentale al fine di raggiungere gli obiettivi di cui sopra e diviene prioritario promuovere la produzione e l'utilizzo di carburanti puliti e di tecnologie in grado di funzionare con essi. Di qui l'esigenza di aumentare l'imposizione sui carburanti che inquinano e, segnatamente, su quelli fossili, eliminando, inoltre, alcune esenzioni e riduzioni che devono essere considerate superate, ad esempio, nel settore dei carburanti per la navigazione aerea o marittima, molto diversificate tra gli Stati membri.

Tali misure devono però essere accompagnate dall'adozione di una "scala" di aliquote modulate in base alle prestazioni ambientali dei diversi prodotti energetici; in altri termini, anche le esenzioni e le riduzioni dell'imposizione attualmente previste devono essere sistematizzate, a tacer d'altro, per l'incentivo, in via di fatto, all'uso del carburante fossile e per l'incertezza, a livello interpretativo, di alcune disposizioni³³. Proprio la modulazione delle aliquote, da disporre con gradualità in modo da evitare impatti devastanti sull'economia, rappresenta la strada maestra verso l'obiettivo di raggiungere "emissioni zero", apprezzando la stretta compenetrazione tra transazione energetica e politiche ambientali.

Ciò darà luogo ad una profonda semplificazione della struttura fiscale, raggruppando i prodotti energetici, adoperati come carburanti per motori o combustibili per riscaldamento, e classificandoli secondo le loro prestazioni ambientali; secondo tale modulazione, le aliquote più elevate potranno trovare applicarsi ai combustibili su base fossile convenzionali (trasporti) e per le famiglie, mentre le aliquote minori (2/3 di quelle massime) per combustibili meno dannosi (idrogeno di origine fossile e GPL) e ancora per biocarburanti tradizionali. Le aliquote maggiormente ridotte potranno trovare applicazione per i biogas, i bioliquidi e per l'idrogeno da fonti rinnovabili. In questa modifica di prospettiva assumerà cruciale importanza l'individuazione del concetto di "prestazione ambientale" da definirsi avendo riguardo delle caratteristiche specifiche dei diversi prodotti e del relativo livello di evoluzione tecnologica raggiunto.

A tale manovra sulle aliquote potrebbe accompagnarsi un insieme di incentivi per la produzione di energia ad emissioni zero che dovrà consentire di rendere conveniente per le imprese e persino per singoli consumatori la scelta di energie pulite anche al fine di tener conto di esigenze specifiche; in questo senso, livelli minimi di tassazione dovrebbero essere previsti per i carburanti per motori per il trasporto, per i carburanti per motori utilizzati per

³³ Tra queste rientrano senz'altro le norme in materia di prodotti energetici forniti per essere utilizzati come carburanti per la navigazione aerea o marittima, la cui formulazione letterale non è certamente un esempio di chiarezza.

finalità meritorie (*i.e.* nel settore primario), per i combustibili per riscaldamento e per l'elettricità, nonché per le famiglie in condizioni di difficoltà economiche.

Senza pretesa di esaustività, a tali misure potrebbe aggiungersi anche la riduzione dell'aliquota IRES (24%) nei confronti di quelle imprese che investano in impianti idonei a ridurre in modo significativo il consumo di risorse ambientali, gli scarti di produzione, la riduzione di rifiuti, le emissioni nocive per l'ambiente e, in genere, qualsiasi forma di inquinamento. Un siffatto intervento normativo perseguirebbe l'obiettivo di agevolare gli utili reinvestiti in investimenti "finalizzati" a fronte di un minor impatto ambientale delle attività produttive³⁴.

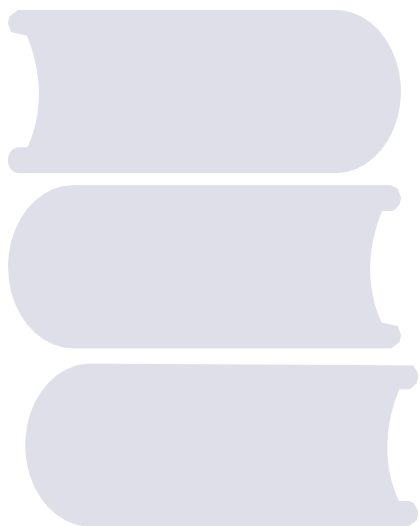
Da ultimo, nell'ambito della disciplina IVA potrebbe essere utile introdurre una specifica aliquota ridotta per beni e servizi "verdi"; difatti, nel vigente testo normativo italiano non vi è alcun riferimento alla tipologica merceologica dei beni realizzati a seguito di processi produttivi di riciclo, né a quella dei beni materiali e immateriali idonei a ridurre in modo significativo il consumo di risorse ambientali, gli scarti di produzione, la produzione di rifiuti, le emissioni nocive per l'ambiente e qualsiasi forma di inquinamento; ciò accade anche per i servizi che siano relativi a tali finalità e oggetti.

Come evidenziato da autorevole dottrina³⁵, tuttavia, la possibilità di introdurre un'aliquota ridotta dedicata alle operazioni *green oriented* potrebbe costituire una rilevante novità sistematica, ma la strada potrà aprirsi soltanto all'esito di una specifica modifica in sede comunitaria dell'attuale allegato III alla Direttiva che regola l'armonizzazione dell'imposta in ordine alla possibilità per gli Stati di introdurre aliquote ridotte per taluni beni e servizi oppure delle più ampie modifiche alla complessiva disciplina delle aliquote fissate dalla Direttiva IVA attualmente vigente.

In definitiva, considerando che il settore dell'imposizione sul valore aggiunto si collega per sua natura a quello delle imposte sui redditi in cui vengono ipotizzate misure *ad hoc* per utili da attività e costi per investimenti virtuosi, esigenze di certezza definitorie richiederebbero l'adozione di univoche nozioni di beni e servizi *green oriented* così da rendere sistematica la *ratio* della misura sui due piani impositivi entrambi connessi per le imprese alle vendite e agli acquisti.

³⁴ Per ulteriori approfondimenti si rinvia a V. Ficari, A. Vignoli, *La fiscalità ambientale e il Green New Deal: quali proposte per uno Sviluppo Economico Sostenibile?* In AA.VV., *Il libro bianco della transizione ecologica*, 2020, Roma (a cura di L. Becchetti e G.A. Forte), p. 160 ss.

³⁵ Sul punto cfr. V. Ficari, A. Vignoli, *op. cit.*



Parte seconda



*Artificial intelligence and criminal procedure: fundamental rights, procedural principles and regulatory challenges**

di GIULIA CASCONI

SUMMARY: 1. ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN CRIMINAL PROCEDURE: THE CURRENT SCENARIO. - 2. FROM THE IMPACT ON FUNDAMENTAL RIGHTS TO THE RESPECT OF CRIMINAL PROCEDURAL PRINCIPLES. - 3. TRANSPARENCY AS MINIMUM REQUIREMENT FOR AI'S APPLICATION IN CRIMINAL PROCEEDINGS. - 4. THE EUROPEAN UNION'S APPROACH: THE "OPACITY" OF THE LEGAL SOLUTION SUGGESTED BY THE EUROPEAN COMMISSION IN THE PROPOSAL FOR THE ADOPTION OF THE "AI ACT".

Abstract

Il contributo si sofferma su alcune problematiche regolatorie scaturenti dall'intersezione tra procedura penale e intelligenza artificiale. Prendendo le mosse dall'individuazione delle applicazioni attuali e potenziali dei sistemi di intelligenza artificiale nel procedimento penale, sono presi in esame i conseguenti rischi di compressione delle garanzie e dei principi processuali coinvolti, nell'intento di sottolineare l'impellente esigenza di elaborare un quadro giuridico chiaro, suscettibile di bilanciare i benefici derivanti dall'uso dell'intelligenza artificiale con il rispetto dei diritti e dei principi fondamentali della materia.

1. Artificial intelligence in criminal procedure: the current scenario. Artificial intelligence¹ applications are rapidly spreading their influence across various domains. Fueled by massive amounts of data, these systems are radically changing the way we live, work and interact with each other. In this broader context, criminal procedure is one of the areas in which AI is gaining more and more significant traction, aiding law enforcement agencies and legal professionals to better perform their tasks.

* Il presente articolo è stato sottoposto a revisione e accettato per la pubblicazione in data antecedente all'approvazione, da parte del Parlamento Europeo, del Regolamento europeo che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (cosiddetto "Artificial Intelligence Act"), avvenuta in data 13 marzo 2024. Nondimeno, i commenti e le osservazioni esposti nel contributo (e, in particolare, nel par. 4) sulla disciplina risultante dalla proposta avanzata dalla Commissione Europea risultano attuali, in quanto la versione dell'atto normativo da ultimo approvata dal Parlamento Europeo non presenta, in relazione agli aspetti presi in esame, modifiche sostanziali rispetto al testo della proposta commentata nel presente articolo.

¹ On the difficulty of finding a shared definition of Artificial Intelligence (hereinafter, also "AI"), see Finocchiaro, *The regulation of artificial intelligence*, in *AI & Soc* (2023), available at <https://doi.org/10.1007/s00146-023-01650-z>. In the recent proposal for the adoption of the AI Act (*European Commission Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain union legislative acts*, Brussels, 21.4.21), AI is defined as a «software that is developed with one or more of the techniques and approaches listed in Annex I and can, for a given set of human-defined objectives, generate outputs such as content, predictions, recommendations, or decisions influencing the environments they interact with». In its general approach published in May 2023 (Available at https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/CJ40/DV/2023/05-11/ConsolidatedCA_IMCOLIBE_AI_ACT_EN.pdf), the European Parliament amended the definition of AI systems to align it with the one given by the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). According to the amendment, AI should be defined as «a machine-based system that is designed to operate with varying levels of autonomy and that can, for explicit or implicit objectives, generate outputs such as predictions, recommendations, or decisions that influence physical or virtual environments».

AI-powered systems are currently being used for many purposes² in criminal procedure and further applications are highlighted by the ongoing academic debate on the subject³. Without claiming to be exhaustive, a brief reconstruction of the current scenario of the possible applications of AI in criminal procedure is necessary in order to assess if and (if so) how the use of such systems can impact on fundamental rights of individuals and affect some basic criminal procedural principles.

Among the wide range of possibilities that AI offers, the most disruptive ones are those that involve replacing human judges with automated systems. Notably, initiatives such as the e-court system in the Netherlands and the project for a robot judge in Estonia exemplify this emerging trend.

The first is a private online court that automates and streamlines certain aspects of legal proceedings. This AI-powered platform handles smaller civil cases, offering a faster and more efficient resolution of the case⁴.

An even bolder project is the one proposed in Estonia for the creation of a robot judge. The news concerning the development of such system rapidly spread in 2019⁵, prompting the attention of the technical and scientific community. In early 2022, however, the Estonian Ministry of Justice released a statement in which the government's commitment to the development of a robot judge was denied⁶. Nonetheless, we read in the statement that «Ministry of Justice is also interested of AI projects and will look opportunities where AI could be useful and does not exclude the possibility to use the AI solutions in the future to assist judges and court officials». It is unclear whether the news was a hoax or whether the Estonian Government simply took a step backwards on the Country's digital modernisation plan.

To date, artificial intelligence systems designed to replace human judges do not seem to receive wide acceptance and are therefore not particularly popular in Western judicial systems.

² See Nieva Fenoll, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, 2018, 23.

³ One of these is the use of artificial intelligence techniques for biometric recognition of emotions in order to assess the reliability of a witness. At present, there is no evidence of the implementation of such systems across the European jurisdictions, but it cannot be excluded that they may be used in the future. See Cascone, *Emotional biometrics: a preliminary analysis of critical aspects concerning the use of the last AI frontier in criminal procedure*, in VV.AA., *El Proceso en tiempos de cambio. VII Processulus, Encuentro de jóvenes investigadores en derecho procesal*, Colex, 2023, 292.

⁴ On this topic, see Nakad-Weststrate, Van Den Herik, Jongbloed, and Salem 2015, *The Rise of the Robotic Judge in Modern Court Proceedings*, in *Conference Paper. The 7th International Conference on Information Technology*, 2015, 59–67, available at http://icit.zuj.edu.jo/ICIT15/DOI/Artificial_Intelligence/0009.pdf.

⁵ Niiler, *Can AI Be a Fair Judge in Court? Estonia Thinks So*, in *Wired*, March 25, 2019, <https://www.wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thinks-so/>.

⁶ Available at <https://www.just.ee/en/news/estonia-does-not-develop-ai-judge>.

On the other hand, a great deal of software has been developed in order to aid (not replace) the judges and legal practitioners in the performance of their tasks.

Some of these tools seem to be particularly promising in terms of “collateral” support to judicial activity and not so dangerous as regards the respect for fundamental and procedural rights. It is the case of software that provide judges with a selection of previous similar cases, prepare drafts or perform more complex tasks such as analyze the consistency and coherence of testimonies, comparing statements against other available evidence to identify any contradictions or discrepancies, and so on⁷.

On the contrary, many concerns have been addressed to risk assessment tools. Within this category, systems such as COMPAS, developed in the United States, and HART, developed in the United Kingdom, are able to assess the risk of recidivism⁸. This kind of tools can prove to be very useful both in the pre-trial phase (for example, to assess the necessity to apply a pre-trial restriction of liberty) and in sentencing⁹ (for example, when it comes to quantify the sanction of imprisonment as a consequence of the conviction of the accused person). As is well known, they have generated much debate in recent years as to their reliability and the existence of biases in their functioning that have led to discriminatory outcomes¹⁰.

Although designed for a partially different use, very similar in the functioning are those tools developed to predict¹¹ the outcome of pending or future court cases¹². Such systems make it possible to calculate the chance of success of a case and “predict” how a particular court will decide on it. For instance, the SCOTUS system¹³ has been applied

⁷ Ulenaers, *The Impact of Artificial Intelligence on the Right to a Fair Trial: Towards a Robot Judge?*, in *Asian Journal of Law and Economics*, vol. 11(2), 2020, 10.

⁸ See Lupo, *Regulating (Artificial) Intelligence in Justice: How Normative Frameworks Protect Citizens from the Risks Related to AI Use in the Judiciary*, *European Quarterly of Political Attitudes and Mentalities*, EQPAM, 81.

⁹ See Kaspar, Harrendorf, Butz, Höffler, Sommerer & Christoph, *Artificial Intelligence and Sentencing from a Human Rights Perspective*, VV.AA., *Artificial Intelligence, Social Harms and Human Rights*, Palgrave Macmillan, edited by Završnik and Simončič, 2023, 3.

¹⁰ The admissibility of evidence based on COMPAS system was addressed in the famous judgment *State of Wisconsin v. Loomis*, 881 N. W. 2d 749 (Wis. 2016). A 2016 study from ProPublica demonstrated that COMPAS assigned African Americans a higher (and discriminative) risk rate of recidivism than the one assigned to white people. See Contissa & Lasagni, *When it is (also) Algorithms and AI that decide on Criminal Matters: In Search of an Effective Remedy*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 28(3), 2020, 284.

¹¹ But see Quattrocchio, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*, Springer, 2020, 119, on the improper use of the term “prediction”. According to the Author, what the AI programs can do is to provide a calculation of how a court or a judge decided in previous similar cases.

¹² See Ulenaers, *The Impact of Artificial Intelligence*, cit., 5. Quattrocchio, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings*, cit., 117.

¹³ Nikolaos Aletras and others, *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*, in *PeerJ Computer Science* 2:e93, 2017.

to the decisions of the European Court of Human Rights and has proven to be particularly accurate.

As regards the area of evidence, an example of AI tool that could reveal particularly useful in this field is face recognition systems¹⁴, that employ AI algorithms to analyze facial features and match them against a database of known individuals. This technology can be used to identify suspects or to verify the presence of individuals on the crime scenes not only during the investigation, but also as evidence at trial. By comparing surveillance footage, photographs, or other visual evidence with existing databases, AI-powered face recognition systems offer potential insights to investigators and to the judges and, at the same time, pose relevant concerns for privacy and respect for private and family life¹⁵.

The last frontier in the field seems to be represented by emotional recognition systems based on AI algorithms to analyze facial expressions, voice inflection, and other biometric patterns to infer emotional states. These systems could be used to verify the credibility of witnesses, assessing the consistency between their emotional responses and their declarations by measuring factors such as micro-expressions or changes in vocal pitch¹⁶.

Finally, although they fall outside the scope of this analysis, it is worth mentioning the currently most widespread predictive policing tools, enabling authorities to identify potential crime hotspots and allocate resources. By analyzing historical crime data and patterns, AI algorithms can guide law enforcement agencies in their proactive efforts to prevent crimes¹⁷. Such software is mainly used in an area (crime prevention) that lies outside the perimeter of criminal proceedings and criminal trials and in which the procedural guarantees are not supposed to operate¹⁸. Nevertheless, legal scholars have

¹⁴ Buolamwini, Vicente Ordóñez, Morgenstern, & Learned-Miller, *Facial recognition technologies: a primer*, May 29, 2020, https://global-uploads.webflow.com/5e027ca188c99e3515b404b7/5ed1002058516c11edc66a14_FRTsPrimerMay2020.pdf; Faraldo Cabana, *Technical and Legal Challenges of the Use of Automated Facial Recognition Technologies for Law Enforcement and Forensic Purposes*, in VV.AA., *Artificial Intelligence, Social Harms and Human Rights*, Palgrave Macmillan, edited by Završnik and Simončič, 2023, 35.

¹⁵ Neroni Rezende, *Facial recognition in police hands: Assessing the 'Clearview case' from a European perspective*, in *New Journal of European Criminal Law* 11(3), 375-389.

¹⁶ EDPS-TechDispatch # 1_2021, *Facial Emotion Recognition*, European Data Protection Supervisor, 1; Buolamwini, Vicente Ordóñez, Morgenstern, & Learned-Miller, *Facial recognition technologies: a primer*, cit., 8. On the concerns deriving from the use of this technology in criminal proceedings, see Cascone, *Emotional biometrics: a preliminary analysis*, cit., 292.

¹⁷ On algorithmic crime prediction and its criticalities, see Sommerer, *Algorithmic Crime Control between Risk, Objectivity, and Power*, in VV.AA., *The Law between Objectivity and Power*, edited by Bender, Nomos, 2022, 274 ff.

¹⁸ Signorato, *Giustizia penale e intelligenza artificiale. Considerazioni in tema di algoritmo predittivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 2, 607. See, however, Quattrocchio, *Artificial Intelligence, Computational Modelling*

highlighted the many concerns that may arise from their use insofar as they compromise citizens' privacy, subjecting them to more or less hidden forms of surveillance. Not to mention that they could lead to distorted outcomes by subjecting the same territories to continuous surveillance due to the increased discovery of crimes facilitated by the use of the software¹⁹.

2. From the impact on fundamental rights to the respect of criminal procedural principles. In the last decade, legal scholars from all over the world have been addressing the many concerns for fundamental rights implicated in the use of AI in judicial systems.

From a general point of view, the same operational characteristics of AI tools presuppose the risk of a violation of the rights to private and family life and to protection of personal data (artt. 7 and 8 CFREU and art. 8 ECHR). On the one hand, it is widely known that the functioning of such systems presupposes the use of huge amount of data in order to train the algorithm to perform its task and this entails massive treatment of (also) personal and sensitive data of individuals²⁰. On the other hand, as already mentioned in the previous paragraph, AI (especially the tools which are used in preventive policing) allows the tracking and analysis of daily habits of people, realizing forms of State surveillance²¹.

While the risks related to the violation of privacy have a cross-cutting dimension, many negative implications of the use of artificial intelligence have been highlighted with specific reference to criminal proceedings. They range from the respect for certain procedural rights considered to be “fundamental”, to the same preservation of the intimate nature and structure of criminal procedural models of Western judicial systems.

Before briefly reviewing some of the principal concerns, two preliminary remarks are necessary.

First, each of these problematic aspects entails a regulatory challenge for the legislators. As is well known, the European Commission presented a proposal for the

and Criminal Proceedings, cit., 41 on the interference between preventive policing and criminal investigation.

¹⁹ Signorato, *Giustizia penale e intelligenza artificiale*, cit., 608.

²⁰ See European Ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment, 56, available at <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>.

²¹ European Commission's white paper on AI, 2020, 11, available at https://commission.europa.eu/system/files/2020-02/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf. Also see Algeri, *Intelligenza artificiale e polizia predittiva*, in *Dir. pen. e proc.*, 2021, 6, 731.

adoption of a regulation on artificial intelligence (the so-called AI act) in April 2021. It is the world's first systematic regulation in this field. The proposal classifies many of the AI technologies used in the field of law enforcement as "high risk". This means that, in order to circulate in the internal market, they must comply some technical requirements that ensure reliability, traceability and verifiability of the results. However, there are no specific procedural rules and guarantees related to the use of similar systems in criminal proceedings. As a result, it will be up to national legislators to regulate specific aspects concerning the use of AI in criminal investigations and criminal trial. Such regulation will be aimed at adequately balancing the (expected) benefits of the use of AI in criminal proceedings – in terms of increased efficiency – and the risks of affecting fundamental rights of individuals.

Secondly, as we will see, many of these problematic aspects depend on certain structural and operational features of AI systems. This entails the need to seek technical solutions that can make the functional characteristics of the AI systems compatible with the requirements of criminal proceedings.

One of the first concerns related to the use of AI tools in criminal proceedings consists in allocating responsibility in case of failure²². Judges and public prosecutors could rely on AI tools in order to perform complex and sensitive tasks that could have serious consequences on individuals. Although this aspect could concern any application of AI in the justice system, when it comes to criminal proceedings the consequences of an error on the fundamental rights of citizens are likely to be more serious, as they may affect the personal freedom.

The issue becomes even more problematic when considering that, currently, the development of such systems is almost entirely in the hands of private entities, which may not have any interest in developing software capable of reaching sufficient levels of reliability and robustness. As already stressed by legal scholars, this situation entails the necessity to introduce specific regulatory solutions in order to hold private entities accountable for their participation, even if indirect, in public functions²³.

²² For further references, see Lupo, *Regulating (Artificial) Intelligence in Justice*, cit., 83.

²³ Gascón Inchausti, *Desafíos para el proceso penal en la era digital: externalización, sumisión pericial e inteligencia artificial*, in Conde Fuentes, Serrano Hoyo, **La justicia digital en España y la Unión Europea**, Ed. Atelier., 2019, 193.

Moving to the specific realm of criminal proceedings, the use of artificial intelligence could infringe multiple procedural guarantees, many of which are linked to the right to a fair trial protected by the European Convention on Human Rights²⁴.

First and foremost, it has been highlighted that the high level of technical complexity of AI systems can affect the equality of arms. The introduction of scientific knowledge into criminal proceedings often results in an imbalance between the parties, favoring the one (generally, the public prosecutor) that has greater resources to interpret and challenge the cognitive results of the technology at stake. According to this analysis²⁵, algorithmic evidence exacerbates this imbalance due to the inaccessibility of the source code (for reasons of protecting industrial property) or the inherent opacity²⁶ of the algorithm.

For the same reason, the use of AI tools in criminal proceeding could impact the right to effective remedy and to access to information which are relevant to perform an effective defense before and during the trial²⁷.

Another technical characteristic that may have concerning consequences in the procedural realm is linked to the phenomenon known as the “datification”²⁸. AI algorithms, as mentioned before, operate on the base of the processing of enormous amounts of data to provide output results through correlations that - in machine learning systems - are created by the AI systems themselves. This can lead to certain distortions.

²⁴ For an overview of the ECHR rights affected by AI tools in criminal proceeding, see more specifically Ulenaers, *The Impact of Artificial Intelligence*, cit., 17. The rights which could be affected range from the access to court (that could be infringed in case of implementation of AI-judges) to the presumption of innocence, that can be violated in the case of algorithms created for decision-making whose operational parameters do not reflect the distribution of the burden of proof that the principle imposes.

²⁵ Quattrocchio, *Equità del processo penale e automated evidence alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Revista Italo-Española de Derecho Procesal*, 2019, 118.

²⁶ Even if the companies that develop AI software made public the algorithms that the machines use to operate their calculations, it is very often the own IT architecture that does not allow, not even programmers, to reconstruct the statistical associations on the basis of which a certain result was provided. As explained by Bonsignore Fouquet, *Sobre Inteligencia Artificial, decisiones judiciales y vacíos de argumentación*, in *Teoría & Derecho. Rev. pens. Jur.*, 2021, n. 29, 264, the opacity can be of three types: first of all, it can derive from the industrial secret that could cover to the algorithms that support the functioning of the machine; secondly, it could depend on the judge's lack of technical skills in understanding the inferences conducted by artificial intelligence, given its high technological character; finally, it could be an opacity in the strict sense. This is the most marked form of opacity, since it concerns the same functioning of the tool, which is based on the development of new statistical criteria which are directly developed by the machine to match data and whose reconstruction could be impossible even for same programmers. On the topic, also see Pérez Estrada, *La inteligencia artificial como prueba científica en el proceso penal español*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2021, 7, 1392; Contissa & Lasagni, *When it is (also) Algorithms and AI that decide on Criminal Matters*, cit., 281.

²⁷ Contissa & Lasagni, *When it is (also) Algorithms and AI that decide on Criminal Matters*, cit., 290 and 297. The Authors stress that «even where humans formally retain control over the final decision, the possibility of effectively contesting its merits remains at best a remote hypothesis».

²⁸ See Završnik, *Algorithmic justice: Algorithms and big data in criminal justice settings*, in *European Journal of Criminology*, 18(5), 2019, 633.

The most evident, and consequently the most discussed in literature, is the risk of discrimination due to the use of input data that may be biased since they pertain to past cases that may have been decided with discriminatory criteria from a social, economic, or cultural perspective. For this reason, in the proposal for the adoption of the AI Act, the European Commission emphasizes the importance of adequate data selection for the training of systems²⁹.

It appears to be related to the same technical characteristic under discussion the concern that relying on AI systems for complex decision-making activities may lead to losing sight of the necessary “individualization” of justice, especially in the criminal field. The homogenization of decisions resulting from the standardized use of the algorithm could potentially suppress the need to distinguish one case from another, which is particularly relevant when determining the punitive treatment following the establishment of a subject’s criminal responsibility³⁰. And the same distortion could be observed regarding the application and interpretation of the law.

In this regard, some authors have pointed out that the use of algorithms for decisions that must be taken during criminal proceedings could result in a paralysis in the interpretative evolution of law, establishing a normative correlation between how rules have been interpreted in the past and how they will be interpreted in the future³¹. Thus, the multiple nuances of the law³² and their necessary permanent adherence to the social context would be attenuated, leading to «nullify the virtuous bottom-up spin that induces changes in legal interpretation, in any legal systems. Discouraging potential litigants to avoid going to court; pushing lawyers to stick to arguments that proved successful in previous cases; inducing judge to respect the precedent, even if it is not part of the legal culture, would reduce, extremely, any advancement of the legal culture»³³.

²⁹ In the *considerandum* 44 of the AI Act proposal, the European Commission stresses that «high data quality is essential for the performance of many AI systems [...] Training, validation and testing data sets should be sufficiently relevant, representative and free of errors and complete in view of the intended purpose of the system. They should also have the appropriate statistical properties, including as regards the persons or groups of persons on which the high-risk AI system is intended to be used [...] In order to protect the right of others from the discrimination that might result from the bias in AI systems, the providers should be able to process also special categories of personal data, as a matter of substantial public interest, in order to ensure the bias monitoring, detection and correction in relation to high-risk AI systems»

³⁰ Quattrocchio, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings*, cit., 124.

³¹ See, again, Quattrocchio, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings*, cit., 121.

³² Ulenaers, *The Impact of Artificial Intelligence*, cit., 18.

³³ Quattrocchio, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings*, cit., 212.

The same author underscored that the use of artificial intelligence tools for judicial decision-making could even undermine the foundations of civil law systems, altering the relationship between higher and lower courts. In particular, it could erase any distinction between them since they would rely on the same algorithms, trained with the same data sets³⁴, with a consequent standardization of the decisions.

It is evident that changes of this type transcend the subjective dimension of respect for the rights of the individuals involved in criminal proceedings³⁵, reaching the very foundations of the judicial system as we know it.

3. Transparency as principal concern and minimum requirement for AI's application in criminal proceedings. The scenario that unfolds before the interpreter is that of a true paradigm shift. The inclusion of artificial intelligence systems in the administration of justice is much more disruptive phenomenon than that - widely discussed in legal doctrine in recent decades - of scientific evidence. Ultimately, the question is whether and to what extent we should relinquish certain structural characteristics of criminal investigation and prosecution in order to exploit the multiple benefits that AI promises to bring.

According to a part of the legal scholarship, indeed, significant advantages could derive from the use of artificial intelligence systems in terms of efficiency and more transparent and impartial administration of justice, starting with the greater legal certainty resulting from increased uniformity in the application of the law. It has been pointed out that technology-driven decisions could decrease discrepancies in case adjudication, reducing situations where similar cases are decided differently³⁶. It has also been emphasized that, thanks to predictive justice, the administration of justice could become more transparent, democratic, egalitarian, and objective³⁷. The risks of discriminatory outcomes linked to biases and prejudices of human judges would be attenuated³⁸ and there would be an improvement in the efficiency of legal practitioners' work, since they

³⁴ Quattrococo, *Per un'intelligenza artificiale utile al giudizio penale*, in *BioLaw Journal*, 2021, 2, 393.

³⁵ For an overview of the changes of practitioners' roles and competencies due to the diffusion of AI tools in the field of law, see Ben-Ari, Frish, Lazovski, Eldan & Dov Greenbaum, *Artificial Intelligence in the Practice of Law: An Analysis and Proof of Concept Experiment*, 23 RICH. J.L. & TECH., 2017, 2.

³⁶ Prins and Roest, *AI en de rechtspraak: Meer dan alleen de 'robotrechter'*, in *Nederlands Juristenblad*, 2018, 93 (4), 267, available at https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/20232594/NJB_1804_ART_1.pdf.

³⁷ Larret-Chahine, *Le droit isométrique: un nouveau paradigme juridique né de la justice prédictive*, in *Archives de philosophie du droit*, no. 60, 2018, 287. Similarly, Canzio, *Intelligenza artificiale, algoritmi e giustizia penale*, in *Sist. pen.*, 8 gennaio 2021.

³⁸ Di Giovine, *Il judge-bot e le sequenze giuridiche in materia penale (intelligenza artificiale e stabilizzazione giurisprudenziale)*, in *Cass. pen.*, 2020, 3, 594.

would be assisted by artificial intelligence in performing their functions³⁹, being AI capable of analyzing in short time much more data and information than every human being.

In light of this, it is more urgent than ever to answer the question appropriately defined as “ethical” by authoritative doctrine, «whether we need to realize 'predictive justice' tools. This question must be approached, bearing in mind that efficiency in justice administration is a 'balanced' concept. However, that same ethical dilemma could also be reframed in the opposite way: “can we avoid exploiting all the benefits derived from such instruments?”»⁴⁰.

It is not the purpose of this brief article to provide a definitive answer to such a complex question, which is only recently gaining the attention it deserves within the legal community. I believe, perhaps wrongly, that the ongoing debate on the regulatory challenges posed by the use of artificial intelligence can lead to legal solutions that achieve a balanced equilibrium of interests at stake, avoiding the transformation of the administration of justice, especially in criminal matters, into a “bureaucratic”, sterile, and mathematical process.

The first fundamental obstacle in this regard, in my opinion, is related to algorithm transparency or “opacity”. We have already touched upon this topic earlier, but it deserves further exploration, at least from two perspectives. On the one hand, on this characteristic of AI algorithms depends the most disruptive effect of the employment of AI in criminal proceeding, even in case of use as mere support for decision-making: I am referring to the potential delegitimation of the exercise of the judicial function. On the other hand, the concept of algorithm “opacity” has been addressed, until now, from a purely technical standpoint. Anyway, it acquires another (*rectius*, a further) meaning when viewed from the perspective of those who rely on it to make decisions that can be crucial during the criminal proceeding, starting with the judge and the public prosecutor. Both issues deserve further explications.

Starting with the first one, it has been suggestively stressed that «no deja de producir cierta sensación de vértigo el hecho de que el resultado de un programa de inteligencia artificial se halle entre los ingredientes que han de conformar decisiones judiciales susceptibles de proyectarse sobre la situación personal del sujeto pasivo del

³⁹ In this sense, *ex multis*, Lasagni, *Difendersi dall'Intelligenza artificiale o difendersi con l'intelligenza artificiale? Verso un cambio di paradigma*, in *Riv. ita. dir. e proc. pen.*, 2022, 4, 1559.

⁴⁰ Quattrocchio, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings*, cit., 123.

proceso»⁴¹. This statement strikes at the heart of the problem. As in common experience the “feeling of vertigo” is usually associated with something unknown, when it comes to the use of AI in criminal procedure it is related to the fact that «although the machine-induced rules may lead to accurate predictions, they do not refer to human expertise and may not be as intelligible to humans as an expert’s manually constructed rules. Since the rules the ML algorithm infers do not necessarily reflect explicit legal knowledge or expertise, they may not correspond to a human expert’s criteria of reasonableness»⁴². This lack of intelligibility becomes problematic as it could make it difficult for citizens to understand and accept judicial decisions, perceiving them as fair. Moreover, it has been stressed that the use of AI algorithms for decision-making can result in a loss of independence and autonomy of the judge, primarily because he will naturally be inclined to adhere to the machine’s outcome, being this last difficult to contest as it works as a sort of “black box”⁴³. Secondly, this fideistic approach may weaken the cognitive and rational character of judgment, in which, similarly to independence and autonomy, lies the foundation of the judge’s legitimacy⁴⁴. This ultimately could lead to a form of “codified justice” that favors standardization at discretion and, for this very reason, can dispense with “strong” forms of legitimacy for those who perform it⁴⁵.

One could argue that the lack of transparency in algorithms is similar to the opacity of the human mind, but this objection overlooks a crucial distinction. Individuals are aware of mental processes by which other people reason and get to certain decisions: not the same can be said when it comes for a human being to understand the very functioning of an AI algorithm.

Coming to the second aspect, I mentioned that the concept of “opacity” has so far been addressed and defined only from an eminently technical perspective. That is to say, the discussion on “opacity” has focused on the inability to access the source code of the algorithm (due to industrial property reasons) or the inability to understand, given its structure, how it produces certain results. In my opinion, even if it were possible to

⁴¹ Gascón Inchausti, *Desafíos para el proceso penal en la era digital*, cit., 204.

⁴² Ashley, *Artificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in the Digital Age*, Cambridge University Press, 2017, 111.

⁴³ Quattrococo, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings*, cit., 94.

⁴⁴ Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 3° ed., Laterza, 1996, 19 ss.; Ferrajoli, *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción, Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, n. 15-16, 2010, 5; Di Bitonto, *Neuroscienze e processo penale*, in *Prova scientifica e processo penale*, edited by Canzio & Luparia, Cedam, 2017, 746. Also see Cascone, *Emotional biometrics: a preliminary analysis*, cit., 304.

⁴⁵ Richard M. Re and Solow-Niederman, *Developing Artificially Intelligent Justice*, in *Stanford Technology Law Review*, 2019, UCLA School of Law, Public Law Research Paper no. 19-16, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3390854>, 246.

understand how an artificial intelligence system generated a particular association, the highly technical nature of the scientific knowledge that underpins its functioning would still prevent judges, other legal practitioners, and citizens from truly understanding the meaning of its result.

Under this point of view, the problem of the judge's uncritical adherence to the machine's outcome and the risk of over-reliance on the machine result are nothing more than another form of "opacity"⁴⁶ that does not depend on the structural characteristics of the algorithm but rather on the knowledge and technical skills of those who must interpret its result. In this sense, it can be asserted that "technical transparency" of the algorithm does not solve the problem of its "opacity" and, therefore, the potential delegitimization that citizens may perceive when they are looking at a justice system administered through technically impenetrable solutions.

This perspective presents an additional – maybe the principal – regulatory challenge for lawmakers: it is not just about making the source code accessible; it is not just about making the technical functioning of the algorithm "transparent". It is also about training a class of legal practitioners who can interpret the machine's result, who have the technical and scientific knowledge to understand it, and, if necessary, to dissociate from it. This is the greatest challenge that European legislators face today.

In this regard, the solution proposed by some legal scholars regarding the need for "meaningful human control"⁴⁷ in decision-making processes based on the results provided by artificial intelligence algorithms does not seem to be conclusive for at least two reasons. Firstly, it does not solve the issue of the "technical" transparency of the algorithm: until it becomes possible to reconstruct how it processes data to produce certain results, all the critical aspects discussed in previous pages cannot be resolved, starting with the inability to ensure the effectiveness of the right to defense, which presupposes the possibility to challenge a judicial decision based on an automatically generated cognitive result. On this point, it is also worth noting that the solutions recently proposed by experts in the field of explainable AI (XAI), based on a concept of explainability rooted in post-hoc logic, do not appear satisfactory. In essence, post-hoc

⁴⁶ Similarly, Bonsignore Fouquet, *Sobre Inteligencia Artificial, decisiones judiciales y vacíos de argumentación*, cit., 264.

⁴⁷ Ubertis, *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2020, 4. Similarly, Dinacci, *Intelligenza artificiale tra quantistica matematica e razionalismo critico: la necessaria tutela di approdi euristici*, in *Proc. pen. e giust.* 2022, 6, 1637; Gialutz, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2019, 22; Manes, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in *Discrimen*, 15 maggio 2020, 19.

explainability reproduces what happens in communication, providing explanations of algorithm workings that can differ from the actual processes of the algorithms⁴⁸. These solutions do not seem adequate for the simple reason that they do not explain the concrete functioning of the algorithm in the specific case, thereby they do not allow parties in a trial to have real control over its operations.

Secondly, even if the algorithm were transparent, the problem of ensuring the judge's decision-making autonomy vis-à-vis the machine would remain, beyond mere verbal formulas⁴⁹. It can be seriously doubted that this goal can be achieved solely through the introduction of procedural rules claiming for independent evaluation and explicit motivational burden. It is foreseeable that, when judges will be allowed to use AI, judicial motivations will be affected in most cases by AI results. Instead, it is necessary to prevent judge's conclusions to become a mere *ex post* justification, a decision based on the adherence to the outcome offered by AI. Because of this, it is essential, first and foremost, that in criminal proceedings judge and parties have adequate tools to completely understand the functioning of the algorithm used case by case.

4. The European Union's approach: the "opacity" of the legal solution suggested by the European Commission in the proposal for the adoption of the "AI Act". The problem of algorithmic transparency is specifically addressed in the proposal for the adoption of the "AI Act" presented in the spring of 2021 by the European Commission. In *considerandum* 38 of the version resulting from the European Parliament's general position of May 2023, it is explicitly stated that «the use of AI tools by law enforcement and judicial authorities should not become a factor of inequality, social fracture or exclusion. The impact of the use of AI tools on the defense rights of suspects should not be ignored, notably the difficulty in obtaining meaningful information on their functioning and the consequent difficulty in challenging their results in court, in particular by individuals under investigation». The European institutions are therefore fully aware of the risks associated with the use of non-transparent AI systems – meaning the inability to verify and "falsify" the acquired knowledge – for law enforcement purposes. *Considerandum* 47 of the proposal also states that «to address the opacity that may make certain AI systems incomprehensible to or too complex for natural persons, a certain degree of transparency should be required for high-risk AI systems».

⁴⁸ See Esposito, *Does Explainability Require Transparency?*, in *Sociologica*, 2022, 16(3), 23.

⁴⁹ See Lasagni, *Difendersi dall'Intelligenza artificiale o difendersi con l'intelligenza artificiale?*, cit., 1554.

This statement, unlike the previous one, is not specifically related to the use of AI for law enforcement purposes but applies to any high-risk artificial intelligence system. At the same way, the regulatory solution suggested in the proposal concerning the “opacity” of the algorithm does not specifically address the algorithms used for investigation and prosecution of crimes.

Article 13 of the proposal states that «High-risk AI systems shall be designed and developed in such a way to ensure that their operation is sufficiently transparent to enable users to interpret the system's output and use it appropriately. An appropriate type and degree of transparency shall be ensured, with a view to achieving compliance with the relevant obligations of the user and of the provider set out in Chapter 3 of this Title».

To determine whether the provision proposes an adequate solution to the opacity of the algorithm in criminal proceedings, we need to take a step back. As mentioned in the previous paragraph, the issue of algorithmic transparency should be addressed (with suitable regulatory solutions) from two perspectives. Firstly, it is necessary to ensure the full intelligibility of the AI system's operation to allow parties (and judges) to contest its results. Secondly, it is crucial to ensure that all users of the AI system can comprehend the results and rationalize them using familiar human categories. This is an essential prerequisite to prevent the decision based on an automatically generated result from becoming a mere human “ratification” of that result.

The solution proposed by the European Commission is, in a way, a middle ground between these two needs. As seen, it states that the AI tool's functioning must be «sufficiently transparent to enable users to interpret the system's output and use it appropriately». It is not easy to understand how to interpret the locution “sufficiently transparent”. At first glance, it can be excluded that the provision imposes a high level of technical transparency of the algorithm, as suggested by the adverb “sufficiently”. Based on this provision, it can be inferred that full intelligibility of the algorithm's functioning is not a necessary requirement for its circulation in the internal market. Instead, the proposal seems to refer to a concept of transparency to be intended as the capacity of a human being to understand the result and assess its reasonableness using familiar human categories, even if the full technical transparency of the algorithm is not fulfilled. This conclusion is supported not only by the reference to the need to ensure that the user can “interpret the system's output” but also by the following provisions on information obligations established in the second part of Article 13 of the proposal. It

states that «high-risk AI systems shall be accompanied by instructions for use in an appropriate digital format or otherwise that include concise, complete, correct, and clear information that is relevant, accessible, and comprehensible to users». The information and data to be provided are further specified in paragraph 3 and include system's capabilities and performance limits, accuracy level, factors that may affect the algorithm's operation and the reliability of its results, and so on.

As mentioned before, this solution can be considered a middle ground, at least when applied to the field of criminal proceedings. On the one hand, it solves in a non-rigorous manner the problem of technical transparency, that does not seem to be an actual prerequisite for the AI's regular circulation in the internal market. On the other hand, it addresses the issue of the permanent evaluative autonomy of human beings concerning the machine's result on a general level, without any specific solution for criminal proceedings, and through an informative obligation that appears inadequate and insufficient. A judge required to apply pretrial detention to an individual for whom an artificial intelligence has calculated a high risk of recidivism is unlikely to deviate from the machine's result simply because an instruction manual informs him of what "could go wrong" in the tool's functioning⁵⁰. It is evident that this level of preparation is ineffective and merely formal.

In other words, it is necessary to introduce regulatory solutions that pursue a dual objective: imposing a level of technical transparency sufficient to allow all procedural actors to challenge the result of the algorithm; on the other hand, reducing the risk of excessive reliance of the judge on the outcome offered by artificial intelligence, ensuring the autonomy of his evaluations even when supported by an AI system. It is evident that these needs require an intervention that specifically takes into account the levels of protection of rights and procedural guarantees recognized in the field of criminal procedure.

⁵⁰ It is worth, in this regard, quoting the words of Gascón Inchausti, *Desafíos para el proceso penal en la era digital*, cit., 204, according to whom «en términos generales, es comprensible la tendencia humana a tratar de delegar en un tercero las decisiones complejas o, al menos, todas o parte de las bases de esas decisiones —la sumisión pericial es manifestación de la anterior—. Esta tendencia se acentúa en tiempos como los actuales, en que la presión mediática y las críticas precipitadas —y no jurídicas— a las resoluciones judiciales minan la independencia judicial. Y si el tercero en quien se delega, en todo o en parte, la toma de la decisión no es otra persona —que podría tal vez rechazar la asunción de responsabilidad— sino una «máquina», las consecuencias pueden ser evidentes: las predicciones efectuadas por sistemas de inteligencia artificial se acabarán integrando en el proceso de toma de decisión en asuntos complejos, como lo son siempre los vinculados al riesgo de reiteración delictiva. Y no lo harán necesariamente de forma ecuaníme o neutra, sino gozando de una cierta «apariencia de mejor condición», justamente por esa pretensión de objetivar lo que intrínsecamente no es objetivable».

Therefore, it can be said that the solution offered by the proposal for the AI Act establishes minimum requirements and guarantees that must be met for all high-risk uses of artificial intelligence. Another issue is how to implement these solutions in the specific field of criminal procedural law, where the interests to be protected are not only of the highest importance but also subject-specific. It will be up to national legislators to decide how to safeguard these interests and principles without sacrificing the benefits that can derive from the use of artificial intelligence in criminal procedure.



La remunerazione sostenibile: una valutazione dell'impatto dei parametri ESG sul compenso degli amministratori delle società quotate nell'indice FTSE MIB
di **FRANCESCA MECCA GALGANO**

SOMMARIO: **1.** LA REMUNERAZIONE DEGLI AMMINISTRATORI COME STRUMENTO PER LA CREAZIONE DI UNA CORPORATE GOVERNANCE SOSTENIBILE - **2.** LA PRINCIPALE NORMATIVA EUROPEA IN TEMA DI POLITICA DI REMUNERAZIONE DEGLI AMMINISTRATORI. - **2.1** LA SHAREHOLDER RIGHTS DIRECTIVE II: IL SAY ON PAY. - **2.2** LO STUDIO SUI DOVERI DEGLI AMMINISTRATORI E SULLA SOSTENIBILITÀ DELLA GOVERNANCE CONDotta DA ERNEST & YOUNG E LA PROPOSTA DI DIRETTIVA SULLA CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE. - **3.** LA REMUNERAZIONE DEGLI AMMINISTRATORI NEL CODICE DI CORPORATE GOVERNANCE. - **3.1** IL COMITATO PER LA REMUNERAZIONE. - **4.** LA REMUNERAZIONE PAY FOR PERFORMANCE E I PIANI DI STOCK OPTION. - **5.** LA VALUTAZIONE DELLA PERFORMANCE NON FINANZIARIA E IL RUOLO DEGLI AZIONISTI. - **6.** L'INCLUSIONE DEI PARAMETRI ESG NEI COMPENSI DEGLI AMMINISTRATORI DELEGATI DELLE SOCIETÀ ITALIANE APPARTENENTI ALL'INDICE FTSE MIB. - **7.** GLI INCENTIVI ESG E IL LORO POSSIBILE IMPATTO SULL'ATTIVITÀ GESTORIA.

Abstract

Companies are called upon to adopt sustainable governance models. In order to achieve this goal and to encourage directors to adopt such models, it has seemed necessary to link their remuneration to the achievement of certain ESG goals. This paper examines the main regulations on ESG-based compensation (including, inter alia, the SHRD II and the CSDD), and finally, an empirical analysis is conducted on the most widespread practices in the composition of the variable part of the remuneration paid to the CEOs of companies listed on the FTSE MIB index.

1. La remunerazione degli amministratori come strumento per la creazione di una corporate governance sostenibile.

La sostenibilità è un tema ormai centrale nel dibattito politico, giuridico, economico e sociale e questo ha fatto emergere la consapevolezza di valorizzare modelli di sviluppo che tengano conto di un'allocazione più sostenibile delle risorse e degli interessi facenti capo a una molteplicità di soggetti.

In questo quadro, alle imprese è sempre più richiesto di integrare i fattori E, S e G, modificando i loro modelli di *business* per facilitare la creazione di valore nel lungo periodo per tutti gli *stakeholders* di riferimento.¹

Più nello specifico, nell'ambito della *corporate governance*, la ribalta del concetto di sostenibilità ha reso fondamentale una rilettura dello scopo sociale. Infatti, la gestione dell'impresa tesa alla massimizzazione del valore esclusivamente per gli *shareholders*

¹ M. Lipton, S. A. Rosenblum, S. V. Niles, S. J. Lewis and K. Watanabe, *The New Paradigm: A Roadmap for an Implicit Corporate Governance Partnership Between Corporations and Investors to Achieve Sustainable Long-Term Investment and Growth*, questo documento è stato predisposto in occasione dell'International Business Council del World Economic Forum, tenutosi nel 2016.

necessita di un ripensamento dati i rischi ambientali e sociali che sono emersi prepotentemente negli ultimi anni.²

In questo scenario, la teoria degli *stakeholders* si è fatta largamente strada nella dottrina³ ed è sostrato di diverse iniziative normative.⁴

Nonostante questo, la declinazione della nozione di *stakeholder* è oggetto di un ampio dibattito che ancora non è concorde su quali siano gli interessi “altri” che le imprese dovrebbero tenere in considerazione.

Questa mancanza di omogeneità amplia, di conseguenza, la discrezionalità degli amministratori, in quanto, essi dovranno selezionare gli interessi rilevanti. In altri termini, l'integrazione dei fattori ESG nel *business model* di un'impresa dipende da scelte dell'organo gestorio. Questo fa emergere due principali questioni: da un lato, l'organo gestorio vede ampliata la propria discrezionalità nell'individuazione degli obiettivi aziendali e degli interessi di cui dover conto a causa della vaghezza della teoria dello *stakeholderism*⁵ e dall'altro, gli amministratori mancano di incentivi per l'implementazione di progetti ESG, implicando questi un ingente impegno finanziario a lungo termine ma mancando di un guadagno nel breve periodo⁶.

Con riguardo alla seconda questione, che è l'oggetto principale di questo scritto, al fine di incoraggiare gli amministratori verso modelli sostenibili, una tendenza che, di recente, ha riscantato molto successo, consiste nel legare la remunerazione degli amministratori al raggiungimento di taluni obiettivi ESG⁷.

² C. Mayer, *Prosperity: Better Business Makes the Greater Good*, 2018, Edizione Oxford University Press, Oxford.

³ L. A. Bebchuk e R. Tallarita, *The illusory promise of stakeholder governance*, 2020, Cornell law Review, volume 1.

⁴ G. D. Mosco e R. Felicetti, *Prime riflessioni sulla proposta di direttiva Ue in materia di Corporate Sustainability Due Diligence*, 2022, Analisi Giuridica dell'Economia, volume 1.

⁵ L'ampliamento della discrezionalità gestoria ha in sé il pericolo di una impropria espansione della *business judgement rule* (S. Cerrato, *Appunti per una via italiana all'ESG. L'impresa costituzionalmente solidale (anche alla luce dei nuovi artt. 9 e 41, comma 3, Cost.)*, 2022, Analisi giuridica dell'economia, fascicolo 1), in quanto gli amministratori, qualora dovessero sacrificare gli interessi degli *shareholders*, potrebbero invocare la doverosa considerazione dell'interesse degli *stakeholders* e la creazione di valore nel lungo periodo. (M. Stella Richter, *Profili attuali dell'amministrazione delle società quotate*, 2021, Giurisprudenza commerciale, fascicolo 3). Nonostante queste criticità, è bene ricordare che gli amministratori sono in ogni caso tenuti ad attuare l'interesse sociale così come delineato nello statuto, quindi, a meno che finalità diverse da quelle di lucro siano state definite in esso, i gestori non hanno alcuna obbligazione giuridica al perseguimento degli obiettivi ESG. In altri termini, ogni azione amministrativa può tener conto delle questioni ambientali e sociali nella misura in cui esse siano in mezzo per la realizzazione dello scopo lucrativo. (S. Cerrato, *Appunti per una via italiana all'ESG. L'impresa costituzionalmente solidale (anche alla luce dei nuovi artt. 9 e 41, comma 3, Cost.)*, 2022, Analisi giuridica dell'economia, fascicolo 1).

⁶ L. Liao, L. Luo, Q. Tang, *Gender diversity, board independence, environmental committee and greenhouse gas disclosure*, 2014, The British Accounting Review.

⁷ F. Haque, *The effects of board characteristics and sustainable compensation policy on carbon performance of UK firms*, 2017, The British Accounting Review, volume 49.

L'ESG-based compensation, inoltre, tende ad allineare gli interessi degli azionisti a quelli dei *managers*: l'*agency theory* rileva che i meccanismi fondati su incentivi tendono a mitigare i costi di agenzia, a migliorare i flussi di cassa e a ridurre il costo del capitale⁸.

Per questi motivi, appare importante far sì che la struttura retributiva degli amministratori contempli anche i fattori ESG e più in particolare, obiettivi ambientali e sociali a lungo termine⁹; in altri termini, per riprendere le parole del SEC Commissioner Allison Herren Lee “*executive compensation is a powerful tool for achieving strategic company goals aside from financial ones.*”¹⁰

2. La principale normativa europea in tema di politica di remunerazione degli amministratori.

Un tema che appare trasversale ai dibattiti intorno alla questione della sostenibilità è quello dell'orizzonte temporale cui le imprese devono dirigersi.

In particolare, l'emersa necessità di ampliare il novero di interessi da tenere in considerazione nella gestione dell'impresa implica un rafforzamento delle visioni di lungo periodo¹¹: tra *stakeholderism* e *long-termism* sussiste una stretta relazione¹².

In questa prospettiva, diverse novità legislative¹³ tentano di affermare una prospettiva a lungo termine poiché appare che l'orientamento al breve termine abbia portato gli amministratori ad assumere rischi elevati per garantire un ritorno economico-finanziario elevato e che i soci non svolgano un'accurata attività di monitoraggio sull'operato dei gestori.

Il legislatore, con le nuove regole normative, tiene conto del fatto che sono gli amministratori a definire politiche di gestione pertanto è apparso necessario, da un lato,

⁸ D. H. Tran, *Multiple corporate governance attributes and the cost of capital – Evidence from Germany*, 2014, *The British Accounting Review*, volume 46.

M. Jensen and William Meckling, *Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure*, 1976, *Journal of Financial Economics*.

⁹ Y. Ji, *Top management team pay structure and corporate social performance*, 2015, *Journal of General Management*.

¹⁰ A. Barbarino, *SEC Commissioner says executive compensation should be tied to ESG*, 2021, *Law360*.

¹¹ F. Denozza, *Lo scopo della società tra short-termism e stakeholder empowerment*, 2021, *Rivista Orizzonti del diritto commerciale*, fascicolo 1.

¹² *Ibidem* nota 11.

M. Stella Richter jr, *Long-Termism*, 2021, *Rivista delle società*, fascicolo 1.

¹³ Ad esempio, si fa riferimento, a livello europeo, alla riforma francese, *le Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises* (LOI numéro 486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises), che ha modificato l'art.1833 del *Code Civil* precisando che l'attività degli amministratori deve essere finalizzata alla promozione della creazione di valore nel lungo periodo tenendo conto delle problematiche sociali e ambientali dell'attività delle società. Inoltre, ci si riferisce alla SHRD II, alla CSDD e al codice di *corporate governance* di cui si discorrerà nel corso di questo articolo.

incrementare l'attività di monitoraggio dei soci e, dall'altro, legare la remunerazione degli amministratori a obiettivi di lungo termine.

A questo proposito, degne di menzione sono la *shareholder rights directive II* (SHRD II)¹⁴ e la *corporate sustainability due diligence directive* (CSDD)¹⁵.

La SHRD II ha sottolineato l'importanza dell'attività di monitoraggio da parte degli azionisti verso l'attività gestoria rimarcando l'esigenza di incrementare la *voice* degli *shareholders* nelle assemblee sociali, specie con riguardo alle politiche di remunerazione degli amministratori.¹⁶

La CSDD vuole migliorare le pratiche di *corporate governance* responsabilizzando le imprese rispetto agli impatti negativi e quindi, mitigando i rischi e gli impatti sui diritti umani e sull'ambiente. In particolare, con riguardo al tema del compenso degli amministratori, viene stabilito che le società tengono debitamente conto dell'adempimento degli obblighi di definizione del piano per la lotta ai cambiamenti climatici al momento della determinazione della remunerazione variabile degli amministratori se quest'ultima è connessa al contributo dell'amministratore alla strategia aziendale, agli interessi a lungo termine e alla sostenibilità della società.¹⁷

2.1 La Shareholder Rights Directive II: il say on pay.

Fu la crisi finanziaria di inizio secolo ad accendere ancor di più il dibattito sulla remunerazione degli amministratori, tanto è vero che dinanzi al Congresso degli Stati Uniti, Lehmann Brothers dichiarò che il comitato compensazione aveva speso molti fondi per allineare gli interessi degli *executives* e degli impiegati a quelli degli azionisti¹⁸.

¹⁴ Direttiva Ue numero 828 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2017, che modifica la direttiva numero 36 del 2007 per quanto riguarda l'incoraggiamento dell'impegno a lungo termine degli azionisti.

¹⁵ Proposta di direttiva numero 7 del 2022 del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva Ue numero 1937 del 2019.

¹⁶ E. Gliozzi, *Lo short-termism e la direttiva n. 828 Ue del 2017*, 2020, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, fascicolo 3.

¹⁷ Si veda il Considerando 51 e l'art.15 paragrafo 3 della Proposta di direttiva numero 7 del 2022.

¹⁸ United States House Committee on Oversight and Government Reform, *Hearing del 6 ottobre 2008*, disponibile sul sito congress.gov.

Nel rapport finale della *Financial Crisis Inquiry Commission* si evidenzia come all'originarsi della crisi avevano contribuito anche politiche retributive scorrette come, ad esempio, il parametrare la remunerazione dei dirigenti responsabili dei mutui *subprime* sulla base del totale delle emissioni o legare i compensi al ROE.

The Financial Crisis Inquiry Commission, *Final report of the national commission on the causes of the financial and economic crisis in the United States*, 2011, disponibile sul sito fcic.law.stanford.edu.

In tal senso anche, V. Calandra Buonauro, *Crisi finanziaria, governo delle banche e sistemi di controllo e amministrazione*, 2011, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze.*, UTET e C. Confortini, *Stock option e bonus tra rischio d'impresa e rischio sistemico*, 2011, Contratto e impresa, volume 27, numero 4-5.

Con questo non si vuole porre l'accento sul *quantum* dei compensi poiché la corresponsione di una buona retribuzione è funzionale ad attirare e mantenere i *managers* migliori e a incentivare gli amministratori a contribuire effettivamente alla strategia e alla *performance* d'impresa¹⁹.

Al contrario, si vuole sottolineare che un sistema retributivo come quello di Lehman Brothers inaspriva il conflitto d'interessi tra azionisti e *top managers*, essendo fondato sul premiare i risultati dirigenziali di breve termine, a scapito degli interessi di lungo periodo degli azionisti²⁰.

Proprio la necessità di dare maggior rilievo agli obiettivi di lungo termine e la consapevolezza che le politiche di remunerazione hanno effetto sul processo di assunzione delle decisioni gestorie e sulla propensione al rischio degli amministratori, sono a fondamento degli interventi della Commissione europea nel corso degli anni²¹.

La prima raccomandazione in tema è la numero 913 del 2004²² finalizzata a favorire l'applicazione di una normativa adeguata circa la remunerazione degli amministratori delle società negli Stati Membri.

In particolare, la raccomandazione invita a incrementare la trasparenza nei confronti degli investitori e introduce la regola del *say on pay*.

La comunicazione di un resoconto chiaro ed esauriente della politica remunerativa permette un incremento di fiducia nell'investitore: nel resoconto, dovrebbero essere evidenziate le forme di remunerazione integrativa (senza con ciò, rilevare le informazioni commerciali riservate), le politiche contrattuali dei amministratori (con specifico riferimento al periodo di preavviso e al trattamento di fine rapporto) e i guadagni dei singoli amministratori.

Inoltre, la dichiarazione relativa alla remunerazione di una società dovrebbe includere una sintesi dell'applicazione della politica delle remunerazioni nel precedente esercizio finanziario e dovrebbe mettere in rilievo i cambiamenti significativi nella politica delle remunerazioni della società quotata rispetto all'esercizio finanziario precedente²³.

¹⁹ A. Zattoni, *Corporate Governance. How to design good companies.*, 2020, Bocconi University Press, EGEA s.p.a. .

²⁰ *Ibid* nota 19.

M. Campobasso, *I compensi degli amministratori di società quotate: l'esperienza italiana.*, 2011, Rivista delle società, fascicolo 4.

²¹ I. Capelli, *La sostenibilità ambientale e sociale nelle politiche di remunerazione degli amministratori delle società quotate: la rilevanza degli interessi degli stakeholder dopo la SHRD II*, 2019, Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale, fascicolo 2.

²² Raccomandazione della Commissione numero 385 del 14 dicembre 2004 relativa alla promozione di un regime adeguato per quanto riguarda la remunerazione degli amministratori delle società quotate.

²³ All'art.3.3 sono indicate le informazioni da includere nella dichiarazione relative alle remunerazioni: a) spiegazione delle componenti variabili e fisse; b) informazioni sui criteri di valutazione delle prestazioni

Tale dichiarazione dovrebbe anche essere sottoposta a votazione nell'assemblea generale annuale degli azionisti. Tuttavia, sebbene ai sensi dell'articolo 4.2 il voto assembleare può essere vincolante o consultivo, la svolta apportata da questa raccomandazione è la sottoposizione al preventivo giudizio degli azionisti della politica di remunerazione, facendo sì che il tema dei compensi manageriali divenga parte integrante della *governance* societaria.

Inoltre, appare di rilievo, anche l'attenzione verso i piani di *stock options*, i quali dovrebbero anche essi essere sottoposti all'approvazione preliminare degli azionisti mediante una risoluzione dell'assemblea generale annuale e deve essere loro chiarito come la società intenda procurarsi le azioni necessarie.

La raccomandazione 385 del 2009²⁴ che integra quella di cui si è trattato fin d'ora introduce nuovi principi volti a definire una struttura retributiva più sana e quindi, finalizzati ad evitare una nuova crisi finanziaria come quella degli anni 2008-2009.

La Commissione Ue pone l'accento sull'esigenza di promuovere la sostenibilità a lungo termine della società mediante una politica retributiva che ben bilanci la componente fissa e quella variabile. Infatti, viene ampiamente disciplinata questa seconda componente del compenso degli amministratori.

La parte variabile dovrebbe essere collegata a criteri predeterminati e misurabili, includendo anche parametri non finanziari. Il versamento delle componenti variabili della remunerazione di valore significativo dovrebbe essere dilazionato per un certo periodo di tempo, ad esempio 3 o 5 anni, e subordinato al conseguimento dei risultati²⁵.

Con riferimento alla remunerazione basata su azioni, le società sono incoraggiate a definire la quantità di azioni che gli amministratori dovrebbero conservare fino a fine

sui quali è basato il diritto di opzione su azioni o altre componenti variabili della remunerazione; c) indicazione della correlazione fra remunerazione e prestazioni; d) informazioni circa la corresponsione di premi annuali e di ogni altra prestazione non monetaria; e) una descrizione delle principali caratteristiche dei regimi pensionistici e di prepensionamento per gli amministratori.

²⁴ Raccomandazione della Commissione numero 385 del 30 aprile 2009 che integra le raccomandazioni 2004/913/CE e 2005/162/CE per quanto riguarda il regime concernente la remunerazione degli amministratori delle società quotate.

Questa raccomandazione integra anche la raccomandazione numero 162 del 2005 di cui si discorrerà nel paragrafo 3.1.

²⁵ Ai sensi del Considerando 8, i regimi che prevedono per gli amministratori una remunerazione in azioni, opzioni su azioni o altri diritti di acquisto di azioni oppure in base alle variazioni di prezzo delle azioni, dovrebbero essere in maggior misura collegati al conseguimento di obiettivi e alla creazione di valore aggiunto a lungo termine da parte della società. Pertanto, alle azioni occorre applicare un opportuno periodo di acquisizione dei diritti, in cui il conferimento è subordinato al conseguimento di certi risultati. Le opzioni su azioni e i diritti di acquisire azioni oppure di essere remunerati in base alle variazioni di prezzo delle azioni, dovrebbero poter essere esercitati soltanto al termine di un adeguato periodo e l'esercizio di tali diritti dovrebbe essere vincolato al conseguimento di determinati risultati. Sarebbe opportuno obbligare gli amministratori che detengono azioni delle società a conservare una quota di tali azioni fino alla fine del loro mandato, in modo da evitare ulteriori conflitti d'interesse.

mandato per poter rientrare dei costi eventualmente sostenuti per acquistare le azioni stesse (*share retention*).

Tale componente variabile, inoltre, dovrebbe essere soggetta a dei limiti stabiliti dalla società e quella fissa dovrebbe permettere di trattenere le componenti variabili della remunerazione in caso non siano soddisfatti i criteri relativi alla *performance*²⁶.

Infine, al Considerando 10, si sottolinea l'importanza della *voice* degli azionisti, i quali dovrebbero essere incoraggiati a partecipare alle assemblee generali e a usare nel modo opportuno i loro diritti di voto.

Nel 2017, la Commissione Ue ha adottato la *shareholders rights directive II*²⁷ (SHRD II) la quale, a differenza delle precedenti raccomandazioni, pone l'accento non solo sulla politica di remunerazione bensì anche sui diritti di *voice* degli azionisti.

La *Shareholder Rights directive II* mira a incoraggiare il coinvolgimento a lungo termine degli azionisti per garantire che vengano prese decisioni per la stabilità nel lungo periodo di una società e per tenere conto delle questioni ambientali e sociali. In particolare, la direttiva mira a facilitare l'identificazione degli azionisti e i flussi informativi tra questi ultimi e la società, a migliorare la sorveglianza sulla remunerazione degli amministratori, a regolamentare le operazioni con parti correlate e a introdurre un maggior livello di trasparenza.

La politica di remunerazione degli amministratori è definita come parte integrante della strategia societaria, in quanto contribuisce al perseguimento di interessi a lungo termine e alla sostenibilità della società. Tutto questo ha l'effetto di allineare in una certa misura gli interessi degli azionisti con quelli degli amministratori, poiché essi saranno portati, non tanto a massimizzare il guadagno nel breve periodo, ma piuttosto a gestire le risorse della società in modo più lungimirante e razionale giungendo sino alla sostenibilità ambientale e al dar rilievo agli interessi degli *stakeholders*.

Inoltre, considerando il ruolo fondamentale degli amministratori, gli azionisti devono poter esprimere i loro pareri in materia di politica remunerativa, pertanto, deve essere concesso loro il diritto di votare la relazione sulla remunerazione della società.

²⁶ Ai sensi dell'art. 3.4, si raccomanda l'inserimento delle clausole di *claw-back* nei contratti con gli amministratori. Queste clausole consentono alle società di chiedere la restituzione di componenti variabili della remunerazione versate sulla base di dati che in seguito sono risultati manifestamente errati.

²⁷ Direttiva Ue numero 828 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2017, che modifica la direttiva numero 36 del 2007 per quanto riguarda l'incoraggiamento dell'impegno a lungo termine degli azionisti.

La SHRD II modifica la SHRD I la quale, però, non riuscì a ben orientare le politiche societarie verso il *long-termism*.

R. Federico e E. Ruggiero, *Il recepimento in Italia della SHRD II*, 2021, Wolters Kluwer, CEDAM.

Quest'ultima viene delineata come una relazione chiara, comprensibile e completa e deve fornire un quadro completo circa la remunerazione dei singoli amministratori nel corso dell'ultimo esercizio. Per garantire maggiore trasparenza, qualora gli azionisti votino contro la relazione, la società deve spiegare nella relazione successiva, in che modo ha tenuto conto del voto degli azionisti.

La direttiva ha anche sottolineato l'importanza della pubblicazione della relazione sul sito internet della società, viene così creato un canale informativo rivolto non solo agli azionisti, ma anche ai potenziali investitori e portatori di interesse: questa comunicazione è necessaria per consentire agli azionisti di valutare la remunerazione degli amministratori ed esprimere il loro parere in merito alle modalità e al livello del compenso degli amministratori nonché in merito alla correlazione tra il compenso e i risultati di ogni singolo amministratore, al fine di porre rimedio a potenziali situazioni in cui l'importo della remunerazione di un amministratore non sia giustificato sulla base dei risultati conseguiti individualmente e dalla società e, ancora di più, permette agli utenti esterni di valutare non solo la remunerazione, ma anche in che misura questa risulti correlata ai risultati conseguiti dalla società e in che modo la società attui la propria politica di remunerazione.

Per consentire un maggior controllo da parte degli azionisti e permettere loro di esprimere il prossimo voto in modo sempre più informato, è importante che ogni componente e l'importo totale della remunerazione di ciascun amministratore sia soggetto a *disclosure*.

Dal momento che la politica di remunerazione dovrebbe contribuire alla strategia aziendale, agli interessi a lungo termine e alla sostenibilità della società e non dipendere da obiettivi a breve termine, i risultati degli amministratori dovrebbero essere valutati utilizzando criteri finanziari e non finanziari tra i quali i fattori ESG.

La valutazione deve essere svolta perciò non solo su base annuale, ma anche per un periodo di tempo appropriato per consentire agli azionisti e agli altri *stakeholders* interessati, di valutare se la remunerazione realmente incentivi verso i risultati a lungo termine e di misurare l'evoluzione nel medio e lungo periodo dei risultati e della remunerazione stessa.

Si evidenzia che l'influenza degli *stakeholder* sulla definizione delle politiche di remunerazione non è ingente, tuttavia ciò è bilanciato dai rilevanti oneri informativi a carico della società e dal possibile danno reputazionale a cui la società stessa potrebbe esporsi, in caso di non completa ottemperanza dei suddetti obblighi.

In Italia, la trasparenza della politica di remunerazione è stata oggetto di un'intensa attività normativa culminata con l'introduzione del decreto legislativo n°49 del 2019 attuativo della *Shareholder rights directive II* che ha modificato l'art.123-ter del Testo unico della finanza.

Ai sensi di questo, la relazione sulla remunerazione si compone di due sezioni redatte e approvate dal consiglio di amministrazione²⁸ e da sottoporre successivamente al voto assembleare.

La prima sezione illustra la politica della società in materia di remunerazione, le procedure utilizzate per l'adozione e l'attuazione di tale politica. La politica di remunerazione deve essere sottoposta al voto dei soci con cadenza almeno trimestrale e ogni volta che vi è una modifica della stessa. I compensi sono attribuiti solo in conformità con i piani di remunerazione, anche se, in circostanze eccezionali²⁹, è possibile derogarvi temporaneamente sulla base delle condizioni procedurali previsti dai piani stessi.

La deliberazione assembleare sulla prima sezione è vincolante; qualora i soci non approvino la relazione di cui al comma 3-bis, le remunerazioni sono corrisposte in modo conforme alla relazione più recente o alle prassi vigenti.

La seconda sezione illustra per ogni componente dell'organo amministrativo e di controllo, i direttori generali e in forma aggregata salvo quanto previsto dal regolamento Consob, per i dirigenti con responsabilità strategiche, ogni voce che compone la remunerazione, i compensi corrisposti ad ogni titolo e in ogni forma ed infine, illustra come è stato tenuto conto del voto espresso l'anno precedente sulla seconda sezione della relazione.

Il voto assembleare su quest'ultima sezione non è vincolante e l'esito è reso accessibile per la conoscenza del pubblico.

Il voto sulla seconda sezione, seppur si tratti di *advising vote*, è molto importante per diversi motivi: esso è materia posta all'ordine del giorno dell'assemblea convocata per deliberare sulla destinazione dell'utile o per l'approvazione del bilancio, quindi, è caratterizzato da maggior frequenza rispetto al voto sulla prima sezione che ha periodicità almeno trimestrale; il voto ha ad oggetto l'adeguatezza della politica remunerativa definita dagli amministratori ed esprime più o meno implicitamente la

²⁸ Se la società ha adottato il sistema dualistico, la relazione è approvata dal consiglio di sorveglianza su proposta, limitatamente alla seconda sezione, del consiglio di gestione.

²⁹ Sono circostanze ove è necessaria la deroga al fine di perseguire interessi a lungo termine e la sostenibilità ambientale o per assicurare la capacità di stare sul mercato.

qualità del rapporto tra *principles* e *agents*; infine, l'eventuale voto contrario sulla seconda sezione ha effetti reputazionali notevoli poiché il pubblico entra in possesso di precise e plurime informazioni, come ad esempio, il numero di voti contrari, astenuti e favorevoli³⁰.

2.2 Lo studio sui doveri degli amministratori e sulla sostenibilità della governance condotta da Ernest & Young e la proposta di direttiva sulla *corporate sustainability due diligence*.

La questione dell'orizzonte temporale è un filo rosso che caratterizza il dibattito sulla sostenibilità.

Difatti, il *framework* normativo delineato dalla Ue tenta di affermare una prospettiva di lungo termine poiché appare che l'orientamento al breve termine abbia portato gli amministratori ad assumere rischi elevati per garantire un ritorno economico-finanziario elevato e che i soci non svolgono un'accurata attività di monitoraggio sull'operato dei gestori.³¹

A questo proposito, la Commissione europea ha pubblicato nel 2020 lo *Study on directors' duties and sustainable corporate*³² ove sono state valutate le cause dello *short-termism* nella *governance* societaria in relazione all'attuale quadro normativo e sono state individuate le possibili soluzioni da applicare a livello europeo per raggiungere i *sustainable development goals* e gli obiettivi fissati dall'accordo di Parigi.

Questo Studio ha rilevato che la tendenza delle società quotate a concentrarsi sui vantaggi a breve termine³³ degli azionisti piuttosto che su una prospettiva di lungo termine è dovuta a sette fattori chiave: i doveri degli amministratori verso la questione

³⁰ I. Capelli, *La sostenibilità ambientale e sociale nelle politiche di remunerazione degli amministratori delle società quotate: la rilevanza degli interessi degli stakeholder dopo la SHRD II*, 2019, op. cit. alla nota 21.

³¹ F. Denozza, *Lo scopo della società tra short-termism e stakeholder empowerment*, 2021, op. cit. alla nota 11.

³² Ernst & Young, *Study on directors' duties and sustainable corporate*, 2020, disponibile sul sito www.op.europa.eu.

³³ Il breve termine viene valutato in base ai *payouts* ossia all'evoluzione dell'ammontare dei fondi netti utilizzati per pagare i dividendi agli azionisti o per operazioni di riacquisto di azioni proprie rispetto all'ammontare destinato all'autofinanziamento.

Il trattamento dei *payouts* è indice dello *short-termism* poiché sono funzionali a definire la strategia aziendale e da quanto emerge dall'analisi svolta nello Studio, dagli anni '80 si è assistito al passaggio da un modello *retain-and-reinvest* a un modello *downsize-and-distribute*.

Nello Studio, cui si rinvia è svolto un'approfondita analisi sui *payouts* e per un approccio critico si rimanda a M. J. Roe, H. Spamann, J. M. Fried, C. C.Y. Wang, M. Ramseyer, A. Ferrell, R. Kraakman, L. A. Bebchuk e R. C. Clark, *Law and Business Professors' Submission to the EU on EY's "Study on directors' duties and sustainable corporate governance". Response to the European Commission's call for feedback on its Sustainable Corporate Governance initiative*, disponibile sul sito www.ec.europa.eu.

ESG non sono definiti chiaramente , così come non è indicato se essi possono perseguire interessi diversi da quelli dei soli azionisti; gli investitori fanno pressione sul consiglio di amministrazione per ottenere ritorni a breve termine; le imprese non sono in grado di attuare una strategia che tenga adeguatamente conto degli impatti e dei rischi ambientali e sociali che la sua attività produce; la struttura della remunerazione degli amministratori e la composizione del consiglio di amministrazione non incentivano alla creazione di valore nel lungo periodo; sono assenti delle tecniche che permettano di procedimentalizzare gli interessi degli *stakeholders*.

A fronte di queste criticità, l'Ue nei suoi interventi legislativi dovrebbe seguire tre linee guida principali: rafforzare il ruolo degli amministratori nel perseguimento degli interessi a lungo termine della società; aumentare il grado di responsabilità di questi nei processi decisionali e promuovere politiche di governo sociale sostenibili.

Segnatamente ai doveri degli amministratori, si invita la Commissione a condurre una campagna di sensibilizzazione finalizzata, da un lato, a chiarire che, nell'esercizio del potere gestorio, gli amministratori sono tenuti a bilanciare gli interessi degli azionisti, gli interessi a lungo termine (inteso come un orizzonte temporale di 5-10 anni) della società e quelli degli *stakeholder* (questi ultimi sono stati individuati nei dipendenti, clienti, l'ambiente e la comunità) e, dall'altro, a promuovere il principio secondo cui, identificare e mitigare i rischi e gli impatti per la sostenibilità fa parte del loro dovere di diligenza.

Con riguardo alla remunerazione degli amministratori, nello Studio sui doveri degli amministratori e sulla sostenibilità della *governance*³⁴, si sottolinea che essa rappresenta un fattore che influisce sulla propensione al rischio dei gestori e influisce sull'orizzonte temporale considerato nella strategia d'impresa. In particolare, si sostiene che la remunerazione *stock-based* induca gli amministratori a esercitare il potere gestorio al fine di aumentare il prezzo delle azioni massimizzando perciò stesso il valore per loro stessi e per gli azionisti, a scapito della sostenibilità a lungo periodo dell'impresa; per giunta, seppur la pratica di collegare le prestazioni degli amministratori a indicatori finanziari e non è una tendenza crescente, quest'ultima risulta ancora molto limitata.

Nello Studio, di conseguenza, si prospetta che sia necessario limitare la capacità di vendita delle azioni estendendo il loro periodo di maturazione e incoraggiare le società (mediante una campagna di sensibilizzazione operata dalla Commissione) a collegare

³⁴ Ernst & Young, *Study on directors' duties and sustainable corporate*, 2020, op. cit. alla nota 32.

la remunerazione a *key performance indicators* non finanziari, magari modificando la SHRD II al fine di introdurre un obbligo così strutturato.³⁵

Le soluzioni proposte dallo Studio sono state considerate, anche se in modo approssimativo, nella stesura della proposta di direttiva CSDD³⁶ ove viene stabilito che le società tengono debitamente conto dell'adempimento degli obblighi di definizione del piano per la lotta ai cambiamenti climatici al momento della determinazione della remunerazione variabile degli amministratori se quest'ultima è connessa al contributo dell'amministratore alla strategia aziendale, agli interessi a lungo termine e alla sostenibilità della società.³⁷

La proposta di direttiva in materia di *corporate sustainability due diligence*³⁸ (CSDD) è stata approvata dalla Parlamento europeo in prima lettura a giugno del 2023.

Questa proposta elenca alcune disposizioni di principio fondate sul dovere dell'impresa di rispettare i diritti umani, l'ambiente naturale e le regole di buon governo.³⁹ Più in particolare, si propone di definire un *framework* in base al quale le società possono contribuire alla transizione economica e sociale mediante l'adozione di comportamenti diligenti tali da minimizzare o prevenire l'impatto negativo sui diritti umani e sull'ambiente.⁴⁰

La proposta, in primo luogo, impone alle imprese di dotarsi di una "strategia di dovuta diligenza" (art. 4) descritta da sei caratteristiche essenziali. La società è tenuta all'integrazione della diligenza nelle sue politiche predisponendo apposite procedure di consultazione con i portatori d'interesse (art.5); deve individuare, prevenire, attenuare e

³⁵ Queste soluzioni proposte fanno sorgere diverse problematiche. In primo luogo, non vengono date indicazioni specifiche circa la quantificazione delle metriche ESG cui fare riferimento. In secondo luogo, lo Studio di riferisce solo alla componente variabile della remunerazione che, sebbene sia in grado di orientare gli interessi degli amministratori con quelli degli azionisti, non è la parte sostanziale della retribuzione stessa. Quindi, ci si chiede quanto sarebbero davvero efficaci le soluzioni proposte nel riorientare gli amministratori verso un orizzonte di lungo periodo.

Infine, appare arduo individuare quali siano gli *stakeholders* rilevanti cui fare riferimento. In questo senso, appare opportuno predisporre adeguate procedure per la determinazione degli interessi rilevanti.

I. Capelli, *La sostenibilità ambientale e sociale nelle politiche di remunerazione degli amministratori delle società quotate: la rilevanza degli interessi degli stakeholder dopo la SHRD II*, 2019, op. cit. alla nota 21; G.D. Mosco e R. Felicetti, *Orizzonte temporale e corporate governance sostenibile tra iniziative europee e autodisciplina interna*, 2022, destinato al Volume di Studi in onore di Paolo Montalenti, edizione Giappichelli.

³⁶ Proposta di direttiva numero 7 del 2022 del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva Ue numero 1937 del 2019.

³⁷ Si veda il Considerando 51 e l'art.15 paragrafo 3 della Proposta di direttiva numero 7 del 2022.

³⁸ Proposta di direttiva numero 7 del 2022 del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva Ue numero 1937 del 2019.

³⁹ La tecnica legislativa sfruttata è quella di dare indicazioni di carattere generale, da specificare poi in sede interpretativa e applicativa. M. Libertini, *Sulla proposta di direttiva Ue su "Dovere di diligenza e responsabilità delle imprese"*, 2021, Rivista delle società, fascicoli 2-3.

⁴⁰ G.D. Mosco e R. Felicetti, *Prime riflessioni sulla proposta di direttiva Ue in materia di Corporate Sustainability Due Diligence*, 2022, op. cit. alla nota 4.

arrestare gli impatti negativi potenziali ed effettivi causati dalle sue attività o da quella delle sue filiazioni (artt.6-7-8).

Le società, inoltre, dovrebbero permettere ai terzi di presentare reclamo qualora essi nutrano un legittimo timore sugli impatti, effettivi o potenziali, negativi sociali e ambientali dell'attività della società stessa, delle attività delle sue filiazioni e della catena del valore cui partecipa (art.9 par.1). I legittimati a proporre reclamo sono le persone colpite da un impatto negativo o che hanno fondati motivi di ritenere di poterne essere colpite, i sindacati (e altri rappresentanti dei lavoratori) delle persone che lavorano nella catena del valore interessata e le organizzazioni della società civile attive nei settori collegati alla catena del valore interessata.

Le società dovrebbero predisporre adeguate procedure per il trattamento dei reclami e i lavoratori devono essere compiutamente informati sulle caratteristiche di tali procedure.

Ai sensi dell'art.19 della Proposta in esame, ogni persona fisica o giuridica ha il diritto di trasmettere una segnalazione circostanziata all'autorità di controllo qualora ritenga che una società non rispetti le disposizioni nazionali conformi alla presente direttiva. L'autorità di controllo è tenuta poi a informare il ricorrente a seguito della valutazione della segnalazione dando motivazione circa l'esito.

L'autorità di controllo, qualora ritenga di avere sufficienti informazioni a disposizione, può avviare un'indagine e, una volta conclusa, può ordinare la cessazione della trasgressione accertata e l'astensione da qualsiasi reiterazione della condotta in questione ed eventualmente può definire dei provvedimenti correttivi. Essa può anche applicare sanzioni pecuniarie⁴¹ e può definire delle misure funzionali a scongiurare il rischio di danni gravi e irreparabili.⁴²

Infine, le società devono predisporre adeguati sistemi di monitoraggio dell'efficacia della politica e delle misure di diligenza e quelle non vincolate dagli obblighi di comunicazione di cui agli artt. 19-*bis* e 29-*bis* della direttiva 2013/34/UE, devono pubblicare annualmente sul proprio sito web una dichiarazione che riferisca sulle materie disciplinate da tale proposta di direttiva.

⁴¹ In conformità con l'art. 20 della Proposta di direttiva numero 51 del 2020 del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva Ue 2019/1937.

⁴² Questa disposizione, in sintesi, permette a una decisamente ampia platea di svolgere la segnalazione e non solo a una cerchia ristretta di *stakeholders* e la segnalazione può essere svolta a prescindere dall'effettiva sussistenza di un danno o a un diretto interessamento alla violazione della società. G.D. Mosco e R. Felicetti, *Prime riflessioni sulla proposta di direttiva Ue in materia di Corporate Sustainability Due Diligence*, 2022, op. cit. alla nota 4.

È stato rilevato⁴³ che gli articoli 25 e 26 della proposta di direttiva individuano in capo agli amministratori il dovere di agire nell'interesse superiore delle società, tenendo anche in debito conto delle questioni ESG. Di conseguenza, sebbene tale proposta di direttiva introduca un approccio *multi-stakeholders*⁴⁴, essa non attribuisce agli *stakeholders* poteri incisivi per indirizzare l'attività d'impresa ma garantisce "soltanto" un diritto di *voice* che non obbliga le società ad adottare politiche sostenibili, bensì le incentiva.⁴⁵

Più in generale, la proposta di direttiva si pone del piano dell'Unione finalizzato a definire un modello di riferimento globale di condotta responsabile delle imprese. (Considerando 13). Tuttavia, da più parti è stato rilevato come sotto diversi profili la proposta appaia caotica e poco chiara, specie con riferimento alla definizione di "*good governance*" o a quella di "impatti negativi".⁴⁶

3. La remunerazione degli amministratori nel codice di *corporate governance*.

L'Unione europea pone molta attenzione ai temi della sostenibilità, tanto è vero che ha dapprima promosso il Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile⁴⁷ e poi, in ottica di continuità con questo piano, la Commissione Ue, nel 2019, ha approvato il *Green Deal*⁴⁸.

Appare importante ricordare l'azione 10 del Piano europeo ove si sottolinea che il governo societario deve essere trasformato in un governo societario sostenibile e proprio nell'alveo dell'azione 10, si inserisce la proposta di direttiva sulla CSDD che introduce, come detto in precedenza, obblighi di *due diligence* sia in capo alle imprese sia in capo agli amministratori al fine di determinare una strategia di lungo termine che, a sua volta, consenta di combattere il cambiamento climatico.

⁴³ *Ibid* nota 42.

⁴⁴ S. Rossi, *Il diritto della Corporate Social Responsibility*, 2021, Rivista Orizzonti di diritto commerciale, fascicolo 3.

⁴⁵ E. Barcellona, *La sustainable corporate governance nelle proposte di riforma del diritto europeo: a proposito dei limiti strutturali del c.d. stakeholderism*, 2022, Rivista delle Società, fascicolo 1.

⁴⁶ Per un maggior approfondimento in tal senso, si rinvia a G.D. Mosco e R. Felicetti, *Prime riflessioni sulla proposta di direttiva Ue in materia di Corporate Sustainability Due Diligence*, 2022, op. cit. alla nota 4; U. Tombari, *La proposta di direttiva sulla Corporate Due Diligence e sulla Corporate Accountability: prove (incerte) di un "capitalismo sostenibile"*, 2021, Rivista delle società, fascicolo 2-3. The european company law experts' group, *The european parliament's draft directive on corporate due diligence and corporate accountability*, 2021, disponibile sul sito eur-lex.europa.eu. M. Ventoruzzo, *Troppa responsabilità per le imprese*, 2021, disponibile in lavoce.info.

⁴⁷ Comunicazione numero 97 del 2018, Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile.

⁴⁸ Comunicazione numero 640 del 2019, Il Green Deal europeo.

La proposta di direttiva sulla CSDD, insieme ad altre misure legislative in tema di sostenibilità (si pensi, ad esempio, alla *corporate sustainability reporting directive*⁴⁹) rientra nell'attività dell'Unione volta a dare rango normativo ai principi di governance già sanciti sul piano della *soft law*.⁵⁰

Nell'ambito dell'autodisciplina italiana, il Codice di *corporate governance* del 2020 esordisce definendo il ruolo dell'organo amministrativo delle società quotate: “*l'organo amministrativo guida la società perseguendone il successo sostenibile.*” (principio 1).

Il successo sostenibile è declinato come “*l'obiettivo che guida l'azione dell'organo amministrativo e che si sostanzia nella creazione di valore nel lungo periodo a beneficio degli azionisti, tenendo conto degli interessi degli altri stakeholders rilevanti per la società*”⁵¹.

I codici di autodisciplina sono fondamentali nell'ottica di un'auspicata modifica dell'attuale sistema, in quanto, non avendo valore cogente, garantiscono alle imprese margini di flessibilità per implementare un proprio modello di *governance*.

Difatti, con riguardo alla questione della remunerazione degli amministratori, il codice italiano delinea le generalità di una buona politica societaria.

Ai sensi dell'art. 5, principio XV di tale codice, la politica di remunerazione degli amministratori e dei dirigenti apicali è funzionale al perseguimento del successo sostenibile.

La politica di remunerazione degli organi apicali della società deve essere congeniata in modo da “attrarre, trattenere e motivare persone dotate della competenza e della professionalità richieste dal ruolo ricoperto nella società.” (Principio XV del Codice di Corporate governance 2020).

Il codice, inoltre, distingue tra la politica per la remunerazione degli amministratori esecutivi e del *top management* da quella degli amministratori non esecutivi e indipendenti.

Con riguardo ai primi, la componente fissa e quella variabile di spettanza devono essere bilanciate in modo coerente rispetto agli obiettivi strategici, alla politica di gestione dei rischi, all'attività d'impresa e al settore ove la società opera; inoltre, la componente variabile deve rappresentare una parte significativa della remunerazione

⁴⁹ Direttiva numero 2464 del 2022 del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento n. 537/2014, la direttiva 2004/109/CE, la direttiva 2006/43/CE e la direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la rendicontazione societaria di sostenibilità.

⁵⁰ Comitato per la *Corporate Governance*, *Relazione 2022 sull'evoluzione della corporate governance delle società quotate*, 2022, disponibile sul sito www.consob.it.

⁵¹ In Definizioni del Codice di *Corporate Governance* 2020.

complessiva mentre, la componente fissa deve essere sufficiente a remunerare la prestazione dell'amministrazione in caso di mancata erogazione di quella variabile.

L'erogazione della remunerazione variabile deve essere collegata ad obiettivi di *performance* predeterminati, misurabili e legati a un orizzonte di lungo periodo e comprendendo anche parametri non finanziari.

Al fine di allineare gli obiettivi degli esecutivi e del *top management* con quello degli azionisti in un orizzonte di lungo periodo i piani di retribuzione basati su azioni (di solito, piani *stock-based* nella forma di *stock grant* definiti su un tempo pari ad almeno cinque anni) sono uno strumento essenziale.

Con riguardo ai non esecutivi e agli indipendenti, il piano retributivo deve essere adeguato alla competenza, professionalità e all'impegno richiesto dai compiti loro attribuiti sia in seno al consiglio di amministrazione sia nei comitati consiliari; tale compenso non è legato a obiettivi di *performance* finanziaria⁵².

Nella Relazione 2022 del comitato per la corporate governance, sono stati valutati i piani di breve periodo (MBO) e di lungo periodo delle società italiane (LTI).

Con riguardo agli MBO, si rileva una crescita delle società che fanno ricorso ai parametri ESG. L'utilizzo di parametri ESG è correlato soprattutto alla grandezza e all'identità dell'azionista di riferimento: in particolare, gli obiettivi ESG sono utilizzati più spesso da società grandi, pubbliche e *widely held* e meno da quelle piccole o familiari. Il peso delle remunerazioni variabili collegate a parametri ESG negli MBO, per le società che lo prevedono, è tuttavia piuttosto limitato, sebbene tale peso rimanga sostanzialmente immutato rispetto all'anno precedente.⁵³

Con riferimento agli LTI, si evidenzia che quasi tutti i piani collegano i compensi al conseguimento di obiettivi di *performance*. Anche in questo caso, l'utilizzo di parametri ESG è correlato soprattutto alla grandezza e all'identità dell'azionista di riferimento: in particolare, gli obiettivi ESG sono utilizzati più spesso da società grandi, pubbliche e *widely held* e meno da quelle piccole o familiari.

Come per gli MBO, il peso delle remunerazioni variabili collegate a parametri ESG sugli LTI, per le società che lo prevedono, raggiunge dei livelli molto limitati.⁵⁴

⁵² Comitato per la Corporate Governance, *Relazione 2022 sull'evoluzione della corporate governance delle società quotate*, op. cit. alla nota 50.

⁵³ M. Belcredi e S. Bozzo, *Rapporto FIN-GOV sulla corporate governance in Italia, 2022*, EDUCatt.

⁵⁴ *Ibid* nota 53..

3.1 Il comitato per la remunerazione.

Ai sensi del principio XVI del codice di *corporate governance*, la politica per la remunerazione è elaborata dall'organo amministrativo. Semplificando, sono gli amministratori a definire i loro stessi compensi.⁵⁵

Appare evidente il conflitto d'interessi che si crea tra *principal* e *agent* e per limitare questo conflitto, il codice di *corporate governance*, raccomanda l'istituzione del comitato endoconsiliare per la remunerazione.

Questo comitato ha il compito di coadiuvare il consiglio di amministrazione nell'elaborazione della politica per la remunerazione; di presentare proposte o esprimere pareri sulla remunerazione degli amministratori esecutivi e degli altri amministratori che ricoprono particolari cariche nonché sulla fissazione degli obiettivi di *performance* correlati alla componente variabile di tale remunerazione; di monitorare la concreta applicazione della politica per la remunerazione e verificare, in particolare, l'effettivo raggiungimento degli obiettivi di *performance*; e infine, dovrebbe valutare periodicamente l'adeguatezza e la coerenza complessiva della politica per la remunerazione degli amministratori e del *top management*.

Il comitato remunerazioni è composto da soli amministratori non esecutivi, in maggioranza indipendenti ed è presieduto da un amministratore indipendente. Un'adeguata conoscenza ed esperienza in materia finanziaria o di politiche retributive da parte di almeno un componente del comitato è una valutazione che l'organo di amministrazione dovrebbe svolgere in sede di nomina.

4. La remunerazione *pay for performance* e i piani di *stock option*.

La remunerazione degli amministratori è generalmente composta da una parte variabile e da una parte fissa. Quest'ultima è una quota costante e predeterminata erogata mensilmente⁵⁶.

La parte variabile, invece, si compone, a sua volta, di *short-term incentives* e *long-term incentives*. Gli *short-term incentives* collegano una parte della remunerazione a indicatori di *performance* a breve termine come, ad esempio, il risultato di esercizio o i

⁵⁵ F. Mucciarelli, *I compensi agli amministratori esecutivi nelle società quotate: uno sguardo comparatistico a Regno Unito, Germania e Stati Uniti d'America*, 2014, Analisi giuridica dell'economia, il Mulino.

⁵⁶ Questa quota è tendenzialmente definita facendo riferimento alla comparazione con i *peers* con ciò si produce il cosiddetto *ratchet effect* ossia l'incremento dell'ammontare medio della parte fissa dovuto all'aumento del quantum stabilito dalle singole imprese.

A. Zattoni, *Corporate Governance. How to design good companies.*, 2020, op. cit. alla nota 19.

quarterly results. Essi possono essere pagati in *cash* oppure in azioni e hanno lo scopo di incentivare i *manager* a raggiungere gli obiettivi di breve periodo⁵⁷.

Gli *short-term incentives* sono molto utilizzati nella prassi per una serie di ragioni: sono semplici da verificare essendo legati a metriche finanziariamente comuni; permettono ai *manager* di comprendere il legame tra *performance* e remunerazione e quindi, essi sono in grado di predire le conseguenze della loro gestione; infine, promuovono una più elevata efficienza.

Tuttavia, questo piano remunerativo presenta talune questioni problematiche.

In primo luogo, gli indicatori di breve periodo utilizzati possono indurre i *managers* ad attuare una politica gestoria che tenga conto esclusivamente degli interessi di breve termine (*managerial myopia*).

A questo consegue, in secondo luogo, il probabile incremento dei problemi di agenzia tra amministratori e azionisti, in quanto, essendo considerati soprattutto valori come EBIT, ROI e *net income* che sono *backward-looking measures*, è possibile che la gestione potrebbe essere orientata verso scelte ad alto rischio incrementando il valore nel breve periodo ma che possono produrre effetti decisamente spiacevoli nel lungo termine.

Diversamente, i *long-term incentives* sono legati a obiettivi di lungo periodo che coincidono con misure a orizzonte temporale superiore a un anno o con misure finanziarie come le *share performance*. Tali incentivi sono funzionali a limitare effetti negativi degli STI⁵⁸.

I piani *equity* o *share-based* sono essenziali per allineare gli interessi a lungo termine degli azionisti e degli amministratori, per promuovere l'innovazione e la creazione di valore, per attrarre le figure professionali più talentuose e per ridurre i costi legati all'erogazione delle remunerazioni.

Gli *equity incentive plans* possono essere distinti in due principali categorie: *stock option plans*⁵⁹ e *non stock option plans*. I primi attribuiscono ai dipendenti il diritto di

⁵⁷ Gli indicatori di riferimento possono essere o legati al bilancio (*turnover, leverage, EBIT, ecc.*) o a misure strategiche (M&A, quotazione, ecc.).

Ibid nota 56.

⁵⁸ *Ibid* nota 56.

M. Conyon, *Executive compensation and incentives*, 2006, Academy of management perspectives, volume 20

⁵⁹ I piani di *stock option* hanno delle caratteristiche comuni. Con riguardo ai beneficiari, solitamente essi sono il gruppo dei *top managers* ma talvolta, i beneficiari possono anche essere tutti i dipendenti (*broad-based plans*).

Il *vesting period* è il periodo in cui le opzioni non sono ancora maturate, non possono essere esercitate e ha luogo tra la data di attribuzione e l'inizio del periodo di esercizio.

acquistare azioni della società a un prezzo fisso entro un certo periodo di tempo. I *non-stock option plans* includono le *phantom stocks*, *performance shares*, *stock appreciation rights*, *stock grants* e *restricted stock plans*.

Le *phantom stocks* danno al beneficiario un bonus in azioni o in contanti equivalente all'incremento di valore di un numero specificato di azioni della società entro un predeterminato periodo di tempo.

I *stock appreciation rights* danno al beneficiario un bonus in contanti uguale alla differenza tra il valore di mercato di un certo numero di azioni e il loro *exercise price*.

Le *performance shares* assegnano ai beneficiari un bonus in azioni se sono raggiunti importanti obiettivi di *performance* nel medio e lungo periodo.

Gli *stock grants* sono azioni, gratuite o a condizioni particolarmente favorevoli, assegnate ai dipendenti della società.

I *restricted stock plans* assegnano ai beneficiari un numero di azioni che diventano pienamente disponibili al raggiungimento di determinati obiettivi o alla permanenza del dipendente in azienda per un certo periodo di tempo.

I *stock option plans* e *non stock option plans* differiscono principalmente per due questioni. In primo luogo, si ricorda il diverso profilo di rischio: se lo *share price* è minore del prezzo di esercizio dell'opzione, il titolare può decidere di non esercitare l'opzione; ne consegue che sul titolare dell'opzione incombono i costi per l'emissione dell'opzione stessa che possono essere compensati con altri *benefit*. In secondo luogo, se vengono distribuiti dividendi, il valore delle azioni scende quindi, l'emissione di piani di *stock option* modifica anche la *policy* degli amministratori sul pagamento dei dividendi⁶⁰.

La remunerazione degli amministratori appare essenziale nella *corporate governance*, specie perché è uno strumento idoneo ad attrarre i migliori amministratori e a fidelizzarli⁶¹. Tuttavia, essa è una delle principali fonti di conflitto d'interesse tra

Il periodo di esercizio dell'opzione può essere fissato ad un valore inferiore, uguale o superiore al prezzo di mercato dell'azione alla data di assegnazione. Di solito, le società fissano il prezzo di esercizio a un valore pari al prezzo dell'azione della società alla data di assegnazione.

Infine, tali piani possono imporre vincoli alla capacità dei beneficiari di disporre delle azioni acquisite col piano (*look-up period*). Questo è essenziale per prevenire un comportamento speculativo e ad evitare la vendita massiva di azioni.

Alessandro Zattoni, *Corporate Governance. How to design good companies.*, 2020, op. cit. alla nota 19.

⁶⁰ A. Baker, *The stock options book*, 2006, NCEO.

B. Hall, *The Pay to Performance Incentives of Executive Stock Options*, 1998, NBER working paper, numero 6674.

⁶¹ D.U. Santosuosso, *Conflitti di interessi nella remunerazione degli amministratori*, s.a., Orizzonti di diritto commerciale.

azionisti e amministratori⁶², tanto è vero che da più parti, come evidenziato in precedenza, si ritiene che sia stata una delle cause della crisi del 2008-2009⁶³.

Al fine di arginare un siffatto conflitto d'interesse, l'Unione europea ha incrementato le procedure di monitoraggio attuate dagli azionisti⁶⁴. In particolare, il regime informativo e il coinvolgimento assembleare hanno lo scopo di contrastare abusi e distorsioni nei regimi remunerativi e questo permette agli azionisti e al mercato di valutare meglio la ragionevolezza delle retribuzioni alla luce delle *performance* sociali.

Inoltre, dal momento che la definizione del sistema retributivo è compito del consiglio di amministrazione sono state anche introdotte regole relative alla composizione del *board* finalizzate a limitare comportamenti opportunistici.

Fondamentale appare l'introduzione degli amministratori indipendenti e non esecutivi i quali, soprattutto se componenti del comitato remunerazione, possono strutturare la remunerazione di modo da renderla adeguata sia ad attrarre e trattenere soggetti che gestiscano con successo la società sia ad allineare gli interessi dei *managers* con quello della creazione di valore a lungo termine degli azionisti⁶⁵.

Appare, quindi, necessario che un buon sistema di retribuzione degli amministratori crei degli incentivi tali da armonizzare le prospettive degli azionisti con quelle dei gestori.

Particolarmente incentivanti appaiono essere le remunerazioni basate sulle *performance (equity-based plans)* tra cui i piani di *stock option*.

Questi piani sono di difficile strutturazione soprattutto con riguardo agli indicatori di *performance*⁶⁶ a cui ancorare le remunerazioni e nello specifico, tale difficoltà è legata all'individuazione dei parametri non finanziari da utilizzare. Questi ultimi sono sempre più integrati nella retribuzione perché testimoniano l'attenzione della società verso il tema della sostenibilità⁶⁷.

⁶² L.A. Bebchuck, J. Fried, *Pay without performance: the unfulfilled promise of executive compensation*, 2004, Cambridge, Harvard University Press.

⁶³ Si rimanda al paragrafo 2 e alla nota 18.

⁶⁴ Si rimanda ai paragrafi 2 e 2.1.

⁶⁵ D.U. Santosuosso, *Conflitti di interessi nella remunerazione degli amministratori*, s.a., op. cit. alla nota 61.

M. Del Linz, *La disciplina sui compensi dei manager nelle società quotate e l'esame delle prime relazioni sulla remunerazione*, 2012, Banca Impresa Società, fascicolo 3.

⁶⁶ *Ibid* nota 65.

⁶⁷ L. Bebchuk e L. Tallarita, *The perils and questionable promise of ESG-based compensation*, 2022, Journal of Corporation Law, Harvard law school, Cambridge.

Le metriche ESG sono di ardua individuazione in quanto legate alla vaga definizione di *stakeholder* per cui, di solito, esse sono relative a un ristretto numero di criteri che incontrano gli interessi solo di alcuni *stakeholder*⁶⁸.

Oltre alla problematica individuazione degli obiettivi che la società dovrebbe perseguire anche l'essenza di un metodo di misurazione omogeneo dei fattori ESG contribuisce ai problemi relativi ai KPI di tipo ESG.

Da quanto appena evidenziato, sembra che siano tali circostanze a rendere i parametri non finanziari cui è ancorata la remunerazione alquanto vaghi e di conseguenza, i piani di *stock option* che consentono un approccio più a lungo termine nella gestione dell'impresa risultano di difficile strutturazione.

5. La valutazione della *performance* non finanziaria e il ruolo degli azionisti.

Il versamento della quota variabile agli amministratori dipende, con riguardo al *quantum*, dalla valutazione della *performance* societaria, invece, l'*an* è legato al voto assembleare.

La valutazione della *performance* dell'impresa generalmente implica l'utilizzo di indicatori di tipo finanziario come, ad esempio, l'EBIT o gli FCFO, tuttavia, con l'introduzione nei piani strategici e nelle remunerazioni di obiettivi e di parametri di sostenibilità, appare necessario individuare tecniche di misurazione più adeguate.

Il metodo di analisi dei risultati di una società attualmente più utilizzato è quello del *discounted cash flow* (insieme a quello dei multipli), il quale si fonda sull'attualizzazione dei flussi di cassa attesi. Più nello specifico, in base al DCF, l'*enterprise value* rappresenta la capacità dell'impresa di produrre un livello di flussi finanziari adeguato a soddisfare le aspettative di remunerazione di un investitore, tanto è vero che nella formula⁶⁹ vengono considerati i flussi di cassa operativi nel periodo di

⁶⁸ Gli *stakeholder* hanno interessi diversi tra loro per oggetto e per dimensione per cui è molto difficile individuare un insieme di criteri un'irrealmente accettato.

Ibid nota 67.

⁶⁹ La formula che esprime il valore d'azienda secondo il metodo del DCF è la seguente:

$$EV = \sum_{t=1}^n \frac{OF CF_t}{(1+WACC)^t} + V_f - D - M + SA$$

EV indica l'*enterprise value* ovvero il valore di mercato del patrimonio netto.

$OF CF_t$ indica i flussi di cassa operativi attesi nel periodo di previsione esplicita.

WACC: è il tasso di attualizzazione, espresso come costo medio ponderato del capitale.

n è il numero di anni considerati nella previsione.

V_f è il valore finale attualizzato dell'azienda, ossia il valore attuale dei flussi di cassa operativi relativi agli anni (n+1) e seguenti. Questa è una grandezza di sintesi che può essere calcolata con diverse formule.

D indica la posizione finanziaria netta calcolata come totale dei debiti finanziari sia a breve sia a lungo termine, al netto della cassa e delle attività finanziarie in portafoglio facilmente liquidabili; ove possibile, i debiti devono essere espressi a valori di mercato.

previsione esplicita attualizzati al *weighted average cost of capital*, il valore finale dell'impresa, la posizione finanziaria netta, le *minorities* e i *surplus assets*.

In realtà, le informazioni in materia ESG sono strettamente connesse alle informazioni di tipo finanziario⁷⁰, difatti, generano un impatto su ciascuna delle variabili principali considerate nel DCF.

In primo luogo, i fattori ESG devono essere tenuti in considerazione nell'ambito dell'analisi e della progettazione dei flussi di cassa operativi attesi specie qualora si prospettino investimenti in progetti *green* dai quali possa generare una riduzione dei flussi stessi.

In secondo luogo, rispetto al tasso di attualizzazione WACC, bisogna tener conto anche dei rischi ESG. Inoltre, importante è la capacità delle imprese di anticipare e di adattarsi ai *trends* mediante i suoi prodotti e le sue azioni e, in questo senso, i criteri ESG hanno effetto anche sul valore finale.

Infine, l'arco temporale da considerare è quello di lungo periodo e il tempo ha incidenza su tutta la formula e, di conseguenza, sul risultato finale.⁷¹

Nello studio *Five ways that ESG creates value*⁷², si evidenzia che i fattori ESG influenzano i flussi di cassa in diversi modi. Innanzitutto, se un'impresa tiene conto di tali fattori, può attirare le preferenze dei consumatori aumentando i suoi ricavi. In questo senso, l'impresa può espandersi in mercati già esistenti e attingere nei nuovi; le opportunità di crescita possono aumentare anche in conseguenza di una maggiore fiducia data dalle autorità governative che risultano essere più propense, ad esempio, a concedere una determinata licenza.

L'inclusione delle questioni di sostenibilità nelle scelte dell'impresa può portare alla riduzione dei costi operativi, del rischio di azioni legali avverse e della pressione normativa. Inoltre, un'impresa ESG può vedere i suoi dipendenti più motivati e la soddisfazione dei dipendenti è positivamente correlata ai rendimenti degli azionisti.

M sono le *minorities*.

SA indica i *surplus assets* che comprendono il valore complessivo che la società detiene ma che non concorrono alla determinazione dei flussi di cassa operativi, perciò, vanno considerati separatamente al valore corrente di mercato.

⁷⁰ G. Strampelli, *L'informazione non finanziaria tra sostenibilità e profitto*, 2022, Analisi giuridica dell'economia, fascicolo 1.

⁷¹ F. Lozzi, R. Schiesari e L. Malfatti, *Valutazione d'azienda nel mondo ESG*, 2021, Webinar a cura dell'ODCED di Torino.

⁷² T. Koller, R. Nuttall, W. Henisz, *Five ways that ESG creates value*, 2019, McKinsey Quarterly, disponibile sul sito www.mckinsey.com.

Infine, la considerazione dei fattori ESG può aumentare i rendimenti degli investimenti allocando il capitale in opportunità più promettenti e più sostenibili.⁷³

Appare dunque che la *performance* delle imprese e quindi, l'attività gestoria sia strettamente legata agli obiettivi ESG: gli investitori, e più in generale il mercato, sono sempre più interessati a valutare l'incidenza dei fattori ESG nel rendimento operativo, di conseguenza, essi vengono introdotti nei piani strategici delle imprese finendo, quindi, per influenzare le *performance* di queste ultime.

Come detto in precedenza, l'attenzione degli investitori verso la considerazione delle tematiche legate alla sostenibilità da parte delle società in cui detengono azioni, è in costante aumento: in questo senso, essi possono sfruttare la loro influenza, derivante dalla detenzione di una partecipazione azionaria, per orientare le decisioni gestionali sui temi ESG ed è importante che gli azionisti si impegnino nella società partecipata soprattutto attraverso il monitoraggio delle attività degli amministratori e attraverso il diritto di voto.

Il monitoraggio dipende dalla configurazione degli assetti proprietari: in particolare, se la società è a proprietà concentrata, gli *shareholder* sono molto attenti all'operato dei *managers*; invece, se la proprietà è frammentata, gli investitori assumono un atteggiamento passivo, tanto è vero che queste società possono essere classificate come *management-controlled*⁷⁴.

⁷³ A risultati più o meno simili sono giunti anche A. Kumar, C. Smith, L. Badis, N. Wang, P. Ambrosy e R. Tavares in *ESG factors and risk-adjusted performance: a new quantitative model*, 2016, Journal of Sustainable Finance & Investment. In questo studio, gli autori hanno evidenziato che l'integrazione delle pratiche ESG rende un'impresa meno esposta al rischio reputazionale, politico e normativo e porta a una minore volatilità dei flussi di cassa e della redditività. In sostanza, le imprese sostenibili sono meno esposte al rischio nel lungo periodo.

L'analisi è stata condotta su 157 società con una buona *performance ESG* appartenenti al *Dow Jones Sustainability Index* e altre società selezionate casualmente le quali sono rappresentative della *performance* media di mercato. Inoltre, visto che il grado di influenza dei fattori ESG dipende fortemente dal settore in cui opera l'azienda, i titoli azionari sono stati divisi in dodici settori e per ogni settore le aziende sono scelte considerando la posizione geografica e il livello di sviluppo del mercato. Questo modello è l'*ESG risk-premium model*.

È emerso che in tutti i dodici settori, le società ESG mostrano una volatilità minore nei rendimenti azionari rispetto alle altre dello stesso settore, però, da settore a settore, l'impatto dei fattori ESG è quantitativamente diverso.

Inoltre, gli autori hanno anche verificato che, contrariamente al pensiero comune, ad un rischio più basso di un investimento potrebbe corrispondere un rendimento azionario più elevato.

Questo modello ha mostrato in sintesi che le *performances* dei titoli sono strettamente legati ai fattori ESG.

⁷⁴ L. Bebchuk, A. Choen e S. Hirst, *The agency problems of institutional investors*, 2017, The Journal of Economic Perspectives, volume 31, numero 3.

Tuttavia, in entrambi i casi sussistono dei problemi di agenzia, i quali possono essere limitati utilizzando lo strumento della remunerazione variabile⁷⁵.

Nelle società a proprietà concentrata, il monitoraggio viene svolto dai *blockholder* e in questo caso, i piani di incentivare consentono di allineare gli interessi manageriali a quelli dell'impresa nel suo complesso⁷⁶.

Quando, invece, si guarda alle *management-controlled company*, collegare la remunerazione a obiettivi, finanziari o non finanziari, di *performance* crea un modello che induce gli amministratori a perseguire l'agenda degli azionisti⁷⁷.

Inoltre, un ulteriore strumento volto a limitare condotte manageriali opportunistiche è il dialogo tra l'organo amministrativo e gli *shareholder*.

Il dialogo, infatti, è divenuto uno degli aspetti più importanti della *corporate governance* e negli ultimi decenni, sono state sviluppate delle modalità per integrarlo in modo più strutturato nei modelli societari perché è uno strumento utile non solo agli investitori per orientare la filosofia di gestione dell'emittente verso i temi ambientali e sociali, ma è necessario anche alle società stesse per spiegare le proprie scelte strategiche, per rendere le politiche aziendali più in linea agli interessi dei suoi *stakeholders* e per rafforzare la cooperazione tra questi ultimi e gli amministratori.

In questo quadro, un ruolo fondamentale è svolto dagli investitori istituzionali⁷⁸, in quanto sono dotati delle competenze tecniche e delle risorse economiche per svolgere una analisi specifica della società in portafoglio e, di conseguenza, definire una politica di sostenibilità da perseguire in tale società.⁷⁹

Tuttavia, tale impegno implica sia ingenti oneri in capo a tali investitori sia la disponibilità di risorse umane con competenze specifiche ed oggi questi gruppi di

⁷⁵ Q. Shi, S. Xiao, K. Chang, J. Wu, *Stock option, contract elements design and corporate innovation output-an analyse based on risk taking and performance-based incentives*, 2021, Nankai Business Review, volume 12, numero 4.

Si rimanda, inoltre, al paragrafo precedente.

⁷⁶ G. Ferrarini e N. Moloney, *Executive remuneration in the EU: the context for reform*, 2005, law working paper numero 32, disponibile sul sito ecgi.org/wp.

⁷⁷ *Ibid* nota 76.

⁷⁸ L'art.124-*quarter* t.u.f. distingue tra gestori attivi quali Sicav, Sgr, Sicaf e i soggetti che svolgono comunque il servizio di gestione dei patrimoni mobiliari, e investitori istituzionali identificati nei fondi pensione e le imprese di assicurazione. Nelle pagine seguenti, con investitori istituzionali ci si riferirà a tutti gli operatori economici che gestiscono professionalmente il patrimonio d'altri al fine di incrementare il valore. Tale nota metodologica è la medesima utilizzata anche nella seguente opera S. Alvaro, M. Maugeri e G. Strampelli, *Investitori istituzionali, governo societario e codici di stewardship. Problemi e prospettive*, 2019, Quaderno Consob numero 19, disponibile sul sito www.consob.it.

⁷⁹ Gli investitori professionali sono in grado di esercitare un'influenza diretta sulla gestione delle società in cui investono che può realmente essere determinante nell'orientare le scelte gestorie in quanto hanno molta "più forza" rispetto agli investitori *retail*.

F. Denozza, *Lo scopo della società tra short-termism e stakeholder empowerment*, 2021, op. cit. alla nota 11.

professionisti sono sottodimensionati,⁸⁰ infatti, gli investitori istituzionali spesso non si impegnano nelle politiche societarie se non per ottenere risultati di breve termine⁸¹ e la loro strategia di investimento, la loro politica di impegno e la relativa modalità di attuazione non è soggetta a divulgazione trasparente.

Per questi motivi, l'Unione europea con l'introduzione della *Shareholder Rights Directive II*, ha introdotto un *framework* normativo tale da incrementare la qualità e la quantità delle informazioni pubblicate dagli investitori istituzionali.

L'art. 3-*octies* della presente direttiva, impone agli investitori istituzionali di comunicare al pubblico la loro politica di impegno, che è caratterizzata come parte integrante della strategia di investimento. Particolare rilievo deve essere dato allo svolgimento dell'attività di monitoraggio delle società partecipate su questioni rilevanti specie con riguardo all'esercizio del diritto di voto. Inoltre, è precisato che tali operatori economici sono tenuti a dare puntuale spiegazione dei voti più rilevanti ma qualora essi ritengano non significativa una certa votazione in relazione al suo oggetto o alle dimensioni della partecipazione nella società, è possibile escludere ogni informativa sul punto.⁸²

Nell'ambito dell'autodisciplina sono stati promossi codici di *corporate governance* rivolti alle società-emittenti e codici di *stewardship*⁸³ rivolti agli investitori istituzionali; questi codici indicano i principi e le *best practices*⁸⁴ che incentivano, soprattutto il dialogo nell'ambito di un rapporto di *engagement*.

⁸⁰ L. Bebchuk e S. Hirst, *Index Funds and the Future of Corporate Governance: Theory, Evidence, and Policy*, 2019, Columbia Law Review, volume 119 numero 8.

⁸¹ Come affermato nel Considerando numero 15 della *Shareholder rights directive II*.

⁸² La direttiva in esame è stata recepita nell'ordinamento italiano mediante il decreto legislativo n°49 del 2019 che ha introdotto l'art.124-*quinquies* t.u.f. il quale riproduce l'art.3-*octies*.

⁸³ Lo *stewardship* si sostanzia nell'insieme di attività attuate dagli investitori istituzionali e nelle comunicazioni intervenute tra il management delle società in portafoglio e gli *stewardship teams* degli investitori istituzionali al fine di promuovere pratiche societarie che permettano di soddisfare le esigenze di sostenibilità e di creare valore nel lungo periodo. Queste attività possono concretizzarsi in varie azioni, ad esempio, nel sostenere una proposta di voto di altri azionisti oppure in comunicazioni informali. R. Felicetti, *Institutional Investors' Non-Financial Reporting: Should the EU Regulatory Framework Be Updated?*, 2022, Columbia Journal of European Law, Volume 28 numero 3.

I codici di *stewardship* sono codici di comportamento destinati agli investitori istituzionali contenenti principi e *best practices* sul rapporto tra essi e le società in portafoglio al fine di incentivare il confronto e la collaborazione nell'ambito di un rapporto di *engagement*. Essi, di regola, sono applicabili in base al principio *comply or explain*.

S. Alvaro, M. Maugeri e G. Strampelli, *Investitori istituzionali, governo societario e codici di stewardship. Problemi e prospettive*, 2019, op. cit. alla nota 78.

⁸⁴ L'autodisciplina è apparsa come uno strumento flessibile e perciò adattabile alle diverse esigenze di società e investitori istituzionali: il principio del *comply or explain* tipico di questi codici lascia ampie libertà di scelta agli operatori economici seppur nella maggior parte dei casi, le spiegazioni date in caso di non adesione al codice sono risultate inadeguate.

M. Bianchi e M. Milič, *Le politiche di engagement delle società, tra teoria e prassi*, 2021, Rivista delle società, fascicoli 5-6.

Nel codice di *corporate governance* italiano, il dialogo è descritto come presupposto per la valutazione e composizione degli interessi degli investitori da parte del consiglio di amministrazione al fine di perseguire il successo sostenibile. Non vengono specificate le modalità di attuazione di tale dialogo, ma viene dato mandato al consiglio di amministrazione di definire le regole del confronto: il Presidente del *board* di concerto con il CEO è tenuto a definire una “*politica per la gestione del dialogo con la generalità degli azionisti, anche tenendo conto delle politiche di engagement adottate dagli investitori istituzionali*” la quale deve essere adottata dal consiglio. (Art. 1 Raccomandazione 3 Codice di *corporate governance* ed. 2020).

Il dialogo così strutturato permette alla società di ascoltare e, quindi, di rispondere alle richieste degli investitori e questi ultimi possono anche ricercare il confronto con la società di propria iniziativa. In questo senso, il Codice di *corporate governance* vuole limitare la discrezionalità amministrativa attraverso accorgimenti procedurali che stimolino il dialogo con gli azionisti e in particolare, con gli investitori istituzionali, ma anche e più in generale, con gli *stakeholder*⁸⁵.

Nel quadro appena delineato, appare che il voto sulla Relazione sulla remunerazione introdotta dalla SHRD II e per la cui trattazione si rimanda al paragrafo 2.1 di questo scritto, sia il risultato del monitoraggio svolto dagli azionisti durante il periodo contabile di riferimento.

In altre parole, il giudizio positivo o negativo sulla prima e, soprattutto, sulla seconda sezione della Relazione rappresenta la valutazione svolta dall'azionista sull'operato dell'organo amministrativo e tale valutazione viene svolta sulla base dell'attività di monitoraggio compiuta dall'azionista stesso. Proprio per questo, l'attività di controllo degli investitori sembra delinearsi come nevralgica nella *corporate governance*.

6. L'inclusione dei parametri ESG nei compensi degli amministratori delegati delle società italiane appartenenti all'indice FTSE MIB.

Al fine di esaminare la remunerazione legata ai parametri ESG che si realizza nella prassi, ho analizzato le pratiche più diffuse tra le società quotate nell'indice FTSE MIB della borsa di Milano.

L. Fairefax, *Mandating board- shareholder engagement?*, 2013, University of Illinois Law Review, Volume 2013.

⁸⁵ *Ibid* nota 84.

Paolo Cuomo, *Il consiglio di amministrazione e la gestione dell'impresa nel codice di corporate governance*, 2021, Rivista delle società, numero 1.

L'indice FTSE MIB include quaranta società delle quali, primamente, ho verificato se la sede legale fosse in Italia, se fossero state costituite secondo le norme del diritto italiano e se fossero disponibili tutte le informazioni di cui avevo bisogno⁸⁶.

Dopo questa analisi iniziale, ho scartato quattordici società⁸⁷ in quanto non rientravano in uno o più parametri. Il panel risultante si compone di ventisei società⁸⁸. Queste ultime hanno una capitalizzazione di mercato aggregata pari a € 311 miliardi⁸⁹, quindi, rappresentano circa il 50% del mercato azionario italiano⁹⁰.

Una volta definito il panel, ho individuato i compensi erogati, per l'esercizio 2022, agli amministratori delegati dalle Relazioni sulla remunerazione (in seguito, le Relazioni) più recenti pubblicate dalle società sul sito borsaitaliana.it o sul loro sito web ai sensi dell'art. 123-ter del TUF e 84-quarter del Regolamento emittenti. Dai dati raccolti emerge una remunerazione media di € 3,1 miliardi e una mediana di € 1,8 miliardi, con un valore minimo per il CEO di Inwit e un valore massimo per il CEO di Pirelli&Co⁹¹.

In generale, con riguardo ai *pay mix*⁹² costruiti dalle diverse società appare che in tutte sussista una quota fissa e una quota variabile⁹³. Infatti, dalla lettura delle loro Relazioni, emerge l'importanza attribuita alla remunerazione *pay for performance*, in quanto essa consente di collegare i risultati economico-finanziari ed ESG con l'erogazione di incentivi a breve, medio e lungo termine.

Inoltre, facendo attenzione ai dati raccolti, si nota che in quasi tutte le società (ad eccezione di A2A, Banca Mediolanum e BPER Banca)⁹⁴ risulta essere predominante la quota variabile assegnata agli amministratori delegati. In particolare, in media, la remunerazione fissa pesa il 37,25 %, mentre quella variabile, il 62,75%⁹⁵.

⁸⁶ Quest'ultimo parametro si compone di due sotto-parametri: (i) sussistenza di omogeneità tematica; (ii) confrontabilità delle misurazioni.

⁸⁷ Si veda la tabella in allegato 1.

⁸⁸ Si veda la tabella in allegato 2.

⁸⁹ Si veda la tabella in allegato 2.

⁹⁰ La capitalizzazione complessiva delle società quotate alla borsa di Milano alla fine del 2022 era pari a € 626,2 miliardi. Per maggiori informazioni si rimanda al sito ilsole24ore.it/sez/finanza.

⁹¹ Questi valori di media, della mediana e del massimo sono stati particolarmente influenzati dal compenso percepito dal CEO di Pirelli&Co pari a circa €20 miliardi. Per questo motivo, di seguito riporto, nell'ordine, i valori di media mediana e massimo senza *l'outlier*: € 2,4 miliardi, € 1,8 miliardi e €6,1 miliardi.

Si veda la tabella in allegato 2.

⁹² Nella sezione denominata "Pay mix- amministratori delegati", sono state riportate le percentuali *target* definite dalle imprese in campione. Queste, generalmente, hanno definito anche dei livelli di composizione della remunerazione minimi e massimi, entro i quali sarà possibile calcolare il compenso effettivo in funzione della *performance*.

⁹³ Si veda la tabella in allegato 2 e in particolare, si rimanda alla sezione denominata "PAY MIX- AMMINISTRATORE DELEGATO".

⁹⁴ Nello specifico, l'incidenza della remunerazione fissa in queste società è pari, rispettivamente, a 63,6%, 61% e 50,5%.

⁹⁵ Tale valore è ottenuto dalla somma dei pesi nei rispettivi incentivi: i piani MBO pesano il 24,45% e i piani LTI, il 37,45%.

L'erogazione della componente di breve periodo può avvenire sia in forma monetaria sia in azioni. Nel campione esaminato, si registra una netta prevalenza nel pagamento in *cash*, emergendo solo in forma residuale alcune società che hanno optato per una combinazione delle suddette due modalità. Al contrario, i *long term incentives* sono quasi esclusivamente distribuiti mediante l'assegnazione di azioni. Inoltre, bisogna sottolineare che, per entrambi i piani, risulta frequente l'attribuzione differita del compenso a fronte di un orizzonte temporale di tre anni.

Il 100% del panel lega la remunerazione a tematiche ESG anche in accordo ai rispettivi piani strategici. Di regola, appare che vengano affrontate questioni relative a tutti e tre i *pillar* ESG⁹⁶, ad eccezione di Banca Mediolanum, Inwit, Terna e Unipol.

Gli indicatori ESG scelti dal campione risultano essere tra loro piuttosto eterogenei, tuttavia, nella maggior parte dei casi, essi sono utilizzati come effettivi indicatori di *performance*, mentre, talvolta, sono utilizzati come moltiplicatori di parametri economico-finanziari⁹⁷.

Tutte le società del campione individuano i pesi attribuiti a tali indicatori sulla quota variabile: mediamente, nei piani MBO pesano il 20,9% e nei piani LTI, il 21,09%; la mediana per entrambi gli incentivi è pari al 20%⁹⁸.

Sebbene generalmente, i pesi ESG non appaiano preponderanti rispetto a quelli finanziari, si notano talune situazioni più virtuose, come ad esempio, Eni e Terna nei piani MBO attribuiscono agli ESG un peso del 50% e Poste Italiane per entrambi i piani, un peso del 40%⁹⁹.

Per quanto le informazioni appena riportate appaiano rassicuranti sul fronte della sostenibilità, se si valuta l'incidenza dei fattori ESG sul *pay mix* complessivo, le percentuali si riducono notevolmente, giungendo ad un minimo dell'1,15% e ad un

⁹⁶ Il 100% del panel ha individuato tematiche relative al fattore E. Il 92,31% del panel ha individuato tematiche relative al fattore S. Il 92,31% del panel ha individuato tematiche relative al fattore G. Si veda tabella in allegato 2 e in particolare, si rimanda alla sezione denominata "TEMI ESG INDIVIDUATI NELLA RELAZIONE SULLA REMUNERAZIONE O NEI PIANI STRATEGICI".

⁹⁷ Si rinvia alle Relazioni sulla remunerazione di Diasorin s.p.a. e di ERG s.p.a. disponibili sui rispettivi siti web.

⁹⁸ Si veda la tabella in allegato 2 e in particolare, si rimanda alla sezione denominata "PESO DEI FATTORI ESG SULLA REMUNERAZIONE VARIABILE".

⁹⁹ Si veda tabella in allegato 2 e in particolare, si rimanda alla sezione denominata "PESO DEI FATTORI ESG SULLA REMUNERAZIONE VARIABILE" e ai grafici "SCATTER PLOT-PESO DEGLI ESG SUI PIANI LTI" e "SCATTER PLOT-PESO DEGLI ESG SUI PIANI MBO".

massimo del 29%¹⁰⁰. Più nello specifico, se si guarda ai grafici “Incidenza dei KPI sui Piani MBO”¹⁰¹ e “Incidenza dei KPI sui Piani LTI”¹⁰², con riguardo ai piani MBO, si nota una polarizzazione tra il 2% e il 5%, mentre, per quelli LTI si verifica una maggior dispersione.

Infine, un’ultima valutazione che mi è parsa fondamentale è relativa al confronto tra la rilevanza dei fattori ESG e quella dei parametri finanziari. Come ci si aspettava, questi ultimi presentano una media¹⁰³ e una mediana¹⁰⁴ nettamente superiore e questo è anche confermato dal grafico¹⁰⁵ costruito considerando queste due variabili, infatti, la curva relativa agli indicatori finanziari è sempre al di sopra di quella che rappresenta gli indicatori non finanziari ed inoltre, ulteriore dimostrazione di questo è il fatto che la curva dei criteri non ESG si trova più lontana dall’asse delle ascisse rispetto all’altra.

7. Gli incentivi ESG e il loro possibile impatto sull’attività gestoria.

Come più volte è stato sottolineato nel corso di queste pagine, la remunerazione variabile è strutturata come un incentivo per gli amministratori per la creazione di valore nel breve, medio e lungo periodo.

Per giunta, con l’affermarsi dell’esigenza di creare modelli di *governance* più sostenibili, si è posto il problema di introdurre, tra gli indicatori di *performance*, quelli non finanziari.

L’individuazione di adeguati parametri ESG cui ancorare la parte variabile dei compensi gestori sembra, tuttavia, essere al quanto complessa.

Tale difficoltà sembra dipendere da due questioni principali: l’assenza di una definizione omogenea degli ESG e la conseguente mancanza di metriche omogenee per la loro misurazione.

Segnatamente alla prima questione, il termine ESG si compone di tre diverse dimensioni (*Environmental, Social e governance*) che comprendono, a loro volta, concetti tra loro eterogenei e proprio una siffatta situazione rende non agevole riempire di significato tale termine.

¹⁰⁰ Si veda tabella in allegato 2 e in particolare, si rimanda alla sezione denominata “INCIDENZA DEGLI ESG SULLA QUOTA VARIABILE”.

¹⁰¹ Si veda il grafico in allegato 4.

¹⁰² Si veda il grafico in allegato 4.

¹⁰³ Si veda la tabella in allegato 2.

¹⁰⁴ Si veda la tabella in allegato 2.

¹⁰⁵ Si veda il grafico “CONFRONTO TRA L’INCIDENZA PARAMETRI ESG E QUELLA DEI PARAMETRI FINANZIARI” in allegato 5.

Inoltre, questa disomogeneità concettuale influisce anche sulle modalità di misurazione dei singoli *pillar*.

Tali criticità si riflettono anche nella politica di remunerazione legata agli obiettivi non finanziari tanto è vero che, dall'analisi svolta nel paragrafo precedente, è possibile notare come l'impatto generale degli ESG sul complesso della quota variabile sia nella maggior parte dei casi minima. Più in particolare, sebbene nei piani strategici siano individuati molti obiettivi ESG legati ai *sustainable development goals* proposti dall'Agenda 2030, quando poi si passa a verificare quali indicatori sono utilizzati per valutare l'attività gestoria essi appaiono pochi e a impatto limitato.

Proprio per questo, l'attuale importanza acquisita dai fattori ESG nelle scelte di investimento pone come principale sfida da un lato, il garantire l'obiettività della loro misurazione e dall'altro, sfruttare obiettivi e indicatori non finanziari per creare valore nel lungo periodo.

In questo senso, particolare importanza assume l'operato del comitato remunerazione, il quale dovrebbe considerare di includere sempre di più parametri non finanziari con riferimento ai piani remunerativi di tipo LTI al fine di indirizzare l'operato degli amministratori esecutivi verso politiche di lungo periodo.

Inoltre, per consentire un maggiore allineamento tra gli interessi degli *shareholder* e dei *manager*, appare anche necessario estendere i periodi di *vesting* per i piani di *stock option*.

In conclusione, è auspicabile l'incremento nell'uso degli indicatori ESG soprattutto nei piani di incentivi a lungo termine al fine di creare realmente imprese più sostenibili e appare necessario individuare dei parametri (e dei metodi di misurazione) che rendano gli obiettivi ESG meno generici al fine di limitare l'opportunismo manageriale e che permettano una maggiore comparabilità tra le *performance* gestorie.

ALLEGATI

1. Allegato 1- Le società comprese nell'indice FTSE MIB.

Società quotate nell'indice FTSE MIB	MARKET CAP (in miliardi)	CEO	COMPENSI 2022 AD (IN €)	PAY MIX-AD					TOTALE
				COMPONENTE FISSA	MBO	LTI	ALTRO	TOTALE	
1 A2A	5.333 Renato Mazzonini	999.000	63,6%	18,2%	18,2%		100,0%		
2 AMPLIFON	7.37 Enrico Vita	4.178.000	27,0%	16,0%	41,0%	16%	100,0%		
3 AZIUM	2.883 Massimo Guasti	1.500.000							
4 BANCA GENERALI	3.70 Mossa Giannara	1.033.000	37,0%	18,0%	45,0%		100,0%		
5 BANCA MEDIOLANUM	6.079 Massimo Antonio Doris	1.731.000	61,0%	22,0%	17,0%		100,0%		
6 BANCA MONTEPASCHELESIANA	3.31 Lucaglio Luigi								
7 BANCA BPM	6.512 Giuseppe Caragna	1.832.000	33,0%	33,0%	38,0%	6%	100,0%		
8 BEPER BANCA	3.738 Maurizio Piero Luigi	1.711.000	50,2%	21,4%	28,5%		100,0%		
9 CAMPIANI	33.175 Roberto Fossati	9.829.000	0,3%	0,3%	0,2%				
10 CNH INDUSTRIAL	16.883 Scott Wynn	10.458.000	0,1	0,2	0,33	0,17			
11 DIASORIN	4.921 Carlo Rosa	1.754.000	33,0%	23,0%	44,0%		100,0%		
12 ENEL	61.018 Francesco S. urace	2.598.000	30,0%	30,0%	40,0%		100,0%		
13 ENI	46.45 Claudio Descalzi	5.824.000	30,0%	30,0%	40,0%		100,0%		
14 ERG	3.659 Paolo Luigi Merli	1.676.968	40,0%	20,0%	40,0%		100,0%		
15 FERRARI	53.127 Felino Ellena	7.472.000							
16 FINECOBANK	7.986 Alessandro Foti	1.383.000							
17 GANER ALI ASS	27.866 Philippe Donnet	5.510.000	29,0%	29,0%	42,0%				
18 HERA	3.888 Tommaso Tommasi	778.000							
19 INTERFUNG GROUP	4.861 Silvio Moriello	2.731.000	25,0%	14,0%	61,0%				
20 INTESA SANPAOLO	44.345 Carlo Mesurina	4.535.000							
21 INWIT	11.038 Diego Galli	3.024.777	42,0%	29,0%	29,0%		100,0%		
22 ITALGAS	4.247 Paolo Gallo	1.040.531	36,0%	19,0%	45,0%		100,0%		
23 IRECO GROUP	2.419 Gianni Meoni	2.317.000							
24 LEONARDO	7.385 Alessandro Profumo	1.681.000	44,0%	29,0%	27,0%		100,0%		
25 MEDIOBANCA	9.519 Alessandro Nappi	3.524.000							
26 MONCLER	17.705 Renato Ruffini	2.775.246	30,0%	20,0%	50,0%		100,0%		
27 NEXI	9.239 Paolo Bertoluzzo	3.032.794	30,3%	30,3%	39,4%		100,0%		
28 PIRELLI & CO	4.314 Marco Ronchetti Provati	20.636.750	32,1%	28,1%	39,8%		100,0%		
29 POSTALITALIANE	13.729 Marco Dal Fante	1.608.000	42,8%	33,8%	33,9%		100,0%		
30 PRYSMIAN	9.027 Valerio Battista	1.100.000	33,0%	13,0%	53,0%		100,0%		
31 RECORDATI S.P.A.	9.267 Robert Korwanas	1.806.000	33,0%	23,0%	42,0%		100,0%		
32 SAIPEM	2.977 Alessandro Politi	2.039.000	31,0%	31,0%	38,0%		100,0%		
33 SNAM	15.459 Stefano V. enier	1.414.000	31,0%	21,0%	48,0%		100,0%		
34 STELLANTIS	52.433 Fabio Ellena	7.472.000							
35 STMicroelectronics	39.049 Jean-Marc Chery	5.233.000							
36 TELECOMITALIA	5.515 Pietro Latorola	3.382.000	39,2%	35,2%	21,0%		100,0%		
37 TENARIS	18.157 Paolo Reosa	9.500.000							
38 TERNA	14.731 Stefano Antonio Donati	1.770.744	41,1%	19,0%	39,9%		100,0%		
39 UNICREDIT	39.663 Andrea Ossi	3.541.000							
40 UNIPOL	3.166 Carlo Cimbin	6.037.000	40,0%	27,0%	33,0%		100,0%		

2. **Allegato 2**- Panel delle società, struttura delle remunerazioni degli AD e misure di sintesi.

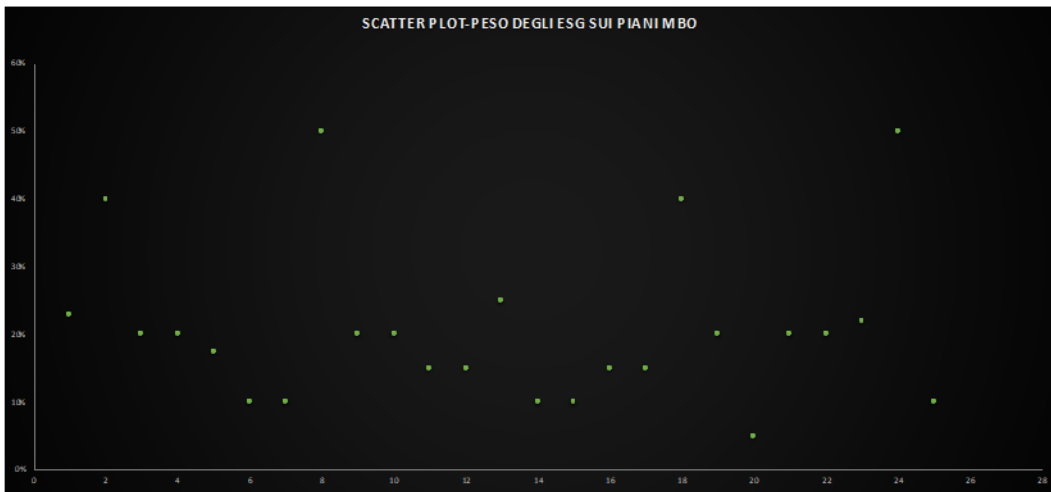
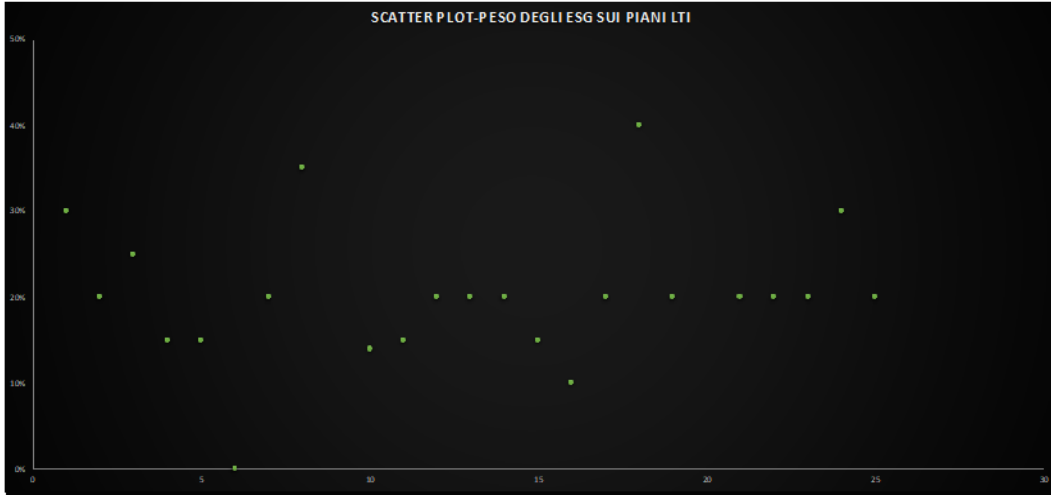
Società quotate nell'indice FTSE MIB	MARKET CAP (in € billions)	CEO	PAY MIN-AMMINISTRATORE DELEGATO						TEMI ESG INDIVIDUATI NELLA RELAZIONE SULLA REMUNERAZIONE O NEI PIANI STRATEGICI				PESO DEI FATTORI ESG SULLA REMUNERAZIONE VARIABLE				INCIDENZA DEGLI ESG SULLA QUOTA VARIABLE		INCIDENZA DEI PARAMETRI FINANZIARI SULLA QUOTA VARIABLE	
			COMPENSI 2022 AD (IN €)	COMPONENTE FISSA	MBO	UTI	ALTRO	TOTALE	F	S	G	MBO	UTI	MBO	UTI	TOTAL (%MBO+%UTI)	% FINANZIARI	TOTALE		
1 AZA	5,31	Renato Mazzoncin	999.000	63,6%	18,2%	18,2%	100,0%	•	•	•	•	•	•	30%	4,2%	5,5%	9,6%	26,8%	100,0%	
2 AMPLIFON	7,37	Enrico Vito	4.178.000	27,0%	16,0%	41,0%	100,0%	•	•	•	•	•	•	20%	2,2%	9,0%	11,2%	46,8%	100,0%	
3 BANCA CREDITO ITALIANO	3,70	Mosca Giannaris	1.053.000	27,0%	18,0%	45,0%	100,0%	•	•	•	•	•	•	20%	4,2%	4,2%	8,4%	50,2%	100,0%	
4 BANCA CREDITO ITALIANO	6,51	Giuseppe De Vito	1.831.000	31,0%	31,0%	38,0%	100,0%	•	•	•	•	•	•	20%	6,0%	4,2%	10,2%	50,2%	100,0%	
5 BANCA CREDITO ITALIANO	3,78	Maurizio Piro Legiti	1.711.000	30,2%	21,4%	28,5%	100,0%	•	•	•	•	•	•	18%	3,7%	4,3%	8,0%	41,8%	100,0%	
6 BPER BANCA	4,21	Carlo Rosa	1.741.000	33,0%	23,0%	44,0%	100,0%	•	•	•	•	•	•	10%	2,3%	8,0%	10,3%	59,0%	100,0%	
7 DIASOREN	61,018	Francesco Sturnace	2.598.000	30,0%	30,0%	40,0%	100,0%	•	•	•	•	•	•	35%	15,0%	14,0%	29,0%	41,0%	100,0%	
8 ENEL	46,45	Claudio Descazi	5.824.000	40,0%	20,0%	40,0%	100,0%	•	•	•	•	•	•	20%	4,0%	5,0%	9,0%	56,0%	100,0%	
9 ENI	3,49	Pablo Luigi Merli	1.676.068	40,0%	20,0%	40,0%	100,0%	•	•	•	•	•	•	10%	1,0%	5,0%	6,0%	63,0%	100,0%	
10 ENI	3,49	Paolo Luigi Merli	1.676.068	40,0%	20,0%	40,0%	100,0%	•	•	•	•	•	•	10%	1,0%	5,0%	6,0%	63,0%	100,0%	
11 ENI	3,49	Paolo Luigi Merli	1.676.068	40,0%	20,0%	40,0%	100,0%	•	•	•	•	•	•	10%	1,0%	5,0%	6,0%	63,0%	100,0%	
12 ENI	3,49	Paolo Luigi Merli	1.676.068	40,0%	20,0%	40,0%	100,0%	•	•	•	•	•	•	10%	1,0%	5,0%	6,0%	63,0%	100,0%	
13 ENI	3,49	Paolo Luigi Merli	1.676.068	40,0%	20,0%	40,0%	100,0%	•	•	•	•	•	•	10%	1,0%	5,0%	6,0%	63,0%	100,0%	
14 ITALGAS	4,247	Paolo Gallo	1.000.531	36,0%	19,0%	45,0%	100,0%	•	•	•	•	•	•	25%	4,8%	9,0%	13,8%	50,3%	100,0%	
15 LEONARDO	7,585	Alessandro Profumo	1.681.000	44,0%	29,0%	27,0%	100,0%	•	•	•	•	•	•	10%	2,0%	5,4%	7,4%	47,7%	100,0%	
16 MONCLER	17,705	Renzo Ruffini	2.775.246	30,0%	20,0%	50,0%	100,0%	•	•	•	•	•	•	15%	4,5%	3,9%	8,5%	61,2%	100,0%	
17 NEXI	9,239	Paolo Bernabè	2.032.794	30,3%	30,3%	39,4%	100,0%	•	•	•	•	•	•	20%	4,2%	4,2%	8,4%	55,2%	100,0%	
18 NEXI	9,239	Paolo Bernabè	2.032.794	30,3%	30,3%	39,4%	100,0%	•	•	•	•	•	•	20%	4,2%	4,2%	8,4%	55,2%	100,0%	
19 NEXI	9,239	Paolo Bernabè	2.032.794	30,3%	30,3%	39,4%	100,0%	•	•	•	•	•	•	20%	4,2%	4,2%	8,4%	55,2%	100,0%	
20 NEXI	9,239	Paolo Bernabè	2.032.794	30,3%	30,3%	39,4%	100,0%	•	•	•	•	•	•	20%	4,2%	4,2%	8,4%	55,2%	100,0%	
20 PRESSIONE	1,000	Vigore Baccari	1.000.000	35,0%	12,0%	53,0%	100,0%	•	•	•	•	•	•	20%	2,4%	10,6%	13,0%	52,0%	100,0%	
21 RECORDATI SPA	9,267	Robert Kerecman	1.806.000	31,0%	23,0%	42,0%	100,0%	•	•	•	•	•	•	5%	1,2%	1,2%	2,4%	63,9%	100,0%	
22 SAIPEM	2,977	Alessandro Palli	2.039.000	31,0%	31,0%	38,0%	100,0%	•	•	•	•	•	•	20%	6,2%	7,6%	13,8%	55,2%	100,0%	
23 SNAM	15,439	Stefano Veneri	1.414.000	31,0%	21,0%	48,0%	100,0%	•	•	•	•	•	•	20%	4,2%	9,6%	13,8%	55,2%	100,0%	
24 TELECOM ITALIA	5,915	Pietro Labriola	3.382.000	39,2%	39,5%	21,0%	100,0%	•	•	•	•	•	•	25%	8,7%	4,2%	12,9%	47,6%	100,0%	
25 BERNA	14,331	Stefano Antonio Donati	1.770.144	40,1%	20,0%	39,9%	100,0%	•	•	•	•	•	•	30%	9,5%	12,0%	21,5%	31,4%	100,0%	
26 UNIPOL	3,68	Carlo Cimbi	6.087.000	40,0%	27,0%	33,0%	100,0%	•	•	•	•	•	•	10%	2,7%	6,0%	8,7%	50,7%	100,0%	
CAPITALIZZAZIONE TOTALE	€ 310,58																			
MEDIANA			1.788.371,76	35,00%	23,00%	39,45%	11,00%												50,70%	
MEDIA			3.097.859,21	37,25%	24,45%	37,45%	11,00%												50,37%	
MIN			573.307,00	25,00%	17,80%	6,00%	10,00%												26,75%	
MAX			20.626.750,00	63,60%	39,50%	61,90%	16,00%												64,70%	
% società che utilizzano altri piani remunerativi																				
% società che includono parametri relativi al pillar E																				
% società che includono parametri relativi al pillar S																				
% società che includono parametri relativi al pillar G																				
% società che utilizzano gli indicatori come moltiplicatori di indicatori economico-finanziari nei piani MBO e UTI o non sono presenti indicatori																				
MEDIA SENZA OUTLIER			2.396.303,58																	
MAX SENZA OUTLIER			1.770.743,52																	
MIN SENZA OUTLIER			6.087.000,00																	

Amplifon utilizza i KPI ESG come moltiplicatori degli indicatori (MBO, UTI, SALES E FCF) del piano MBO. Invece, nel Sustainability Value Sharing Plan, i 4 KPI ESG pesano nel complesso il 50%.
 ENI utilizza gli indicatori di sostenibilità come moltiplicatori del numero di azioni attribuiti nell'ambito del piano UTI.
 Le celle in grigio rappresentano l'assenza di obiettivi relativi a quel pillar.
 Le celle in arancione indicano la mancanza di indicatori ESG relativi a quel piano.

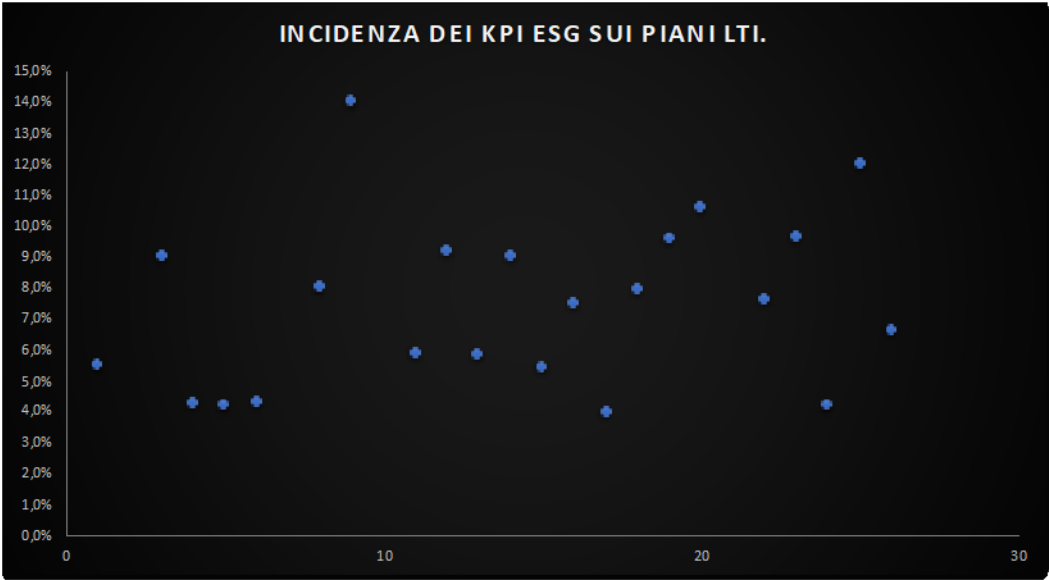
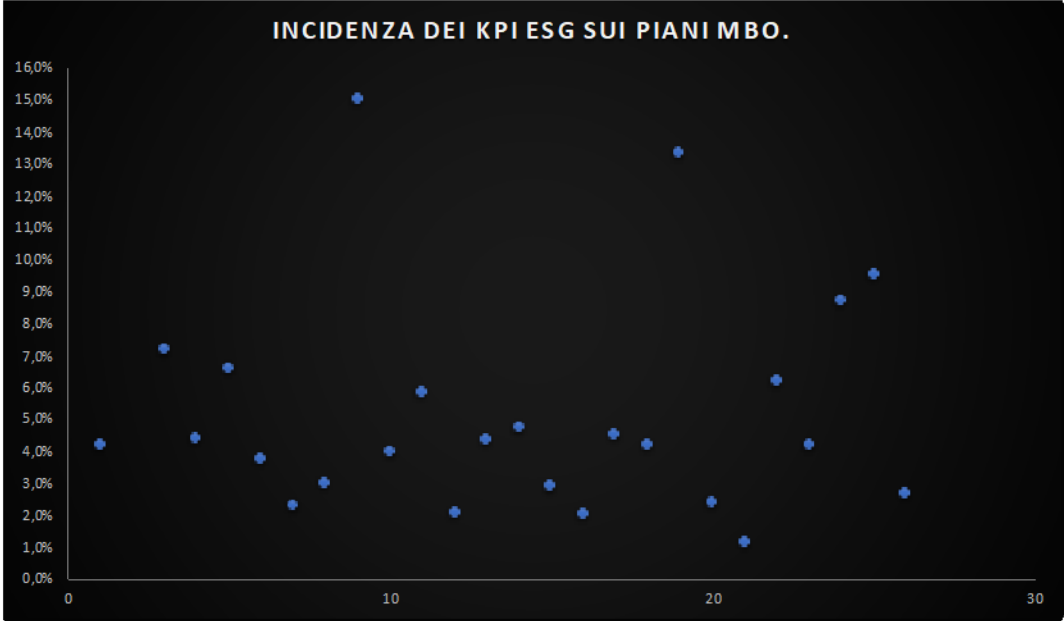
• 1
 * 1

LEGENDA

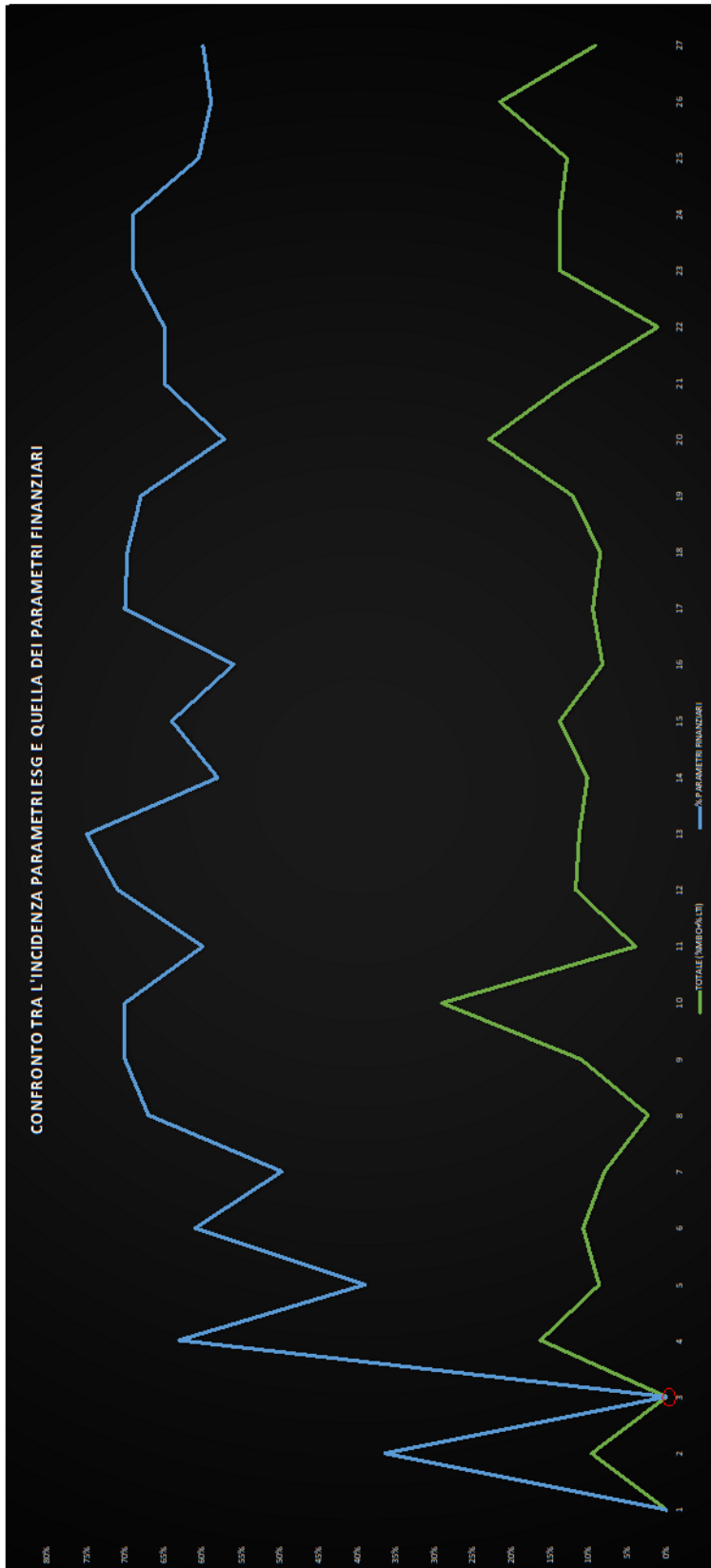
3. **Allegato 3**- Grafici sul peso dei fattori ESG nei piani MBO e LTI.



4. **Allegato 4-** Grafici sull'incidenza dei fattori ESG sui piani MBO e LTI.



5. **Allegato 5-** Confronto tra l'incidenza parametri ESG e quella dei parametri finanziari.





*Compliance Programmes to Prevent 'Fiscal Corruption'. A Public-Private Cooperation Model from The Italian Perspective**
di **ROSSELLA SABIA**

SUMMARY: **1.** INTRODUCTION. – **2.** PREVENTING CORPORATE CORRUPTION AND TAX OFFENCES. THE FUNCTIONS OF COMPLIANCE PROGRAMMES IN THE ITALIAN LEGAL FRAMEWORK. – **3.** TOOLS AND BEST PRACTICES TO BUILD EFFECTIVE COMPLIANCE PROGRAMMES IN THE AREA OF CORRUPTION AND TAX CRIMES. – **4.** CONCLUSION. A POSSIBLE WAY TOWARDS AN INTEGRATED-APPROACH AGAINST 'FISCAL CORRUPTION' IN THE CORPORATE CONTEXT.

Abstract

This article addresses the issue of how to structure an effective corporate compliance programme to prevent 'fiscal corruption', focusing on the Italian experience. The paper will first highlight how corporate compliance programmes provided for by the Legislative Decree No. 231/2001 are framed, with reference to both tax offences and corruption. Then, the 'dynamic' dimension of compliance programmes will be assessed, i.e. the way protocols and standards adopted by corporations to prevent the criminal phenomena at hand work in practice. Finally, this work will analyse the possibility of establishing an effective and useful interoperability between tax and corruption preventive frameworks, in order to set a more integrated system to combat 'fiscal corruption' in the corporate context.

1. Introduction. There is no explicit reference to the concept of 'fiscal corruption'¹ in the Italian legislation. In fact, the phenomena of corruption and tax crimes belong to different legal frameworks and are not directly linked. However, this does not exclude areas of convergence: the working definition of 'fiscal corruption' – by highlighting practices that may jeopardise the public administration function, the lawful and proper functioning of the market and the competition regime – proves useful in marking how these two phenomena can interact and develop into concrete criminal forms, *beyond* the formal boundaries of legal definitions².

* This article is part of the research developed within the project "Vat fraud, *Interdisciplinary Research on Tax crimes in the EU – VIRTEU*" of Coventry University (UK), funded by OLAF (Grant Agreement no. 878619) and directed by Prof. Costantino Grasso.

¹ The notion of fiscal corruption is well-known in the economic literature, based on the consideration that an important area of government where corrupt practices lurk is the assessment and collection of tax revenues. For further references see A. Gullo, *Exploring the Interconnections Between Tax Crime and Corruption: National Report for Italy. VIRTEU*, 2022, para. 1, available at www.corporatecrime.co.uk/virteu-reports.

² A. Gullo, *Exploring the Interconnections Between Tax Crime and Corruption* (*supra* note 1), 7 and 41.

Given this background, this article will focus on criminal compliance strategies to prevent ‘fiscal corruption’ in the business context, with the aim of outlining a path for identifying relevant best practices and methodologies in the Italian scenario.

Corporate compliance³ and internal controls are based, in their overall *rationale*, on risk assessment and risk management. Despite differences depending on the specific matter at stake, they focus on the importance of the ‘virtuous’ collective organisation and on the establishment of preventive operational rules as key factors to cope with multifaceted business risks. Therefore, this contribution is intended to address the question of how to structure compliance programmes to implement an *integrated* system to tackle corruption and tax crimes in corporate environments, i.e. how the internal control measures adopted by companies to manage and mitigate the crime-risk (related to both corruption and tax offences) can be coordinated and function synergically.

To this end, the present work is divided into three main sections.

First, the fundamental features of the Italian system of corporate criminal liability (Legislative Decree No. 231/2001)⁴ are presented, by analysing the imputation mechanisms for holding organisations liable for predicate offences committed in their interest or for their benefit. Also, the importance for companies to be aligned with the regulatory requirements and

³ On this theme, see the recent study by S. Manacorda, F. Centonze (eds.), *Corporate Compliance on a Global Scale: Legitimacy and Effectiveness*, Cham, Springer, 2022.

⁴ The well-established expression ‘corporate criminal liability’ will be conventionally used in this paper. However, it should be clarified that the Italian legislation formally defines the liability of entities – legal persons, companies, associations, even those without legal personality –, pursuant to Legislative Decree No. 231/2001, as ‘administrative’ liability depending on a crime. The Italian Supreme Court has qualified this form of collective liability as a *tertium genus*, somewhere in-between administrative and criminal realms (see Cass. pen., SS.UU., 24 April 2014, No. 38343, *Espenhahn e altri*, commented by R. Bartoli, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso “Thyssenkrupp”*, in *Giur. it.*, 2014, 2566 ff.). Academics, however, are broadly oriented towards considering this system as criminal or, in any case, *punitive* in nature, in the light of some of its provisions (e.g. on limitation period, on merger and demerger, on dismissal of charges by the public prosecutor, etc.) and due to the severity of sanctions, also in the light of the ECHR’ interpretation of *matière pénale*. See G. Lattanzi, P. Severino, *Prevenzione e repressione della criminalità economica e responsabilità delle persone giuridiche*, in G. Lattanzi, P. Severino (eds.), *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, *Diritto sostanziale*, Torino, 2020, XIX.

to have a compliance programme in place to prevent crimes is discussed (Section 2).

The second part of the paper is devoted to the ‘dynamic dimension’ of compliance programmes, in order to examine how such tools are implemented in practice in the private sector to prevent corruption and tax crimes (Section 3). Finally, after reviewing the theoretical and practical grounds concerning the Italian approach to corporate criminal liability, this article proposes ideas for the design of integrated compliance programmes to counter ‘fiscal corruption’ (Section 4).

2. Preventing Corporate Corruption and Tax Offences. The Functions of Compliance Programmes in the Italian Legal Framework.

As is well-known, corporate criminal liability in Italy is regulated by the Legislative Decree No. 231/2001⁵. The basic principles of this statute⁶ establish that entities⁷ can be held liable if their agents – whether managers or mere employees – commit *i*) a predicate offence, *ii*) in the interest or for the benefit of the organisation (objective element of corporate liability), due to *iii*)

⁵ This topic has been extensively discussed by Italian criminal law scholars. For an overview on the Legislative Decree No. 231/2001, *ex multis* see the following books: D. Castronuovo, G. De Simone, E. Ginevra, A. Lionzo, D. Negri, G. Varraso (eds.), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019; G. Lattanzi, P. Severino (eds.), *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I (*supra* note 4); A. Bassi, F. D’Arcangelo, *Il sistema della responsabilità da reato dell’ente. Disciplina e prassi applicative*, Milano, 2020; M. Levis, A. Perini (directed by), *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza a vent’anni dalla sua promulgazione*, Bologna, 2021; D. Piva (ed.), *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, Torino, 2021; L. Cornacchia, E.D. Crespo, *Responsabilità da reato degli enti collettivi. Profili dogmatici e politico-criminali a oltre vent’anni dal d.lgs. 231/2001*, Torino, 2023. For an analysis of the positioning of the Italian model in the European and international context, see C. De Maglie, *Italy*, in J. Gobert, A.M. Pascal (eds.), *European Developments in Corporate Criminal Liability*, London, Routledge, 2011, 252 ff.; A. Fiorella (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, vol. I, *Liability ‘Ex Crimine’ of Legal Entities in Member States*, Napoli, 2012; V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018; R. Sabia, *Responsabilità da reato degli enti e paradigmi di validazione dei modelli organizzativi. Esperienze comparate e scenari di riforma*, Torino, 2022.

⁶ On the structure of corporate criminal liability pursuant to Legislative Decree No. 231/2001, see O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. Lattanzi (ed.), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, II ed., Milano, 2010, 3 ff.

⁷ See *supra* note 4.

an ‘organisational fault’⁸, resulting from the failure to adopt or effectively implement a compliance programme prior to the commission of the crime (subjective element of corporate liability). The latter imputation criterion operates differently depending on whether the predicate offence is committed by a manager (Art. 6) or by an employee (Art. 7).

In the first case, given that managers are the ‘brains’ of the company’s policy, the mechanism for the entity to avoid liability is quite complex and subject to strict requirements: not only should it be assessed that the organisation has adopted and effectively implemented – prior to the commission of the predicate offence – a compliance programme suitable for preventing offences of the type that occurred; other conditions should also be met, i.e. that a supervisory body (*Organismo di Vigilanza*) has been set up to monitor the effectiveness of the compliance programme; that this body has actually played its role; that the management has ‘fraudulently circumvented’ the rules of conduct laid down in the compliance programme⁹.

⁸ On the notion of ‘organisational fault’ in the Italian corporate criminal liability landscape, see C.E. Paliero, C. Piergallini, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 3, 167 ff.; C. Piergallini, *Colpa di organizzazione e impresa*, in M. Donini, R. Orlandi (eds.), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 161 ff.; C.E. Paliero, voce *Colpa di organizzazione e persone giuridiche*, in *Enc. dir., I tematici, Reato colposo*, directed by M. Donini, vol. II, Milano, 2021, 64 ff.; A. Fiorella, A.S. Valenzano, *Colpa dell’ente e accertamento. Sviluppi attuali in una prospettiva di diritto comparato*, Roma, 2016; E. Villani, *Alle radici del concetto di ‘colpa di organizzazione’ nell’illecito dell’ente da reato*, Napoli, 2016; V. Mongillo, *La colpa di organizzazione: enigma ed essenza della responsabilità “da reato” dell’ente collettivo*, in *Cass. pen.*, 2023, 3, 704 ff.

⁹ See Art. 6, para. 1, letter c), Legislative Decree No. 231/2001. On the notion of committing the predicate crime by ‘fraudulently circumventing’ (*eludendo fraudolentemente*) the compliance programme, see in general A.F. Tripodi, *L’elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Padova, 2013. This concept has been also discussed and clarified in the first ruling by the Italian Supreme Court that recognised the ‘suitability’ (*idoneità*) of a compliance programme to prevent crimes: see *Cass. pen.*, Sec. VI, 15 June 2022, No. 23401, para. 11, available at www.sistemapenale.it/it/notizie/cass-2022-23401-impregilo-responsabilita-da-reato-degli-enti, commented by C. Piergallini, *Una sentenza “modello” della Cassazione pone fine all’estenuante vicenda “Impregilo”*, in *Sist. pen.*, 27 June 2022, 1 ff.; E. Fusco, C.E. Paliero, *L’“happy end” di una saga giudiziaria: la colpa di organizzazione trova (forse) il suo tipo*, in *Sist. pen.*, 27 September 2022, 1 ff.; D. Bianchi, *Verso un illecito corporativo personale. Osservazioni “umbratili” a margine d’una sentenza “adamantina” nel “magma 231”*, in *Sist. pen.*, 14 October 2022, 1 ff.; A. Merlo, *Il D.Lgs. 231/01 preso sul serio: la Cassazione scrive l’ultimo capitolo della saga “Impregilo”*, in *Foro it.*, 2022, 11, 669 ff.; F. Centonze, *Il crimine dell’«attore decisivo», i limiti della compliance e la prova «certa» della colpa di organizzazione. Riflessioni a margine della sentenza “impregilo”*, in

On the other hand, in the event of an employee committing a predicate crime, it is easier for the entity to avoid liability, as proof of the adoption and effective implementation of a compliance programme may be sufficient.

In both cases, if the predicate offence is ascertained and the company is prosecuted, the evaluation on the abovementioned requirements – including the one on the compliance programme – is entrusted to the judge during the criminal proceedings.

Therefore, the adoption of a compliance programme to manage, control and mitigate crime-risk is a key factor in the architecture of the Legislative Decree No. 231/2001. First, as seen, because it is the main element for assessing the existence of the organisational fault of the entity; second, because the effective implementation of compliance programmes implies the possibility (subject to judicial evaluation) for the organisation to avoid the '231' liability.

In addition, also the adoption of a compliance programme *ex post* – i.e. after the commission of the predicate crime – could result in multiple benefits¹⁰ for the entity at different stages of the proceedings. These advantages encompass, among others, the exclusion of interdictory/disqualification sanctions¹¹, the suspension of precautionary interdictory measures¹², the

Cass. pen., 2022, 12, 4383 ff.; G. De Simone, *Si chiude finalmente, e nel migliore dei modi, l'annosa vicenda Impregilo*, in *Giur. it.*, 2022, 12, 2758 ff.

¹⁰ P. Severino, *La responsabilità dell'ente ex d.lgs. n. 231 del 2001: profili sanzionatori e logiche premiali*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta (eds.), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. II, Milano, 2018, 1101 ff. For a recent analysis focused on reparation by entities, see M. Colacurci, *L'illecito "riparato" dell'ente. Uno studio sulle funzioni della compliance penalistica nel d.lgs. n. 231/2001*, Torino, 2022.

¹¹ Art. 17 of the Legislative Decree No. 231/2001 provides that without prejudice to the imposition of fines (which are *always* applied in the event of conviction of the entity), interdictory sanctions are not applied when – before the start of the trial of first instance – the following conditions are met: a) the entity provided full compensation for the loss or damage and eliminated all harmful or dangerous consequences of the offence, or otherwise if it took effective action to that end; b) the entity eliminated the organisational shortcomings giving rise to the offence, by adopting and implementing a compliance programme suitable for preventing offences of the type occurring; c) the entity made the profits obtained available for confiscation.

¹² Pursuant to Art. 49, para. 1, Legislative Decree No. 231/2001, precautionary interdictory measures may be suspended if the entity files a motion requesting permission to complete the activities described in Art. 17 (see previous footnote).

conversion of the interdictory sanctions imposed at the conclusion of the criminal trial into a fine¹³. The main difference between *ex ante* and *ex post* adoption of compliance programmes is that, in the latter case, the entity can only obtain a reduction of sanctions, not an exclusion of liability.

Another distinctive feature of the Italian regulation on corporate criminal liability is that – unlike, for example, in some common-law legal systems¹⁴ – corporations cannot be held liable for any crime committed in their interest or to their advantage, but solely for predicate crimes listed in the Legislative Decree No. 231/2001 (Arts. 24 ff.). Hence, only offences included in this ‘closed list’ can trigger corporate criminal liability.

The Italian legislator’s rationale for this choice was to simplify the process of creating compliance programmes by corporations, especially in the Decree’s initial years, and to alleviate their burden in terms of self-policing and self-organization. The legal requirement for entities, then, was to build preventive rules limited to a few specific offences – in principle, those most frequently committed in the corporate context¹⁵.

Over time, this closed list of predicate crimes has undergone various updates and revisions. These reforms have not always followed a consistent approach¹⁶, insofar as the Italian legislator has included offences that do not fit the definition of ‘white collar crime’, such as terrorist offences or female genital mutilation practices; while for many years, typical forms of corporate criminality – such as, namely, tax crimes – have been excluded.

¹³ Art. 78 of the Legislative Decree No. 231/2001 states that also in the enforcement phase of the proceedings, any entity which is late in taking action as per Art. 17 may apply to obtain the conversion of the interdictory sanction into a fine.

¹⁴ Such as in the United Kingdom, where only limited offences, such as perjury, bigamy and treason are excluded. See *Halsbury’s Laws of England*, V ed., 2019, vol. 24(7), para. 582 (Liability of corporation), available at www.lexisnexis.co.uk.

¹⁵ For a discussion on the initial legislative option for a ‘minimalistic’ catalogue of predicate offences, see G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro (directed by), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2008, 261 ff.

¹⁶ G. Amarelli, *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n.231/2001 quindici anni dopo. Tracce di una razionalità inesistente*, in *Legisl. pen.*, 23 May 2016, 1 ff.

In this respect, the ‘history’ of corruption and tax offences as ‘231’ predicate crimes is very different¹⁷. On the one hand, since the entry into force of the Legislative Decree No. 231/2001, corruption offences have always been included in the catalogue of predicate crimes for corporate criminal liability, albeit the relevant provision (Art. 25) has been subject to modifications (with respect, for example, to the inclusion of the crime of trading in influence in 2019)¹⁸.

After all, one of the primary drivers that led to the introduction of the ‘Decree 231’ in the Italian legal system, thereby overcoming the traditional dogma *societas delinquere non potest*, was the need for Italy to conform to supranational obligations in the area of the fight against corruption¹⁹, which required to provide for liability of legal persons. Therefore, it could be inferred that there exists a ‘genetic link’ between corporate criminal liability and corruption in Italy.

On the other hand, it was not until 2019 that tax offences were included among the predicate crimes²⁰ of Legislative Decree No. 231/2001 (Art. 25-

¹⁷ A. Gullo, *Exploring the Interconnections Between Tax Crime and Corruption* (supra note 1), para. 2.

¹⁸ On this topic see A. Gullo, *I reati contro la Pubblica Amministrazione e a tutela dell'autorità giudiziaria*, in G. Lattanzi, P. Severino (eds.), *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I (supra note 4), 426 ff.; V. Mongillo, *La legge “Spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell’anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 5, 304 ff. See also the comments by V. Valentini, *Sub art. 25*, in D. Castronuovo, G. De Simone, E. Ginevra, A. Lionzo, D. Negri, G. Varraso (eds.), *Compliance* (supra note 5), 519 ff.; D. Piva, *Sub art. 25*, in M. Levis, A. Perini (directed by), *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza a vent’anni dalla sua promulgazione* (supra note 5), 632 ff.

¹⁹ For an illustration see G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche* (supra note 15), 119 ff.

²⁰ See Law No. 157/2019. On the impact of the introduction of tax crimes in the ‘231’ catalogue, see the several contributions published in the special section of *Sistema penale*, No. 7/2020, linked to the webinar “Tax compliance, responsabilità degli enti e reati tributari. Una riflessione alla luce della legge 157/2019” organised by the Department of Law of Luiss University and Luiss School of Law on 15 May 2020. See also R. Bartoli, *Responsabilità degli enti e reati tributari: una riforma affetta da sistematica irragionevolezza*, in *Sist. pen.*, 2020, 3, 219 ff.; M. Bellacosa, *I reati tributari e i reati di contrabbando*, in G. Lattanzi, P. Severino (eds.), *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I (supra note 4), 611 ff.; S. Finocchiaro, *In vigore la “riforma fiscale”: osservazioni a prima lettura della legge 157/2019 in materia di reati tributari, confisca allargata e responsabilità degli enti*, in *Sist. pen.*, 7 January 2020, 1 ff.; G. Flora, *Dalla “spazza corrotti” alla “spazza evasori”. brevi note critiche sulle recenti innovazioni legislative in materia di reati tributari*, in *Rass. trib.*, 2020, 1, 252 ff.; P. Ielo, *Responsabilità degli enti e reati tributari*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2020, 1, 9 ff.; D. Piva, *Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel (ancorché non di) sistema*, in *Dir. pen. cont. – Riv.*

quinqüesdecies), with the legislator implementing Directive (EU) 2017/1371 on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law at a domestic level. Indeed, the question of whether including tax crimes among the predicate crimes of corporate criminal liability had been the subject of extensive debate among scholars and institutional actors.

The main concern was that the company, in the event of a breach of tax law, would in any case directly face administrative tax sanctions²¹; providing for an (additional) system of corporate criminal liability for tax offences could entail the risk of violating the *ne bis in idem* principle²² pursuant to Art. 4 of Protocol No. 7 of the European Convention on Human Rights and Art. 50 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. However, it has been suggested that such a risk could be avoided if the requirements laid down by the European Courts²³ were met in order to legitimate the application of a double-track sanctioning regime; and, in any case, the inclusion of tax offences in the 'Decree 231' was deemed entirely appropriate, as they are among the most significant forms of corporate criminality.

The latter position ultimately succeeded, and tax offences became part of the closed list of predicate crimes that can trigger corporate criminal liability.

trim., 2020, 3, 275 ff.; P. Veneziani, *Problemi attuali in tema di responsabilità dell'ente da reato tributario*, in *Cass. pen.*, 2020, 9, 3086 ff.; A. Perini, S. Ronco, *Considerazioni in tema di estensione della responsabilità da reato dell'ente agli illeciti di matrice tributaria: criticità attuali e prospettive di sviluppo*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2021, 2, 43 ff.; F. Mucciarelli, *I reati tributari nel 'catalogo 231'. Un nuovo (ma imperfetto) strumento di contrasto alla criminalità d'impresa*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2022, 1, 195 ff.; S. Metrangolo, *Gli illeciti penali tributari nel prisma della responsabilità da reato della societas*, in *Cass. pen.*, 2022, 12, 4401 ff.

²¹ See Art. 11 of the Legislative Decree No. 472/1997 and Art. 7 of the Decree Law No. 269/2003 (depending on whether the entity has legal personality or not).

²² *Ex multis*, see for critical remarks I. Caraccioli, *Reati tributari e responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, 1, 155 ff.; A. Ingrassia, S. Cavallini, *Brevi riflessioni sulla relazione tra il d.lgs. 231/2001 e i reati tributari: poenae non sunt multiplicanda sine necessitate*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2016, 3, 109 ff. For a focus on the *ne bis in idem* issue in this matter, see A.F. Tripodi, *L'ente nel doppio binario punitivo. Note sulla configurazione metaindividuale dei doppi binari sanzionatori*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2020, 4, 124 ff.; F. Mucciarelli, *Ne bis in idem, sanzioni tributarie e responsabilità dell'ente*, in *Sist. pen.*, 25 November 2023, 1 ff.

²³ See ECtHR, 15 November 2016, *A and B v Norway* [GC], App. No. 24130/11 and 29758/11; CJEU, 20 March 2018, case C-524/15, *Menci*.

Moreover, it is important to highlight, as anticipated, that one of the key objectives of the Italian legislation on corporate criminal liability is to encourage corporations to play a proactive role in preventing corporate crime; traditionally, this has been the sole responsibility of public authorities. This idea marks a noteworthy paradigm shift, in which criminal law enforcement no longer focuses mainly on repression, but also on prevention activities²⁴ entrusted to corporations, given that they generate, or are closer to, the expected risks. This regulatory strategy is developed with a view to achieving a public-private partnership²⁵ – where entities are requested to self-organise and self-regulate to protect collective and individual interests, ranging from crime prevention to areas such as human rights, privacy, consumer rights etc. – which is now adopted in many legal systems.

In Italy, this approach was embraced from the very beginning for corruption offences²⁶, but was then considered valid for tax crimes as well. Although, as said, the ‘regulatory path’ leading to holding corporations liable for corruption and tax offences was very different for the two cases, since tax offences have been included in the scope of the ‘Decree 231’ compliance programmes have become the primary tool for corporations to prevent both types of offences – and to avoid, or at least, mitigate the associated criminal consequences. This has resulted in the need to draft specific preventive protocols within compliance programmes to address both corruption and tax offences. Therefore, for the purposes of this contribution, the interesting aspect is to assess to what extent such practices can be combined and applied more effectively so as to tackle – not only the two crimes as formally separate but –, in a more holistic sense, the phenomenon of ‘fiscal corruption’,

²⁴ See G. Lattanzi, P. Severino, *Prevenzione e repressione della criminalità economica e responsabilità delle persone giuridiche* (supra note 4), *passim*.

²⁵ F. Centonze, *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei “compliance programs” nell'ordinamento italiano*, in *An. giur. ec.*, 2009, 2, 219 ff.

²⁶ P. Severino, *Legalità, prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione*, in *Arch. pen. web*, 2016, 3, 1 ff.

i.e. by capturing the criminological connections between corruption and tax crimes.

It seems useful to begin this analysis by presenting the state-of-the-art of methodologies, sources and best practices related to the design of corporate compliance programmes for corruption and tax crimes prevention.

3. Tools and Best Practices to Build Effective Compliance Programmes in the Area of Corruption and Tax Crimes. The Italian legislator, as mentioned, has placed the compliance programme²⁷ at the heart of the enforcement system of the Legislative Decree No. 231/2001 on corporate criminal liability. Nevertheless, this regulation only provides for general instructions on the structure and objectives of the compliance programme (Arts. 6 and 7), lacking detailed guidance on the contents/concrete types of rules to be adopted to prevent the predicate crimes²⁸.

This is partially connected to the idea that each entity should build its own compliance programme based on a 'tailor-made' approach (i.e. taking into account its specific features, its governance system, the market in which it operates, etc.)²⁹; but, as a consequence, private sector's actors had to

²⁷ On compliance programmes in the Italian corporate criminal liability system, see C. Piergallini, *La struttura del modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio-reato*, in G. Lattanzi (ed.), *Reati e responsabilità degli enti* (supra note 6), 153 ff.; Id., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale. Dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lg. n. 231/2001. Parte I*, in *Cass. pen.*, 2013, 1, 376 ff. and *Parte II*, in *Cass. pen.*, 2013, 3, 842 ff.; S. Manacorda, *La dinamica dei programmi di compliance aziendale: declino o trasfigurazione del diritto penale dell'economia?*, in *Soc.*, 2015, 4, 473 ff.; A. Gullo, *I modelli organizzativi*, in G. Lattanzi, P. Severino (eds.), *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I (supra note 4), 241 ff.

²⁸ Art. 6, para. 2, Legislative Decree No. 231/2001 requires that compliance programmes must: a) identify the activities in relation to which offences may be committed; b) provide for specific protocols aimed at planning the formation and implementation of decisions by the entity regarding offences to be prevented; c) identify procedures for managing financial resources suitable for preventing the commission of offences; d) provide for obligations to disclose information to the supervisory body; e) introduce a disciplinary system to punish noncompliance with the measures set out in the programme. Para 2-bis of the same article states that compliance programmes should provide also for a whistleblowing system, pursuant to Directive (EU) 2019/1937 on the protection of persons who report breaches of Union law.

²⁹ A. Gullo, *I modelli organizzativi* (supra note 27), 253.

search elsewhere, outside 'Decree 231' provisions, to identify the best practices to be adopted to prevent corruption and tax crimes.

As far as corruption is concerned, it must be acknowledged that in recent years there has been an increasing spread of advanced (and now, widely accepted) instruments and methodologies to prevent the risk of corruption within organisations³⁰.

On the one hand, in fact, private soft law (ISO 37001:2016³¹ can be mentioned in this respect, or the guidelines provided by trade associations)³² has always played a strategic role in the area of anti-corruption, given that it enables entities to set up their internal procedures and controls to comply with established and shared standards (which focus on comprehensive risk assessment and management activities, as well as on the periodic review of the effectiveness of the measures adopted, also with a view to their updating). In this context, compliance can be also 'certified' by the competent bodies.

On the other hand, public soft law (adopted by enforcement authorities) has provided corporations with important indications on how to build anti-corruption compliance programmes. Reference can be made to guidelines published by various agencies – among others, the US Department of Justice

³⁰ E.g. OECD, UNODC, World Bank, *Anti-corruption Ethics and Compliance Handbook for Business*, available at www.oecd.org/corruption/anti-corruption-ethics-and-compliance-handbook-for-business.htm, 2013; United Nations Global Compact, *A Guide for Anti-corruption Risk Assessment*, available at www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/Anti-Corruption/RiskAssessmentGuide.pdf, 2013; OECD, *Corporate Anti-corruption Compliance Drivers, Mechanisms, and Ideas for Change*, available at www.oecd.org/daf/anti-bribery/Corporate-anti-corruption-compliance-drivers-mechanisms-and-ideas-for-change.pdf, 2020. On this topic, see also the book by S. Manacorda, F. Centonze, G. Forti (eds.), *Preventing Corporate Corruption. The Anti-bribery Compliance Model*, Cham, Springer, 2014.

³¹ M. Pansarella, C. Pambianco, *UNI ISO 37001:2016 – L'integrazione con i Modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001 e con i piani anticorruzione ex legge 190/2012*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2017, 2, 297 ff.; G. Tartaglia Polcini, P. Porcelli, *Profili giuridico/funzionali della nuova UNI ISO 37001/2016 sui sistemi di gestione per la prevenzione della corruzione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2017, 2, 9 ff.

³² See for instance the Guidelines made by Confindustria, the main association representing companies in Italy (*Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 – Parte generale e Appendice Case Study*, updated in 2021), available on [Confindustria website](http://www.confindustria.it).

and the UK Serious Fraud Office³³ in general, as well as the Italian National Anti-corruption Authority (ANAC) and French Anti-corruption Authority (AFA)³⁴, specifically on anti-corruption. Their aim is to foster the dialogue and strengthen the partnership between the public and private sectors in preventing corruption.

The analysis of the relevant abovementioned sources shows that some of the main areas where the greatest attention should be paid in the drafting of preventive anti-corruption policies are: staff recruitment; sponsorships and donations; organisations' departments that have direct relations with the public sector, also to obtain licenses and funding; procurement; relations with third parties (e.g. advisory, joint ventures, etc.)³⁵.

Among the targeted rules to prevent corruption that can be adopted by organisations the following, *inter alia*, can be mentioned: providing for transparent procedures (including the use of external specialised companies) in analysing the CVs of candidates when recruiting staff; establishing an annual budget for sponsorships, as well as preventive and *ex post* checks on those awarded; identifying the persons responsible for relations with the

³³ See U.S. Department of Justice, Criminal Division, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, available at www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501, 2020 (see also the update in January 2023 to the *Criminal Division Corporate Enforcement and Voluntary Self-Disclosure Policy*); Serious Fraud Office, *Evaluating a Compliance Programme*, available at www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/guidance-for-corporates/evaluating-a-compliance-programme/, 2020.

³⁴ See ANAC, *Nuove linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici* (Determinazione No. 1134 of 8 November 2017), available at www.anticorruzione.it/-/determinazione-n.-1134-del-08/11/2017; AFA, *Recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme*, available at www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr/recommandations, 2020. See also the recent *Presentation of Various Regulatory Frameworks for Promoting Business Integrity Across the World*, May 2023, and the various thematic guidelines (on corporate anti-corruption compliance function, anti-corruption due diligence for mergers and acquisitions, prevention of breaches of probity for sports federations, internal anti-corruption investigations, etc.) published on the AFA website.

³⁵ A. Gullo, *I reati contro la Pubblica Amministrazione e a tutela dell'autorità giudiziaria* (*supra* note 18), 442 f.; Confindustria, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, Appendice Case Study* (*supra* note 32) 37 ff.

public administration (including the tax administration), and organising training programmes for them; the provision of mechanisms for employees turnover and the division of functions and powers (considering that the greater the discretionary power of an individual manager/employee in the procedure, the greater the risk of crimes being committed); providing for specific due diligence programmes with respect to third parties, to verify the reputation and reliability of advisors and suppliers and to prevent any possible conflict of interest³⁶. In addition, the instruments for controlling and handling financial flows are key.

Moreover, especially in the anti-corruption sector, new technologies (such as AI software for data analysis and blockchain) offer great help to organisations³⁷ to identify, through the extraordinary computational capabilities of sophisticated IT compliance tools, risks and red flags that would otherwise not be identifiable through the ‘human’ analysis of corporate data. This way, corporate decision-making processes could be made more transparent, and consequently the commission of wrongdoings becomes more difficult.

On the other hand, with regard to best practices for the prevention of tax offences – despite their inclusion in the closed-list of ‘Decree 231’ as recently as 2019 – there are various sources that entities can rely on to build effective compliance programmes.

Indeed – apart from the connections with corporate criminal liability issues discussed in the Italian legal panorama – tax compliance has long

³⁶ A. Gullo, *I reati contro la Pubblica Amministrazione e a tutela dell'autorità giudiziaria* (supra note 18), 443-445.

³⁷ E. Birritteri, *Big Data Analytics e compliance anticorruzione. Profili problematici delle attuali prassi applicative e scenari futuri*, in *Dir. Pen. cont.– Riv. trim.*, 2019, 2, 290 ff.; N. Selvaggi, *Dimensione tecnologica e compliance penale: un'introduzione*, in L. Luparia, L. Marafioti, G. Paolozzi (eds.), *Dimensione tecnologica e prova penale*, Torino, 2019, 217 ff.; R. Sabia, *Artificial Intelligence and Environmental Criminal Compliance*, in *RIDP*, 2020, 1, 179 ff.; C. Burchard, *Digital criminal compliance*, in M. Engelhart, H. Kudlich, B. Vogel (eds.), *Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention. Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag*, II, Berlin, Duncker & Humblot, 2021, 741 ff.; A. Nisco, *Riflessi della compliance digitale in ambito 231*, in *Sist. pen.*, 14 March 2022, 1 ff.; G. Morgante, G. Fiorinelli, *Promesse e rischi della compliance penale digitalizzata*, in *Arch. pen. web*, 2022, 2, 1 ff.; L. D'Agostino, *Criminal compliance e nuove tecnologie*, in *Dir. Pen. cont.– Riv. trim.*, 1, 2023, 1 ff.

been placed at the centre of corporate risk management strategies at international level, also taking into account the administrative sanctions that, as mentioned, can be applied to legal entities that violate tax regulations.

The main traditional tax crimes preventive measures implemented in the private sector include: the division of roles and responsibilities in corporate procedures aimed at submitting the corporate income tax declaration, providing for systems to verify the completeness and correctness of the data submitted; the verification of the effective existence of the transactions and services indicated in the invoices issued; the signing, by the corporate representatives responsible for submitting the corporate income tax declaration, of an affidavit as to the truthfulness and correctness of the data submitted; the setting up of an electronic storage system for tax documents to ensure their preservation and constant traceability³⁸. As in the case of corruption, procedures for managing and monitoring the corporate financial flows prove essential also for the prevention of tax offences, and also AI applications could be a valuable assistance³⁹.

However, the most important indications for Italian corporations come directly from the law: the Legislative Decree No. 128/2015, also in line with the strategies suggested by international bodies⁴⁰, ensure the possibility of adopting the Tax Control Framework, a public-private cooperative compliance system⁴¹.

³⁸ See M. Bellacosa, *I reati tributari e i reati di contrabbando* (supra note 20), 630.

³⁹ For an overview of AI applications in tax law matters, see A. Fidelangeli, F. Galli, *The Use of AI Technologies In the Tax Law Domain: An Interdisciplinary Analysis*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2022, 1, 118 ff.

⁴⁰ See OECD, *Co-operative Compliance: a Framework. From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance*. www.oecd.org/publications/co-operative-compliance-a-framework-9789264200852-en.htm, 2013; OECD, *Co-operative Tax Compliance. Building Better Tax Control Frameworks*, www.oecd.org/publications/co-operative-tax-compliance-9789264253384-en.htm, 2016. See also the *Recommendation on the Ten Global Principles for Fighting Tax Crime*, adopted by the OECD Council meeting at Ministerial level on 10 June 2022 and aimed at providing guidance to States in devising or updating their national strategies for addressing tax crime.

⁴¹ C. Melillo, "Regime di adempimento collaborativo" e monitoraggio del rischio fiscale: incentivi, semplificazioni e oneri, in *Dir. prat. trib.*, 2015, 6, 963 ff.; G. Melis, *Tax compliance e reati tributari*, in *Rass. trib.*, 2017, 3, 751 ff.; Id., *La cooperative compliance: una visione di sistema*, in *Dir. prat. trib.*, 2023, 2, 351 ff.; G.L. Gatta, *I profili di responsabilità penale nell'esercizio della corporate tax governance*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1 ff.; E. Macario, *Il 'Tax*

This regulation provides that entities with given turnover or revenue⁴² may be admitted to the cooperative compliance system that allows the organisation to assess, together with the public tax authority (*Agenzia delle Entrate*), prior to the submission of tax declarations “[...] the situations likely to generate tax risks [...] through forms of constant and preventive dialogue on factual elements, including the possibility of the anticipation of control”⁴³.

The core aspect and great advantage of this system lie in the possibility granted to the corporation to have a ‘confrontation’ with the enforcement authority *before* submitting the tax declaration and, therefore, before the public control activities that might lead to the imposition of sanctions against the legal person. Joining such a regime, entities can make use of a “[...] shortened procedure of prior enquiry regarding the application of tax provisions to concrete cases, in relation to which the taxpayer perceives tax risks”⁴⁴, thus requesting a prior opinion to the tax authority.

The legislator also defines the essential requirements of the Tax Control Framework, describing it as “[...] an effective integrated system for the detection, measurement, management and control of tax risk, set in the context of the integrated system of corporate governance and internal control”

Control Framework’ fattore chiave del nuovo paradigma dei rapporti Fisco-contribuente, in *Corr. trib.*, 2023, 3, 445 ff.; G. Marino, R. Moro, *Proposte normative per valorizzare gli istituti della “cooperative compliance”, del “tax control framework”, del ravvedimento operoso e per l’istituzione di un “bollino verde”*, in *Dir. prat. trib.*, 2023, 3, 961 ff.

⁴² Previously, this regime was basically reserved to larger resident and non-resident entities having a permanent establishment in Italy with a total turnover or operating revenues of no less than 1 billion euros (but the threshold had been already lowered in 2022). The recent tax reform brought by Legislative Decree No. 221/2023 has further expanded the cases of access to this regime, with a gradual progression in the coming years (as the turnover or revenue threshold is set at 750 million euros from 2024, 500 million from 2026 and 100 million from 2028: see Art. 7, para. 1-*bis*, Legislative Decree No. 128/2015). This regime is available also in other cases, e.g. it can be accessed, regardless of such thresholds and if they meet all the other requirements established by the legislation, by taxpayers in the context of the procedure set by Art. 2, Legislative Decree No. 147/2015 (*interpello sui nuovi investimenti*); in addition, it is very interesting to note that, with the aim of strengthening this preventive dialogue between the taxpayers and the tax authority, also an *optional regime* for adopting such tax risk control system has been introduced, available for taxpayers who do not meet the requirements to join the cooperative compliance regime (see Art. 7-*bis*, Legislative Decree No. 128/2015).

⁴³ See Art. 6, para. 1, Legislative Decree No. 128/2015.

⁴⁴ Art. 6, para. 2, Legislative Decree No. 128/2015.

which must ensure “[...] a) a clear allocation of roles and responsibilities to the different sectors of the organisation [...] in relation to tax risks; b) effective procedures for the detection, measurement, management and control of tax risks, compliance with which must be ensured at all levels of the company; c) effective procedures to remedy any failures found in its functioning and to activate necessary corrective actions; c-bis) a mapping of tax risks related to business processes”⁴⁵.

Hence, this regulation brings positive effects that can be summarised as follows: it gives corporations important instructions on how to build rules for the prevention of tax law violations, which become useful also in terms of preventing tax crimes; in the logic of an effective public-private partnership, it provides for a preventive intervention by the public enforcement authority (rather than, as is normally the case, only afterwards and with the possible imposition of sanctions) in supporting the corporation to manage the tax risk and in assessing whether the measures adopted are appropriate⁴⁶; and following the latest tax reform brought by Legislative Decree No. 221/2023, for subjects joining the cooperative compliance regime, the benefits – in terms of exclusion or reduction of penalties – have been extended.

In fact, it is provided that no administrative sanctions are applicable to such taxpayers who – prior to the submission of tax declarations or before the expiry of the relevant tax deadlines – communicate to the public tax authority “in a timely and exhaustive manner [...] the tax risks”, given that the conduct is exactly corresponding to that represented with the communication, and with the exclusion of cases of tax violations characterised by simulation or fraud⁴⁷.

Furthermore, administrative penalties are reduced by half, and in any case they cannot be applied in excess to the minimum, when the corporation

⁴⁵ See Art. 4, para. 1, Legislative Decree No. 128/2015, as amended by Legislative Decree No. 221/2023. Moreover, according to this latest reform, the system of detection, measurement, management and control of tax risk should be compliant with the guidelines adopted by the tax authority (*Agenzia delle Entrate*) and it should be certified by independent professionals registered as lawyers or qualified accountants.

⁴⁶ M. Bellacosa, *L'inserimento dei reati tributari nel “sistema 231”: dal rischio di bis in idem alla implementazione del modello organizzativo*, in *Sist. pen.*, 2020, 7, 143 f.

⁴⁷ Art. 6, para. 3, Legislative Decree No. 128/2015.

adopts a conduct referred to a non-significant tax risk included in the risk map; also, the timely communication of tax risks connected to conduct carried out prior to joining the cooperative compliance regime – but before having formal knowledge of any administrative assessment activity or criminal investigations on the risks communicated – may result in the same reduction in penalties⁴⁸. Under specific conditions, a cause of non-punishability is also foreseen in relation to the crime of unfaithful declaration (Art. 4, Legislative Decree No. 74/2000)⁴⁹.

Having said that, it should be noted that several differences emerge between the adoption of the Tax Control Framework (Legislative Decree No. 128/2015) and that of the compliance programme (Legislative Decree No. 231/2001). Indeed, the former is aimed at companies with specific 'size' requirements, whereas 'Decree 231' does not distinguish between large and medium-sized or small companies; also, the Tax Control Framework is concerned with preventing any violation of tax law – not only those that also constitute proper tax crimes – and it does not require the entity to establish a monitoring body (such as the supervisory body referred to in Art. 6, Legislative Decree No. 231/2001)⁵⁰.

Nevertheless, even if the prevention of corporate tax crimes is not the main objective of the Tax Control Framework, it can still be very useful in this respect, given that adequate procedures to ensure compliance with tax legislation and to manage the risk arising from aggressive tax planning can also help tackling such forms of crime⁵¹. Also, it is good to mention again the

⁴⁸ Art. 6, paras. 3-*bis* and 3-*ter*, Legislative Decree No. 128/2015.

⁴⁹ Art. 6, para. 4, Legislative Decree No. 128/2015.

⁵⁰ See A. Gullo, *Exploring the Interconnections Between Tax Crime and Corruption* (*supra* note 1), 32; M. Bellacosa, *I reati tributari e i reati di contrabbando* (*supra* note 20), 629; P. Ielo, *Responsabilità degli enti e reati tributari* (*supra* note 20), 16; P.M. Sabella, *Tax cooperative compliance, reati tributari e responsabilità dell'ente. Prove di cooperazione fra pubblico e privato nella gestione del rischio fiscale*, in A. Gullo, V. Militello, T. Rafaraci (eds.), *I nuovi volti del sistema penale fra cooperazione pubblico privato e meccanismi di integrazione fra hard law e soft law*, Milano, 2021, 153 ff.

⁵¹ In view of the integrated approach in relation to control systems for tax compliance purposes, see Confindustria, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, Parte generale* (*supra* note 32), 43 ff.

possibility of a preventive intervention of the tax authority in assessing the general effectiveness of the tax planning and control system implemented by the corporation. This preventive assessment by the tax authority remains separate from that – eventual and linked to the commission of a predicate crime – which is made by the criminal judge with respect to the compliance programme.

However, a possible intersection emerges. It is undeniable that the positive assessment given by the tax authority strengthens the effectiveness of the compliance system adopted by the corporation. Then, it is difficult to imagine that, if a tax crime is committed (according to the requirements set by the Legislative Decree No. 231/2001), the criminal judge called to evaluate the organisational fault of the concerned corporation will disregard the existence of a preventive assessment by the tax authority.

Indeed, the lack of formal coordination mechanisms between the two frameworks (since, as explained, the related requirements are different) could be seen as a critical issue⁵²; and in general the relationship between Tax Control Framework and compliance programmes has been very debated, since tax crimes were included in the catalogue of ‘231’ predicate crimes. This is expressed, to some extent, also in the Memorandum No. 216816 of 2020 by the Italian financial police (*Guardia di Finanza*), providing that police officers must take into account the tax authority’ assessment concerning the Tax Control Framework of a given corporation during criminal investigations concerning that entity⁵³.

4. Conclusion. A Possible Way Towards an Integrated-Approach Against ‘Fiscal Corruption’ in the Corporate Context. The previous sections of this paper have discussed the importance of compliance

⁵² See P. Severino, *Fiscalità e competitività ai tempi del PNRR*, in *Rass. trib.*, 2022, 2, 470; G. Marino, R. Moro, *Proposte normative per valorizzare gli istituti della “cooperative compliance”* (*supra* note 41), 968 f.

⁵³ A. Gullo, *Exploring the Interconnections Between Tax Crime and Corruption* (*supra* note 1), 32; P.M. Sabella, *Tax cooperative compliance, reati tributari e responsabilità dell’ente* (*supra* note 50), 156.

programmes in the Italian system of corporate criminal liability, as well as the types of preventive policies that entities can adopt to prevent corruption and tax crimes. It is now possible to examine how corporations can implement more integrated systems for preventing the two phenomena in question, thus coordinating measures to combat ‘fiscal corruption’.

In fact, the studies carried out show that many of the protocols and procedures structured for the prevention of corruption on the one hand and the prevention of tax offences on the other are often similar and overlapping in terms of objectives, methodologies and the content of operational rules⁵⁴.

Therefore, organisations should adopt a more comprehensive and organic approach to criminal compliance in these sectors, given that corruption and tax crimes can be closely interconnected criminal behaviours: it has been said that these ‘entanglements’ can arise, for example, in relation to the risk of bribing public officials of the tax administration, but also in cases where the commission of tax crimes may be the first step of a criminal plan leading to the conclusion of a corrupt agreement⁵⁵.

Given this premise, the next step is to try to identify the main areas of integration of corporate policies and measures that can effectively contribute to the prevention objective.

A first area may concern the corporate decision-making process. In fact, companies are required to build compliance programmes that clearly define the roles associated with the different activities and internal procedures, with an appropriate horizontal and vertical distribution of powers and responsibilities in assessing compliance with tax legislation and in dealing with the public tax administration. This will ensure cross-checking between the persons in charge of these functions within the corporate departments, in order to prevent possible conflicts of interest and misconduct, that may be a

⁵⁴ See Deloitte, *Reati tributari e modello 231 – Gestione del rischio fiscale in azienda*, available at www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/it/Documents/tax/Reati%20Tributari_Mod231_NET_sett_Deloitte.pdf, 2020.

⁵⁵ See A. Gullo, *Exploring the Interconnections Between Tax Crime and Corruption* (*supra* note 1), para. 1.

pre-condition for corruption. In designing such procedures, the regulatory requirements for the implementation of the Tax Control Framework will certainly be a point of reference, to be complemented, where necessary, by best practices related to the management of corporate anti-corruption procedures (e.g., with respect to the provision of a monitoring supervisory body pursuant to 'Decree 231').

In the enactment of such preventive rules, as mentioned⁵⁶, new technologies have enormous potential, allowing business processes to be significantly speeded up, made safer and overall improved. Blockchain is an example, as it can make corporate decision-making transparent and constantly tracked, while also guaranteeing the authenticity of recorded data (which cannot be modified). Among other applications, scholars have highlighted the possibility of setting up a blockchain with centralised governance of network access attributed to management, where the various 'nodes' of the chain are also made up of the entity's control bodies, and where, through smart contracts, the automated implementation of crime prevention policies can be envisaged when the conditions are met⁵⁷.

A second integration strategy could address the management of the financial flows of the company. As seen, this type of rules is essential to prevent both tax crimes and corruption: thus, the provision of integrated management of all corporate financial flows could be very useful, also to avoid a duplication of requirements and over-complication of compliance programme procedures. In this way, it is possible to ensure that – according to a 'by design' rationale – any act of disposal of company assets is carried out in accordance with the established protocols of crime-prevention.

A third possible mode of integration may refer to the setting up of books and records and IT archives for all relevant data (relating to corporate decision-making processes, management of financial flows, etc.). In

⁵⁶ See *supra* para. 3.

⁵⁷ A. Gullo, *I modelli organizzativi* (*supra* note 27), 287; G. Soana, *Corporate compliance integrata e blockchain*, in L. Lupária Donati, G. Vaciago (eds.), *Compliance 231. Modelli organizzativi e OdV tra prassi applicative ed esperienze di settore*, Milano, 2022, 321 ff.

particular, the use of big data analytics software could make it possible to identify anomalous behaviours in real time, so that the necessary corrective action can be taken and the compliance system improved, including through the advanced learning capabilities of these systems.

This is of course a non-exhaustive list, but the above suggestions already make it clear that today it is not only possible (also thanks to ‘new tech’ tools too), but also desirable for companies to build an integrated compliance⁵⁸, aiming at common procedures that guarantee efficiency and streamlining, and that do not lead to overlapping of roles (or lack of safeguards), duplication of controls and corrective actions⁵⁹. This serves the dual purpose of complying with the various regulations that require entities to operate in accordance with a risk assessment and risk management-oriented approach (minimising the risk of suffering legal and reputational sanctions), and tackling complex phenomena such as ‘fiscal corruption’ in a more systematic and effective manner.

With a view to reform, one proposal is to consider whether the positive experience of public-private cooperation – which is taking place in Italy in the tax sector, in relation to the Tax Control Framework pursuant to Legislative Decree No. 128/2015 – can also be extended to the anti-corruption field, e.g. with regard to the possibility of a preventive ‘dialogue’ with the enforcement authority on the adequacy of the compliance programme adopted by the company; and, from a complementary perspective, the legislator should engage in providing more detailed guidance to companies on the preventive rules to be included in their compliance programmes⁶⁰.

⁵⁸ On future scenarios of integrated compliance see A. Gullo, *I modelli organizzativi* (supra note 27), 284 ff.; Id., Compliance, in *Arch. pen. web*, 2023, 3, 6 ff. It is worth mentioning also recent books dedicated to this topic: see L.G. Insinga, F. Rossi, M. Petrovic, *La compliance integrata per l'attuazione del Modello 231*, Padova, Primiceri Editore, 2022; S. Bartolomucci, *Compliance integrata, sistemi di controllo e sostenibilità*, Milano, 2023.

⁵⁹ See Confindustria, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, Parte generale* (supra note 32), 42 ff.

⁶⁰ For a discussion of the state-of-the-art on this subject and a proposal to clarify regulatory standards for compliance programmes under ‘Decree 231’ through a multistakeholder procedure and the provision of a relative presumption of suitability, R. Sabia, *Responsabilità da reato degli enti e paradigmi di validazione dei modelli organizzativi* (supra note 5), 151 ff. and 313 ff.

AUTORI

ILARIA BAISI, Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico – Diritto urbanistico e dell'ambiente nell'Università degli Studi di Firenze

DANIELA BOLOGNINO, Ricercatrice in Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Cassino e del Lazio meridionale

ANTONIO BORGHETTI, Dottorando di ricerca in Diritto tributario nell'Università degli Studi di Brescia

GIULIA CASONE, Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale nell'Università di Ferrara

MICHELE CHIERICI, Dottorando di ricerca in Diritto e impresa nell'Università LUISS Guido Carli di Roma e Docente a contratto di Diritto commerciale e societario italiano ed europeo nell'Università degli Studi di Parma

RICCARDO MICHELE COLANGELO, Dottorando di ricerca in Gestione finanziaria d'impresa e prevenzione della crisi nell'Universitas Mercatorum - Università telematica delle Camere di Commercio Italiane

GIACOMO D'ARRIGO, Dottorando in Scienze politiche e giuridiche nell'Università degli Studi di Messina

VITTORIA DROSI, Dottoranda di ricerca in Diritto e impresa nell'Università LUISS Guido Carli di Roma

DANIEL FOA, Assegnista di ricerca in Diritto dell'economia nell'Università L. Bocconi di Milano

EMILIANO MARCHISIO, Professore associato di Diritto commerciale nell'Università Giustino Fortunato di Benevento

FRANCESCA MECCA GALGANO, Assistente alla didattica in Introduction to Business Law nell'Università LUISS Guido Carli di Roma

NICOLETTA PARISI, Professore ordinario f.r. di Diritto internazionale nell'Università di Catania, ora docente a contratto nell'Università Cattolica S.C. e ivi Coordinatrice nazionale dell'ATS LIBenter

GIUSEPPE PERCOCO, Ricercatore in diritto commerciale nell'Università della Calabria

STEFANIA PIA PERRINO, Assegnista di ricerca in Diritto privato nell'Università di Milano - Bicocca

SALVATORE MARIA PISACANE, Assegnista di ricerca in Metodologia della scienza giuridica nell'Università LUISS Guido Carli di Roma

DINO RINOLDI, Professore ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea nell'Università Cattolica S.C.

ROSSELLA SABIA, Ricercatrice in Diritto penale nell'Università LUISS Guido Carli di Roma

SALVATORE SALTARELLI, Dottore di ricerca e Cultore della materia in Diritto commerciale nell'Università degli studi di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO SPINELLO, Dottorando di ricerca in Teoria dei contratti, dei servizi e dei mercati nell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

EMANUELE TEDESCO, Assegnista di ricerca in Diritto privato nell'Università LUISS Guido Carli di Roma

ANNAGRAZIA TOMASI, Dottoranda di ricerca in Diritto e sostenibilità nell'Università del Salento

VINCENZO VIETRI, Dottore di ricerca e Docente a contratto di Business Law nell'Università degli studi di Roma "La Sapienza"

LLR - LUISS Law Review
Rivista online del centro di ricerca LUISS DREAM
Dipartimento di Giurisprudenza LUISS Guido Carli
Registrata presso il Tribunale di Roma con il n. 65/2016 ISSN 2531-6915
Direttore responsabile: Gian Domenico Mosco
Responsabile di redazione: Raffaella Scarabino
LUISS Guido Carli - Viale Pola, 12, 00198 Roma, Italia P.I. 01067231009