OSSERVATORIO SULLE FONTI

FASCICOLO N. 3/2022

Contributi di L. DE CARLO, E. CAMPELLI, P. CARNEVALE, E. CATELANI, R. CHIEPPA, I. CIOLLI, D. DE LUNGO, F. GALLI, E. GRIGLIO, N. LUPO, N. MACCABIANI, A. MANZELLA, C. MARCHETTI, M. PICCHI, E. RINALDI, M. ROSINI, F. SANCHINI, G. SARTOR, M. TRAPANI

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 3/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

_____OSSERVATORIO SULLE FONTI_____

DIRETTORE RESPONSABILE

Paolo Caretti *(Università degli Studi di Firenze)*

COMITATO DI DIREZIONE

Adelina Adinolfi *(Università degli Studi di Firenze)*, Stefania Baroncelli (*Libera Università di Bolzano*), Andrea Cardone *(Università degli Studi di Firenze)*, Massimo Carli *(già Università degli Studi di Firenze)*, Ana M. Carmona Contreras *(Universidad de Sevilla)*, Elisabetta Catelani *(Università di Pisa)*, Marcello Cecchetti *(Università degli Studi di Sassari)*, Annalisa Ciampi *(Università degli Studi di Verona)*, Cecilia Corsi *(Università degli Studi di Firenze)*, Elena D'Orlando *(Università degli Studi di Udine)*, Gianmario Demuro *(Università degli Studi di Cagliari)*, Giovanna De Minico *(Università di Napoli "Federico II")*, Gianni Di Cosimo *(Università degli Studi di Macerata)*, Filippo Donati *(Università degli Studi di Firenze)*, Vincenzo Ferrari *(Università degli Studi di Milano Statale)*, Maria Cristina Grisolia *(già Università degli Studi di Firenze)*, Anna-Bettina Kaiser *(Humboldt-Universität zu Berlin)*, Franck Laffaille *(Université de Paris XIII)*, Pier Francesco Lotito *(Università degli Studi di Firenze)*, Nicola Lupo *(Università Luiss Guido Carli)*, Maurizio Malo *(Università degli Studi di Padova)*, Patricia Popelier *(Universiteit Antwerpen)*, Giusto Puccini *(Università degli Studi di Firenze)*, Orlando Roselli *(Università degli Studi di Firenze)*, Emanuele Rossi *(Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant'Anna di Pisa)*, Andrea Simoncini *(Università degli Studi di Firenze)*, Rolando Tarchi *(Università di Pisa)*, Giovanni Tarli Barbieri *(Università degli Studi di Firenze)*, Giuseppe Verde *(Università degli Studi di Palermo)*

COMITATO DI REDAZIONE

Coordinamento scientifico: Maria Cristina Grisolia
Componenti della redazione: Pietro Milazzo *(responsabile)*, Leonardo Bianchi, Edoardo Caterina, Matteo Giannelli, Erik Longo, Costanza Masciotta, Giuseppe Mobilio, Marta Picchi, Monica Rosini.

Tutti i contributi devono essere inviati, nel rispetto delle scadenze indicate sul sito internet, della *Rivista* all'indirizzo mail: redazione@osservatoriosullefonti.it; una volta ricevuti saranno sottoposti alla procedura di valutazione disciplinata dal *Regolamento per la valutazione scientifica dei contributi proposti alla Rivista*

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV – Fascicolo 3/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

EDITORIALE

N. LUPO, *Una legislatura "a ranghi ridotti", ma (per ora) con meno discontinuità del previsto* 7

SAGGI

P. CARNEVALE, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza. Relazione finale* 15

D. DE LUNGO, *Contributo allo studio dei rapporti fra Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e sistema delle fonti statali: dinamiche, condizionamenti e prospettive* 33

N. MACCABIANI, *Co-regolamentazione, nuove tecnologie e diritti fondamentali: questioni di forma e di sostanza* 55

M. ROSINI, *I 20 anni della "clausola di maggior favore": un bilancio con riguardo allo Statuto di autonomia del Trentino-Alto Adige/Südtirol* 93

NOTE E COMMENTI

L. DE CARLO, *La riforma Cartabia-Bonafede sulla costituzione del CSM e i suoi riflessi a livello regolamentare* 123

E. CAMPELLI, *Una fonte a geometria variabile: la direttiva sul disbrigo degli "affari correnti"* 145

M. PICCHI, *Il riconoscimento dei certificati di nascita stranieri in caso di filiazione omogenitoriale. Riflessioni su una necessaria quanto complessa disciplina, a partire dalla recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'unione europea* 153

F. SANCHINI, *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente tra dimensione intergenerazionale e mutamenti della costituzione economica* 183

M. TRAPANI, *L'utilizzo delle sandboxes normative: una ricognizione comparata delle principali esperienze di tecniche di produzione normativa sperimentali e il loro impatto sull'ordinamento* 215

SPECIALE
EMERGENZA PANDEMICA E FORMA DI GOVERNO: LA VERTICALIZZAZIONE DEL POTERE TRA TENDENZE SISTEMICHE E DISCONTINUITÀ

E. CATELANI, *L'accentramento del potere decisionale nel Governo e le fonti di gestione dell'emergenza sanitaria* 247

E. RINALDI, *L'accentramento del potere amministrativo nel PNRR tra esigenze di uniformità e istanze di differenziazione* 265

R. CHIEPPA, *La Presidenza del Consiglio dei Ministri tra attuazione dell'indirizzo politico e funzioni di coordinamento* 295

I. CIOLLI, *Emergenza pandemica e verticalizzazione del potere nella struttura dell'Esecutivo. Il ruolo del Presidente del Consiglio* 305

A. MANZELLA, *L'indirizzo politico, dopo COVID e PNRR* 333

SPECIALE
TECNICA LEGISLATIVA E INNOVAZIONE TECNOLOGICA

F. GALLI, G. SARTOR, *L'utilizzo dei* big data *e dell'IA per una migliore qualità della regolamentazione* 341

E. GRIGLIO, C. MARCHETTI, *La "specialità" delle sfide tecnologiche applicate al drafting parlamentare: dal quadro comparato all'esperienza del Senato italiano* 361

OSSERVATORIO SULLE FONTI

EDITORIALE DEL FASCICOLO N. 3/2022

UNA LEGISLATURA "A RANGHI RIDOTTI", MA (PER ORA) CON MENO DISCONTINUITÀ DEL PREVISTO

NICOLA LUPO*

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università LUISS "Guido Carli". Contatto: nlupo@luiss.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV – Fascicolo 3/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. La fine della XVIII legislatura (marzo 2018-settembre 2022) si è consumata in modo abbastanza imprevisto e nell'arco di poche settimane: tra le dimissioni del governo Draghi e il conseguente scioglimento delle Camere, intervenuti entrambi il 21 luglio 2022, e le elezioni, svoltesi il 25 settembre 2022, sono trascorsi poco più di due mesi (incluso il mese di agosto, in cui l'attività politica e istituzionale subisce un inevitabile rallentamento).

La coda della legislatura ha presentato numerosi profili di interesse: nelle settimane immediatamente successive allo scioglimento, il Parlamento ha vissuto una fase di attività particolarmente intensa e produttiva, approvando una serie di provvedimenti di notevole rilievo. Altri ne sono stati esaminati, e licenziati, tra gli ultimi giorni di agosto e i primi di settembre.

Gli effetti negativi sull'attività legislativa di una crisi e di uno scioglimento imprevisti – anche se non del tutto imprevedibili, all'indomani dell'esito delle elezioni comunali del giugno 2022 – sono stati così attenuati e si sono potute approvare alcune leggi indispensabili per conseguire *milestone* del PNRR e per adempiere a obblighi costituzionali o europei: si pensi alla legge per il mercato e la concorrenza (Legge 5 agosto 2022, n. 118); alla riforma della giustizia tributaria (Legge 31 agosto 2022, n. 130); al riordino degli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico-IRCSS (Legge 3 agosto 2022, n. 129); alla legge di delegazione europea 2021 (Legge 4 agosto 2022, n. 127); alle leggi di approvazione di rendiconto e assestamento (Leggi 5 agosto 2022, nn. 110 e 111); e, infine, alla ratifica dell'allargamento della NATO a Finlandia e Svezia (Legge 5 agosto 2022, n. 112).

Dopo lo scioglimento hanno avuto persino luogo l'approvazione di una ampia riforma del regolamento del Senato (su cui si tornerà *infra*) e, soprattutto, la quarta (ed ultima) lettura, alla Camera, di una legge di revisione costituzionale: la "Modifica all'articolo 119 della Costituzione, concernente il riconoscimento delle peculiarità delle Isole e il superamento degli svantaggi derivanti dall'insularità". Non essendo stato raggiunto il *quorum* dei due terzi dei componenti della Camera, c'è stato bisogno di attendere i tre mesi richiesti dall'art. 138 Cost. affinché, in assenza di richieste di referendum, il testo approvato divenisse la legge costituzionale 7 novembre 2022, n. 2, entrata in vigore il 30 novembre 2022. Ultima, delle quattro revisioni costituzionali "puntuali" approvate negli ultimi due anni della XVIII legislatura, con le quali si sono emendati, con micro-interventi, articoli di tutte e tre le parti di cui si compone la nostra carta costituzionale (artt. 9, 41, 56, 57, 58, 59 e 119 Cost.).

In parallelo, anche il Governo Draghi ha tutt'altro che rallentato la sua produzione normativa, sia elaborando e trasmettendo alle Camere disegni di legge e schemi di decreti legislativi (tra cui quelli necessari all'attuazione della riforma della giustizia, in materia civile e penale) e di regolamenti, sia

adottando tre decreti-legge (il 9 agosto, il 23 settembre e il 20 ottobre: quest'ultimo, dunque, due giorni prima del giuramento del nuovo Governo Meloni).

2. Un'attività così intensa è stata resa possibile da una direttiva del Presidente del Consiglio sui c.d. "affari correnti" e da *speech* dei due Presidenti di Camera e Senato, i quali, in linea con un'indicazione fornita dal Presidente della Repubblica all'atto dello scioglimento, hanno interpretato in chiave estensiva i poteri – rispettivamente – di Governo e Parlamento.

Vengono qui in rilievo, in particolare, gli *speech* del Presidente della Camera Fico in apertura della seduta del 22 luglio 2022 (in cui, riguardo all'attività legislativa, si è consentito l'esame, a Camere sciolte, degli "atti dovuti in quanto legati all'attuazione di obblighi o impegni derivanti dall'appartenenza all'Unione europea") e quello della Presidente del Senato Alberti Casellati nella seduta del 27 luglio 2022 (in cui si è avvertito che l'attività legislativa sarebbe stata "limitata all'esame di atti dovuti, quali i disegni di legge di conversione dei decreti-legge e gli atti urgenti connessi ad adempimenti internazionali e comunitari, come gli atti di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza"). In quest'ultimo *speech* si riscontra invero un elemento di novità, essendosi consentita l'approvazione di progetti di legge su cui si fosse registrata (non l'unanimità, bensì) "un ampio consenso" (la valutazione sull'ampiezza di tale consenso essendo evidentemente rimessa al Presidente di Assemblea, tendenzialmente in esito ad un confronto in seno alla Conferenza dei capigruppo).

Contrariamente al pericolo di paralisi dell'attività legislativa che alcuni (tra cui S. Ceccanti, nella sua intervista a E.M. Colombo sul *Quotidiano nazionale*, 23 luglio 2022) avevano paventato, perciò, il Parlamento, pur nell'impossibilità per il Governo di fare ricorso alla questione di fiducia, è riuscito a portare a termine importanti e spesso controversi testi legislativi. Un risultato che è legato alla contingenza di cui si diceva, ma che deve far riflettere, più in generale, circa la possibilità, con le regole attualmente vigenti, di svolgere efficacemente il lavoro parlamentare anche senza bisogno di ricorrere a quelle scorciatoie procedurali che ormai – come si è più volte avuto modo di evidenziare – finiscono per far comodo un po' a tutti, ma che danneggiano gravemente l'ordinato sviluppo dei processi decisionali, in Parlamento e non solo.

Certo, la contingenza politica ha pesato non poco. In particolare, ha aiutato il fatto che il Governo Draghi, diversamente dai precedenti "governi tecnici" (si pensi soprattutto ai casi dei Governi Dini e Monti, Presidenti del Consiglio entrambi a capo di movimenti politici presentatisi alle elezioni immediatamente successive), si sia mantenuto al di fuori della contesa elettorale e abbia conservato fino in fondo la sua natura originaria di "governo tecnico"

(N. Lupo, *Ancora sui "governi tecnici", alla luce della formazione del governo Draghi*, in *Rassegna parlamentare*, 2021, n. 3), senza mai essere stato espressamente sfiduciato (cfr. P. Armaroli, *Le anomalie di una crisi di Governo*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 2022, n. 2). Questo ha agevolato un atteggiamento positivo da parte delle forze politiche: non solo di quelle appartenenti all'ampia (ex) maggioranza – alcune delle quali, con la decisione di astenersi su una votazione di carattere fiduciario in Senato, il 20 luglio 2022, hanno determinato la conferma delle dimissioni del Presidente del Consiglio – ma anche del principale gruppo di opposizione. Tutte unite, in questa delicata fase e sotto gli auspici del Presidente della Repubblica, nel voler tener fede agli impegni già assunti dallo Stato italiano e nel non rallentare in nessun modo l'attuazione del PNRR, oltre che nel fronteggiare gli effetti derivanti dalla guerra in Ucraina e della crisi energetica.

3. La drastica riduzione di deputati e senatori derivante dalla legge costituzionale n. 1 del 2020 ha comportato una discontinuità tra la XVIII e la XIX legislatura ancora maggiore di quella che di solito si verifica tra una legislatura e l'altra. Una discontinuità che pare peraltro, almeno finora, più significativa sul piano della diminuzione del personale politico che su quello del mutamento istituzionale.

All'indomani della conferma referendaria del settembre 2020 della revisione costituzionale sulla riduzione di deputati e senatori, avventa con un risultato schiacciante (cfr. N. Lupo, *Il dopo-referendum. Una micro-revisione costituzionale da rispettare e da attuare*, in *Il Mulino*, 2020, n. 6; e E. Rossi, *L'esito del referendum costituzionale del 2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, n. 4), sarebbe stato lecito attendersi una decisa ripresa del percorso di modernizzazione dei due rami del Parlamento. Auspicabilmente anche nella logica, incoraggiata, per un verso, dalla lettura che la Corte costituzionale (specie nel monito finale della sentenza n. 35 del 2017) ha dato del bicameralismo paritario dopo l'esito negativo del referendum costituzionale del 2016 e, per altro verso, dalla sostanziale omologazione dei sistemi elettorali di Camera e Senato avvenuta con la legge n. 165 del 2017, dell'armonizzazione e dell'introduzione di maggiori sinergie tra i due rami del Parlamento. Magari anche approfittando delle opportunità offerte dai processi di digitalizzazione, che per effetto della pandemia del Covid-19 hanno registrato una brusca accelerazione, e di una rinnovata attenzione della dottrina costituzionalistica ai procedimenti parlamentari e ai valori fondamentali che essi tutelano (si vedano almeno il *Quaderno 2021* de *Il Filangieri, A cinquant'anni dai Regolamenti parlamentari del 1971: trasformazioni e prospettive*, e il fascicolo n. 3/2021 di *Quaderni costituzionali*, dedicato al "giusto procedimento legislativo", oltre a A. Manzella, *Elogio dell'Assemblea, tuttavia*, Mucchi, Modena,

2020; G.L. Conti, *Temeraria è l'inerzia. Il taglio dei parlamentari e le sue conseguenze*, Pisa University Press, Pisa, 2021, e V. Pupo, *Riduzione dei parlamentari e modifica dei regolamenti delle Camere*, Jovene, Napoli, 2021).

Al contrario, il percorso di innovazione dei regolamenti di Camera e Senato si è trascinato piuttosto stancamente, e con approccio prevalentemente "al ribasso", nelle sedute delle Giunte per il regolamento svoltesi negli ultimi due anni della legislatura, ed è pervenuto a un esito positivo, all'indomani dello scioglimento, esclusivamente presso il Senato: al ramo del Parlamento che, invero, già aveva avuto modo di rivedere, anche abbastanza in profondità, le sue regole di funzionamento negli ultimi giorni della XVII legislatura.

In un Senato ora formato da 200 senatori elettivi (oltre ai senatori a vita) si è proceduto ad una riduzione a 10 delle commissioni permanenti, ad un abbassamento a 6 senatori (a 9 nel corso della legislatura) della soglia numerica per formare un gruppo parlamentare (con la contestuale introduzione delle componenti politiche del gruppo misto e dei senatori elettivi "non iscritti"), ma anche all'introduzione di un Comitato per la legislazione (in analogia all'organo operante alla Camera dal 1998, seppure con qualche diversità nelle rispettive attribuzioni) e a una nuova disciplina "anti-transfughismo": essendosi dovuto sostanzialmente prendere atto del fallimento di quella dettata meno di cinque anni prima (oggetto di un'interpretazione lasca e mai espressamente giustificata, a partire dalla formazione, nel settembre 2019, del gruppo di "Italia Viva-PSI": cfr., per tutti, E. Griglio, *Il rapporto tra gruppi, partiti e singoli eletti nel nuovo regolamento del Senato. Spunti di riflessione a margine dell'esperienza comparata*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 30).

Nulla di tutto ciò è successo alla Camera, ove pure si erano registrati (faticosi) tentativi volti a costruire un percorso di riforma regolamentare e persino, nelle parole usate dal Presidente Fico nella seduta della Giunta per il regolamento del 4 marzo 2020, ad avviare una "riflessione complessiva sulle modalità di lavoro degli organi parlamentari e sulle relative procedure", da svolgere appunto alla luce della riduzione di deputati e senatori. Tentativi però che non hanno trovato un adeguato consenso per giungere a conclusione entro la fine della XVIII legislatura.

4. Dunque, all'inizio della XIX legislatura, la Camera si è trovata a dover applicare un regolamento rimasto sostanzialmente immutato da oltre un ventennio e per più parti ormai obsoleto. E si è guardata bene dal ridurre il numero delle commissioni permanenti, forse per paura di rinunciare a qualche posizione di presidente, utile per accontentare deputati di rilievo: per di più con l'elezione di 14 presidenti di commissione tutti uomini, con una scelta evidentemente per più profili poco difendibile davanti all'opinione pubblica. Non sarebbe stato impossibile ridurre a 10 il numero delle commissioni

permanenti anche in questo ramo del Parlamento, con una minima novella regolamentare, eventualmente prorogando di una o due settimane l'attività della commissione speciale, costituitasi come di consueto per assicurare il tempestivo esame dei disegni di legge di conversione e degli atti del Governo. Ad ogni modo, l'effetto sistemico è stato quello di introdurre rilevantissime disparità nella ripartizione delle materie – e dunque nell'aggregazione degli interessi – tra Camera e Senato: così dando origine, con ogni probabilità, ad asimmetrie che renderanno più arduo il cammino dei progetti di legge, specie laddove non si faccia ricorso alle consuete scorciatoie procedurali.

Nel medesimo spirito continuista, la Giunta per il regolamento della Camera ha prontamente re-interpretato i requisiti per la costituzione dei gruppi c.d. "in deroga" – requisiti rimasti incredibilmente inalterati nel disposto dell'art. 14, comma 2, del regolamento dal 1971, ben prima dell'approvazione della legge elettorale maggioritaria del 1993 (il c.d. Mattarellum) – in modo da consentire la formazione di gruppi con meno di 20 deputati (e invero anche di 10 deputati, ossia della soglia minima richiesta per formare una componente politica del gruppo misto), anche a forze politiche rimaste al di sotto delle soglie di sbarramento (non solo di quella del 3%, ma pure di quella dell'1%).

Un gruppo può infatti costituirsi anche nel caso in cui "rappresenti una forza politica organizzata nel Paese, evidentemente riconoscibile al momento delle elezioni e non costituita successivamente ad esse, la quale – *pur non avendo raggiunto la soglia per l'accesso alla ripartizione proporzionale* dei seggi sul territorio nazionale, avendovi comunque presentato proprie liste con lo stesso contrassegno in almeno venti circoscrizioni – abbia conseguito *almeno un eletto in un collegio uninominale, purché univocamente riconducibile*, al momento della consultazione elettorale, alla medesima forza politica". Con la precisazione ulteriore che "tale riconducibilità ricorre sia quando si tratti di un eletto nel collegio uninominale candidato dalla suddetta forza politica non coalizzata, sia quando si tratti di un eletto nel collegio uninominale candidato da più forze politiche unite in coalizione, il quale figuri anche nelle liste di candidati per la parte proporzionale presentate dalla forza politica che il Gruppo intende rappresentare" (i virgolettati sono tratti dal parere della Giunta per il regolamento del 26 ottobre 2022; i corsivi sono, evidentemente, aggiunti).

In forza di questi criteri sono stati appunto autorizzati, alla Camera, i gruppi di "Alleanza Verdi e Sinistra" e "Noi Moderati (Noi con l'Italia, Coraggio Italia, Udc, Italia al Centro)-Maie". Al Senato, invece, "Alleanza Verdi e Sinistra" è solo una componente del gruppo misto, il gruppo "Noi Moderati" ha potuto costituirsi grazie al prestito di un paio di senatori (cfr. L. Bartolucci, *Le nuove Camere alla sfida delle "asimmetrie" su gruppi e commissioni*

parlamentari, Luiss School of Government Policy Brief, 2022, n. 25), mentre, come già nella passata legislatura, si è formato un gruppo rappresentativo delle autonomie, in applicazione dell'art. 14, comma 8, del regolamento, denominato "Per le Autonomie (SVP-Patt, Campobase, Sud Chiama Nord)"

5. Una volta formatisi i gruppi (anche quelli "in deroga") e le 14 commissioni permanenti, la Camera ha riaperto il cantiere delle riforme regolamentari, delineando un intervento in due tappe. La prima, consistente quasi esclusivamente in una serie di mutamenti numerici (e nell'abrogazione di quattro disposizioni procedurali considerate come "superate" o "desuete"), è stata definita dalla Giunta per il regolamento nella seduta del 23 novembre ed approvata dalla Camera il 30 novembre 2022 (doc. II, n. 5; relatori gli onn. Fornaro e Iezzi): tra l'altro, con modifiche destinate ad entrare in vigore solo a partire dalla prossima legislatura, si sono ridotte a 14 deputati la soglia ordinaria per costituire un gruppo e a 7 deputati quella per formare una componente politica del gruppo misto, e si sono diminuiti i componenti delle Giunte per le elezioni (20) e per le autorizzazioni (15). La seconda, volta invece a dare "maggiore coerenza e razionalità al Regolamento della Camera, specialmente sul versante della disciplina dello svolgimento dei lavori dell'Assemblea" (per usare le parole del Presidente Fontana nella medesima seduta della Giunta), da realizzare più avanti, nel corso della legislatura.

Ovviamente, vedremo cosa accadrà. Certo, duole constatare che la finestra di opportunità – e di discontinuità – che si era aperta per effetto della riduzione dei parlamentari non sia stata colta appieno e che Camera e Senato continuino ad agire, in proposito, senza pressoché alcun coordinamento, anziché cercare di muoversi in modo unitario a tutela di un ruolo, quello del Parlamento, già da tempo in declino e che ha subìto ulteriori colpi per effetto delle prassi invalse durante la pandemia. Un'esperienza, quest'ultima, che peraltro ha fatto avvertire all'opinione pubblica *at large* l'importanza del coinvolgimento delle Camere, con le connesse garanzie in termini di trasparenza e coinvolgimento delle opposizioni, ogniqualvolta siano in gioco restrizioni delle libertà fondamentali.

L'auspicio è che nella legislatura che si è appena iniziata si possa fare leva su questa consapevolezza, e si ridisegnino, anche grazie alle potenzialità offerte dalla digitalizzazione, procedimenti e strumenti parlamentari idonei a garantire una dialettica politica – e, più in generale, una dinamica democratica – che si muova in coerenza con i tanti (e preziosi) vincoli che ci derivano dalla Costituzione e dai Trattati europei, ormai per larga parte esplicitati e attualizzati nel nuovo "metodo di governo" delineato dal PNRR e sperimentato nel passaggio tra la XVIII e la XIX legislatura.

MODELLO COSTITUZIONALE E TRASFORMAZIONE DEL SISTEMA DELLE FONTI NELLE CRISI ECONOMICA E PANDEMICA. EMERGENZA E PERSISTENZA. RELAZIONE FINALE*

PAOLO CARNEVALE**

Sommario

1. Premessa – 2. Sistema delle fonti e torsione del modello costituzionale: una tendenza già in atto nel tempo non emergenziale? – 3. La congiuntura emergenziale come luogo di ripensamento e revisione del sistema delle fonti. Dal diritto positivo alla cultura giuridica – 4. *Segue*. Alla ricerca dello statuto teorico della norma sulla normazione. Qualche considerazione – 5. *Segue*. Per una rivalutazione del disvalore del vizio formale di legge – 6. Sulle nozioni di crisi ed emergenza costituzionale – 7. Emergenza costituzionale e versante delle norme. Il "tempo" della deroga – 8. Emergenza costituzionale e versante degli atti. Ordinarietà *vs* straordinarietà - 9. Sulla deliberazione dello stato di emergenza.

Abstract

Concluding remarks given by Prof. Carnevale at the Gruppo di Pisa conference held in Florence on 17th and 18th June 2022.

Suggerimento di citazione

P. CARNEVALE, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza. Relazione finale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione conclusiva tenuta al Convegno annuale dall'Associazione «Gruppo di Pisa» dal titolo *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza* svoltosi a Firenze il 17 e 18 giugno 2022.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi Roma Tre.
Contatto: paolo.carnevale@uniroma3.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV – Fascicolo 3/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Premessa

Mi sono a lungo domandato, nei mesi che hanno preceduto questo convegno, quale potesse essere il senso, meglio il "posto" della mia relazione "conclusiva" all'interno della complessiva articolazione del nostro incontro di studi. Onde offrire risposta ad una simile domanda, mi sono innanzitutto interrogato sulle ragioni per cui una relazione possa aspirare ad una simile qualificazione.

Invero, una relazione può essere "conclusiva" a vario titolo.

Lo può essere perché offre, ad esempio, un quadro di sintesi delle molteplici posizioni emerse negli interventi che hanno punteggiato il corso dei lavori. In sostanza, una sorta di riassunto critico di quanto emerso che, nel migliore dei casi, può condurre ad una complessiva rilettura delle tesi avanzate, saggiate alla stregua della disamina critica del relatore "conclusivo". Debbo dire che, a parte i dubbi circa l'utilità di una simile soluzione, la struttura e la ricca articolazione tematica di questo convegno annuale del Gruppo di Pisa me lo hanno subito sconsigliato.

Ma l'abito conclusivo può essere pure vestito (e vantato) da una relazione in cui il suo autore finisca per proporre una propria autonoma posizione sui singoli temi in discussione, aggiungendo la propria all'opinione già espressa dagli altri interventori. Ora giustapponendosi, ora magari contrapponendosi ad essi. In tal caso, evidentemente, la "conclusività" non discende, se non marginalmente, dal nesso di interlocuzione con il dibattito svolto e finirebbe per essere rivendicata solo in funzione della collocazione temporale nell'arco dei lavori. In sostanza, la relazione sarebbe conclusiva… perché posta a conclusione. Niente di più. Pur inizialmente suggestionato da questa prospettiva, ho inteso scartarla non foss'altro perché mi avrebbe posto nella condizione di trasformare la mia in un'ultima parola, lucrando il vantaggio, anzi il privilegio della sottrazione al vaglio dialettico degli altri partecipanti. Mi sarei sentito decisamente a disagio.

Ho preferito, pertanto, incamminarmi in altra direzione, pensando potesse essere di maggiore utilità concludere, non immergendosi, ma prendendo le "distanze" dai vari temi trattati, non però per giustapporsi argomentativamente agli interventori che mi hanno preceduto, ma per proporre piuttosto un mutamento di piano della riflessione. Una presa di distanza "per arretramento" – mi verrebbe da dire – al fine, cioè, di porre l'attenzione su alcune questioni di carattere generale la cui disamina, senza spingermi ad entrare direttamente nel merito delle singole problematiche, fosse tuttavia idonea a tratteggiare una sorta di scenario complessivo in cui ri-accoglierle e collocarle.

Per questo, il mio sarà – per quanto sono in grado di fare – un concludere "ospitando", cercando di tratteggiare un orizzonte ampio che possa fungere da sfondo alle varie tematiche sin qui affrontate, consentendomi di non rimanere direttamente impigliato ed assorbito in nessuna di esse.

È quanto mi accingo a fare.

2. Sistema delle fonti e torsione del modello costituzionale: una tendenza già in atto nel tempo non emergenziale?

Vorrei, a questo riguardo, partire dal titolo di questo convegno che recita: "Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenze e persistenze".

Esso suppone, da un verso, la possibilità di definire un modello costituzionale di sistema delle fonti e, dall'altro, l'esistenza di una spinta trasformatrice prodotta sul sistema (e sul suo modello) dalle crisi economica e pandemica manifestatesi nel recente passato.

Orbene, non mancano oggi voci assai critiche in dottrina circa la prefigurabilità in sé di un vero e proprio sistema delle fonti: le pulsioni dissolutrici e le tensioni centrifughe operanti all'interno e all'esterno del nostro ordinamento parrebbero, infatti, aver raggiunto livelli tali da mettere in discussione, per l'appunto, che di sistema – unitariamente inteso – si possa ancora parlare. Si dovrebbe piuttosto preferire una conformazione parcellizzata del processo normo-riproduttivo, articolata per lo più in micro-sistemi, in sé poco permeabili e tendenzialmente animati da proprie logiche interne, nella quale il ruolo unificante del modello costituzionale parrebbe fortemente ridimensionato, se non proprio a rischio. All'uopo, infatti, è stata evocata l'immagine dell'arcipelago, piuttosto che del sistema.

Quanto, poi, alla spinta trasformatrice ascritta alle congiunture critiche richiamate viene da osservare che essa, piuttosto che generata o promossa dai contesti di crisi, parrebbe invero, per molti versi, collocarsi nel solco di una trasformazione già in atto da tempo nel nostro ordinamento – come del resto la bella relazione introduttiva di Andrea Cardone ha mostrato – la cui portata potrebbe persino assumere le fattezze di una vera e propria trasfigurazione. In tal caso, viene da pensare che i "fattori esogeni" di condizionamento – ai quali è stata dedicata la seconda sessione del Convegno – piuttosto che avere prodotto (o produrre) torsioni della produzione normativa, abbiano finito (o finiscano) per enfatizzare o, se si preferisce, intensificare i caratteri di un processo in corso prima delle (ed a prescindere dalle) crisi pandemica ed economica, la cui tensione eversiva si sarebbe risolta (o si risolverebbe) nell'accelerare e portare alle estreme conseguenze fenomeni patologici preesistenti ma, finora, contenuti entro certi confini.

Se ciò fosse esatto, ci troveremmo allora dinanzi ad un processo specularmente opposto a quello che, da qualche tempo, si suole appellare con la formula della *endemizzazione delle emergenze*; fenomeno, questo, sinistramente ed emblematicamente evocato all'inizio del nostro millennio dall'utilizzo

dell'aggettivo *enduring* (*Enduring freedom*) per definire l'operazione militare posta in essere dagli Stati Uniti d'America a valle dell'attacco alle Torri Gemelle dell'11 settembre 2001 e, più in generale, la c.d. guerra al terrorismo che ne seguì. Aggettivo che, seppur riferito direttamente alla libertà, è parso altresì atteggiarsi a spia dell'eventuale superamento della tradizionale (biblica) divaricazione tra "un tempo (emergenziale) della guerra" e "un tempo (ordinario) della pace".

Invero, se rendere endemica l'emergenza altro non significa che depurarla dei suoi profili di straordinarietà ed eccezionalità radicandola sul piano dell'*id quod plerumque accidit*, quello che sembra verificarsi nel nostro caso è, al contrario, l'anticipazione in tempo ordinario degli effetti distorsivi producibili nel sistema della produzione del diritto oggettivo dall'emergenza di turno. Prendendo in prestito una formula espressiva ad altro fine coniata, si potrebbe parlare, quantomeno in parte, di *pre-conformazione dell'ordinamento* all'anomalia imposta dal fatto emergenziale.

Ne consegue che, forse, è sull'*ordinario* processo di produzione normativa, prima ancora che sulla sua dimensione *straordinaria*, che bisogna gettare lo sguardo. Ed è quanto mi riprometto di fare in prima battuta.

3. La congiuntura emergenziale come luogo di ripensamento e revisione del sistema delle fonti. Dal diritto positivo alla cultura giuridica

A tal riguardo, una prima osservazione che mi sento di fare è questa.

Le ricorrenti affermazioni fatte da diversi commentatori nelle recenti crisi costituzionali circa il ruolo dominante assunto dal potere esecutivo, il processo di verticalizzazione che ha portato al protagonismo assoluto del Presidente del Consiglio, la marginalizzazione del Parlamento, il progressivo debito maturato dalla politica nei confronti della tecnica, sarebbero tranquillamente ripetibili in tempo ordinario, salvo semmai che per una diversa dimensione di scala. Sul piano della produzione normativa, come noto, ciò comporta l'essersi ormai da tempo instaurata una vera e propria *signoria* dell'Esecutivo, in certo qual senso certificata dai rapporti sulla legislazione che, annualmente, l'osservatorio sulla legislazione ci fornisce. Signoria degli *strumenti* normativi, ma anche, giocoforza, dei *processi*.

Ben ce lo ha detto, ancora la relazione introduttiva di Andrea Cardone.

Insomma, il figurino costituzionale imperniato sulla centralità della legge, pure ancora e un po' tralatiziamente riaffermato, sembra oramai del tutto sbiadito, al pari del principio della centralità del Parlamento nei processi di determinazione e sviluppo dell'indirizzo politico statale.

A testimoniare di una certa continuità fenomenica, sotto il profilo qui in esame, tra tempo d'emergenza e tempo ordinario anche il fatto che, non di rado, proprio il contesto emergenziale si presenti paradossalmente come occasione

per proporre una riflessione, non solo sugli strumenti di gestione dell'emergenza medesima, ma anche sull'ordinario atteggiarsi del sistema delle fonti, sulle sue inadeguatezze e, in definitiva, sulla necessità di procedere a significative riforme. Le situazioni emergenziali, in altri termini, paiono fungere – potrei dire – da lente d'ingrandimento delle deformazioni e forzature che già l'usuale prassi ci propone. Le palesano, portandole a conseguenze estreme che inducono a ritenere ineludibile l'esigenza che le si affronti "a regime".

Si registra, quindi, una sorta di concorso *in funzione alterante* del modello costituzionale del sistema delle fonti fra tempo straordinario e tempo ordinario della produzione normativa, il quale ultimo anticipa e sconta in qualche modo l'impatto sfigurante del primo.

È accaduto, ad esempio, anche durante la recente emergenza pandemica, ove non sono mancate voci autorevoli proponenti una complessiva riforma costituzionale del nostro sistema delle fonti. Non mi interessa, qui, entrare nel merito di un simile dibattito, se non per limitarmi ad osservare come la massiccia costituzionalizzazione della normazione sulla normazione rechi con sé l'effetto di porre i vincoli che essa produce *tutti sul suo stesso piano*, configurandoli, cioè, come limiti di validità dell'atto (e non già "solo" come limiti condizionanti l'efficacia). Cosa che, a mio avviso, non sarebbe sempre auspicabile.

Ad ogni buon conto, come dicevo, non intendo intervenire *in thema*. Meglio, non voglio farlo in questa prospettiva, pur non volendo perdere l'occasione per proporre anch'io una riflessione sul punto. Intendo, a questo proposito, ragionare, sì, di riforma del meccanismo di produzione del diritto oggettivo, ma avendo di mira non le regole di sistema, non il tessuto normativo, bensì il nostro (intendo dire, di giuristi) *abito mentale*. Sì, direi – ma senza alcuna presunzione – una *riforma culturale*, dell'armamentario concettuale del giurista-studioso, non meno che dell'operatore giuridico. Riforma che, senza implicare di per sé il contesto regolatorio, sarebbe in grado di contribuire a produrre effetti benefici non minori di una riforma "in senso proprio".

Ecco a cosa alludo.

4. Segue. Alla ricerca dello statuto teorico della norma sulla normazione. Qualche considerazione

Penso, innanzitutto, alla promozione di un'operazione di recupero di *qualità* e di *senso* della norma sulla normazione *in quanto tale*, mediante una rinnovata riflessione su quello che a me piace definire il suo "statuto teorico". In altri termini, la norma sulla normazione trattata alla luce della sua funzione e, per questo, almeno in parte emancipata dalla camicia di Nesso della sua veste formale.

Mi spiego.

Il nostro sistema delle fonti risulta edificato intorno ad alcuni principi informatori tradizionalmente e diffusamente accolti come, ad esempio, quello per cui il potere normativo deve trovare il proprio fondamento in una norma ascrittiva gerarchicamente sovraordinata rispetto a quella espressiva del potere medesimo; ciò che, com'è noto, si traduce a livello della normazione primaria – cui qui mi riferisco per comodità – nel c.d. *numerus clausus* a livello costituzionale delle fonti in questione; numero, la cui "chiusura", per l'appunto, si deve al fatto che, quantomeno l'ascrizione del potere normativo è nelle mani esclusive della Costituzione o delle fonti costituzionali che sono chiamate a disporla.

Da tale criterio, tuttavia, si fanno derivare ulteriori corollari come il divieto, per la legge, di istituire fonti (*recte*, attribuire poteri) concorrenziali a sé medesima, cui si aggiunge quello della indisponibilità della propria forza. Sino ad arrivare ad affermare che, in tema di esercizio della funzione legislativa, «*ciò che non è costituzionalmente previsto è, in tesi, vietato*, nessun ambito materiale essendo lasciato dalla Carta privo di indicazioni circa la fonte competente a darne la regolazione». Tale asserto darebbe vita ad una vera e propria «regola ferrea in fatto di competenze costituzionalmente definite».

Invero, non c'è chi non colga un certo progressivo slittamento in questa articolazione del quadro dei principi di sistema e, soprattutto, il salto in avanti che si registra fra criterio originario e suoi asseriti corollari. Giacché, se il postulato del c.d. *numerus clausus* delle fonti primarie (come del divieto di istituzione di fonti concorrenziali) rinviene la sua ragione nella necessità di assicurare un fondamento costituzionale alle fonti primarie ad evitare un loro proliferare incontrollato, allora il vincolo che se ne trae riguarda essenzialmente la *radice* del potere normativo di cui sono espressione, per l'appunto l'attribuzione di potestà normativa, non invece o, meglio, *non allo stesso modo* gli altri aspetti della regolazione della produzione normativa, sia sotto il profilo qualificatorio della fonte (definizione dei presupposti, del procedimento di formazione, dell'ambito formale-materiale di competenza, ecc.), sia con riguardo alla definizione del regime applicativo delle norme (si pensi alle regole riguardanti la definizione della sfera temporale di efficacia).

Del resto, numerose sono le conferme fornite dalla concreta esperienza, per la cui compiuta considerazione, però, non posso che rinviare altrove, limitandomi qui ad una sommaria e secca elencazione. Si pensi, tanto per esemplificare, al caso delle fonti comunitarie ad efficacia diretta o a quelle di autoregolamentazione della Corte costituzionale, come pure alle diverse ipotesi di autorizzazione a dettare norme sulla normazione primaria in favore della legge o di altre fonti primarie che si registrano in Costituzione o alle diverse eventualità in cui l'intervento di queste ultime si ha *pur in assenza di qualsivoglia autorizzazione della Costituzione*. Insomma, in tutti questi casi la scissione fra ascrizione

del potere normativo e regolazione del suo esercizio trova corrispondenza nel carattere formalmente costituzionale della norma che effettua la prima operazione ma non la seconda.

Non solo, quel che mi preme sottolineare è che, a contraddire un così diffuso convincimento è soprattutto la prassi legislativa, in cui si registrano continui tentativi di affidare alla legge il compito di regolare la potestà normativa primaria: integrando la disciplina costituzionale (ll. nn. 400 del 1988 e 212 del 2000, ad esempio); assegnando alla legge la regia di operazioni di semplificazione normativa riguardanti il livello della normazione legislativa (dalla delegificazione, al c.d. meccanismo del taglia-leggi); attribuendo esplicitamente funzioni meta-regolatorie in ambiti specifici (penso, qui, alle tante ipotesi di "leggi-madre" e "leggi-figlie").

Orbene, continuare a sostenere dinanzi a ciò la non precettività (*i. e.* non condizionalità) della *lex de lege*, reputando quella precettività ancorata esclusivamente alla veste formale della prima – onde la legislazione sulla legislazione altro non sarebbe che poco più di un *flatus vocis* – rischia di produrre quantomeno un effetto di dis-orientamento, generato dal fatto che nell'ordinamento si ricorre frequentemente a strumenti diffusamente ritenuti inidonei allo scopo, introducendo nel sistema un significativo fattore di dis-ordine.

Più utile, a mio modo di vedere, sarebbe incamminarsi verso una rielaborazione dello statuto teorico del tipo "norma sulla normazione", al fine di individuare i tratti differenziali del suo proprio regime giuridico. Qui ovviamente il tempo a disposizione non mi consente di svolgere adeguatamente il discorso, dovendomi limitare a delle indicazioni di massima, se non proprio ad enunciare titoli. Mi permetterete di poter implicitamente rinviare a quanto sostenuto in studi pregressi.

Una prima utilità starebbe nella valenza rassicurante di una simile prospettiva. Mi riferisco alla preoccupazione spesso evocata circa gli effetti scardinanti ascritti al riconoscimento della capacità condizionante dei c.d. autovincoli legislativi. Proprio, infatti, una simile riflessione potrebbe portare a scoprire che, dovendo valutare la correlazione esistente tra il vincolo che il potere legislativo pone a sé medesimo e la fase del processo di ri-produzione normativa su cui va ad incidere, potrebbe non poco variare nelle diverse ipotesi la capacità vincolante concretamente esercitata. In sostanza: non tutti i c.d. autovincoli sarebbero, a questo riguardo, *eguali* e soprattutto *equivalenti*.

Ma, a mio parere, le maggiori virtuosità sarebbero da ricavarsi da talune caratteristiche che andrebbero riconosciute alla categoria.

Penso, alla valorizzazione della (generalmente riconosciuta) immanenza (logica, prima che giuridica) del canone del *tempus regit actum*. Penso, ancor di più, agli attributi della necessarietà e della normatività *quoad substantiam*.

Da esse si deduce, sinteticamente che:

a) non ammettendo l'ordinamento soluzioni di continuità nella disciplina in questione in costanza di processo normativo regolato, la dinamica di rinnovazione non può che avvenire per regole congeneri (*i.e.* fra norme sulla normazione). Con l'importante conseguenza per cui deroghe implicite da parte di norme di produzione sarebbero da negare, nel senso che non produrrebbero la rimozione della norma sulla normazione e quindi del vincolo da essa posto;

b) onde assicurare adeguata regolazione dei processi normativi, la classe in parola reclama per le sue regole la qualità sostanziale della natura normativa. Se mi si consente l'espressione allusiva, non vi è spazio per la "provvedimentalità" legislativa. Con l'altrettanto importante conseguenza di rigettare regolazioni per processo individuo ed escludere nella dinamica riproduttiva la successione di "misure" a "norme", in luogo del susseguirsi di "norme" a "norme".

Tali approdi, ove opportunamente supportati, a mio modo di vedere sarebbero in grado di portare a significativi risultati in termini di risposta ad endemiche tendenze disgregative del processo di produzione del diritto oggettivo ed a esigenze ordinative del sistema. Esigenze cui un rinnovato ruolo regolatorio del sistema normo-riproduttivo riconosciuto (*in primis* dai giuristi) alla legge ordinaria potrebbe senz'altro rispondere.

5. Segue. Per una rivalutazione del disvalore del vizio formale di legge

Vengo al secondo tema della prospettata revisione culturale.

È da qualche tempo in atto, nella nostra dottrina giuspubblicistica, una tendenza svalutativa del vizio formale di legge, generatasi in origine nell'ambito della scienza amministrativistica – ove soprattutto a partire dall'approvazione della legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo, si ragiona di *dequotazione* del vizio in parola – per poi conquistare successivamente anche quella costituzionalistica, orientandola ad una complessiva dequalificazione del suo stesso statuto teorico.

Sarò, anche in questo caso, un po' sommario, ancorché spero sufficientemente chiaro.

Orbene, a dare fiato, in misura forse determinante, all'operazione in parola è la *enfatizzazione dell'ancoraggio temporale* del vizio formale al fatto/evento che l'ha generato, sì che il trascorrere del tempo, in assenza del concorrente pregiudizio di un *interesse sostantivo*, farebbe venir meno l'esigenza della sanzione. Ricordo, a tal riguardo, quanto sosteneva Bobbio, secondo cui l'interprete, quando si occupa del vizio sostanziale, fa il giurista; quando, invece, si occupa del vizio formale, più che il giurista, fa lo storico. Di qui, dunque, la

percezione del vizio formale quale vizio gregario, marginale, di "serie B", inautonomo rispetto a quello sostanziale, la cui sanzione, in assenza del concorso di quest'ultimo, potrebbe porsi per l'ordinamento come "diseconomica", perché provocherebbe la caducazione di una legge dal contenuto apprezzabile.

Sarebbe da ricondurre a questo, del resto, il disagio e lo scarso rendimento mostrato dalla Corte nell'esercizio del sindacato sulla legittimità formale delle leggi.

Al di là dei molti spunti di interesse e dei significativi tratti di realismo, assieme al sincero afflato antiformalista che pervade questa posizione, non ne rimango persuaso, anzi, ai fini del discorso sul sistema delle fonti che si va qui conducendo, mi desta perplessità.

A me sembra, innanzitutto, che quello dell'ancoramento temporale costituisca, almeno in parte, un errore prospettico, che non tiene conto dell'idoneità del vizio formale a farsi prassi. Usando una formula un po' abusata, potremmo forse dire che si tratta di un problema di "miopia", nella misura in cui non viene tenuta in debita considerazione l'*alta potenzialità corrosiva* del sistema che, sul medio-lungo periodo, presenta il vizio in parola; potenzialità, data dal fatto che esso, assai più del vizio sostanziale, ove non sanzionato indebolisce fortemente la capacità prescrittiva della norma violata.

Assai significativo, a questo proposito, l'insegnamento di Carlo Esposito che in quella sua magistrale voce sulla consuetudine nel diritto costituzionale acutamente osservava come la classe delle norme sulla normazione, assai più della generale categoria di appartenenza – quella cioè delle norme *tout-court* – riposa sull'esigenza di una prassi conforme (una consuetudine applicativa, per dirla col chiaro A.), onde l'eventuale trasgressione assume un disvalore ben più profondo che per la norma comune. Mentre, infatti, le inottemperanze nei riguardi di quest'ultime «costituiscono illeciti che, quale ne sia la ripetizione, non implicano cessazione del vigore» della norma violata, le violazioni perpetrate ai danni delle prime «seguite dall'evento cui tendeva l'intenzione del trasgressore (che era di creare "diritto" senza rispetto delle regole sulla produzione del diritto) non si concretano in un torto o un illecito, ma in creazione di diritto».

Peraltro, l'eventuale assenza del concorrente pregiudizio ad un interesse sostantivo andrebbe compensata e – diciamo così – bilanciata dalla valutazione della potenziale *aggressività sistemica* del vizio formale, il quale vanta una evidente, sia pur troppo spesso ignorata, *plus-valenza* legata alla sua forte capacità comunicativa o, se si preferisce, alla sua alta tensione espansiva; ovverosia alla sua propensione all'affezione ordinamentale nel suo convertirsi da "vizio" a "viziosità" (*id est* a prassi viziosa).

Ed è, semmai, proprio questa sua caratteristica (piuttosto che l'imbarazzo generato dalla scarsa offensività del vizio) a rendere problematico, a mio modo di vedere, il sindacato operato dalla Corte costituzionale, le cui pronunce

possono avere un impatto a forte valenza precarizzante sul tessuto normativo, tale da poter generare un preoccupante "effetto-domino". Effetto, invero, dinanzi al quale – sia detto qui per inciso – la stessa Corte costituzionale non sarebbe del tutto sprovvista di soluzioni (almeno in parte) neutralizzanti.

Senza poi dire, infine, che la posizione in esame manca di valutare adeguatamente il fatto che separare le esigenze "formali" dell'ordinato sviluppo della nomodinamica da quelle "sostanziali" della salvaguardia dei diritti individuali può rivelarsi operazione dagli esiti assai discutibili. Come, infatti, anche la giurisprudenza costituzionale non ha mancato più volte di rammentare (v. esemplarmente la sent. n. 171 del 2007), dietro le une spesso si celano le altre. Non solo, come a suo tempo opportunamente sottolineato da Alessandro Pace, la stessa tutela della certezza del diritto va fatta valere non soltanto in relazione «alla doverosa chiarezza degli enunciati normativi, ma, a ben vedere, anche [con riguardo al]la legittima aspettativa a che i pubblici poteri rispettino il sistema delle fonti».

Per tutto questo, ritengo che un recupero di sensibilità fra i giuristi in tema di vizio formale di legge sarebbe in grado di procurare non poco giovamento alle dinamiche di produzione del diritto oggettivo, supportando innanzitutto il compito degli organi chiamati a svolgere una funzione di garanzia-presidio della norma sulla normazione che, in un clima di riacquisita consapevolezza, potrebbero trovare appoggio e stimolo ad imboccare la via di un significativo recupero di rendimento della propria azione.

Ed allora: *valorizzazione della norma sulla normazione*, da un canto, *rinnovata coscienza del disvalore della sua violazione*, dall'altro, potrebbero essere le stelle polari di un itinerario di revisione teorica capace di offrire un contributo non marginale ad una migliore tenuta del sistema normo-riproduttivo nel nostro ordinamento.

6. Sulle nozioni di crisi ed emergenza costituzionale

Vengo, a questo punto, a svolgere qualche considerazione sul nesso tra *crisi* e *produzione del diritto oggettivo* e, in ispecie, sulle possibili *anomalie* che la prima può generare sulla seconda.

A tal riguardo, mi pare d'uopo precisare, una volta per tutte, che – come, del resto, si sarà già notato – quello fatto in questa relazione è un utilizzo promiscuo dei termini "crisi" ed "emergenza", all'insegna di una tendenziale fungibilità.

Ciò in quanto, io non credo molto alla tradizionale distinzione in base alla quale la crisi costituzionale consisterebbe in una torsione del sistema finalizzata al trapasso ordinamentale, mentre l'emergenza costituzionale produrrebbe, sì, una deformazione dell'assetto ordinamentale, ma al fine di consentire un ritorno all'ordinaria dinamica. Tale differenziazione, infatti, pur essendo, forse,

utile da un punto di vista descrittivo, risulta, a mio parere, eccessivamente dipendente, più che dalla obiettività del fenomeno, da elementi intenzionali, i quali finiscono, a loro volta, per essere eccessivamente debitori all'andamento degli eventi, potendo – a conti fatti – le *crisi risolversi in emergenze* o, tutt'al contrario, le *seconde nelle prime*.

Vero è che talora l'elemento intenzionale si obiettivizza presentandosi l'atto (o la misura) adottato(a) sin da subito come finalizzato(a), ad esempio, al trapasso ordinamentale – verrebbe, qui, da ricordare il d. l. lgt. n. 151 del 1944 – nondimeno quella chiara finalizzazione potrà dirsi conseguita o meno solo alla luce dell'evolversi della situazione complessiva e, nel caso di esito infausto, la stessa qualificazione in termini di "crisi costituzionale" della vicenda finirebbe in forse.

E poi, dal punto di vista del diritto positivo e quindi di un ordinamento giuridico dato – che è la prospettiva in cui questo convegno si è mosso – esiste *solo e soltanto l'emergenza*.

Il che, si badi bene, non significa affatto che la torsione prodotta dalla situazione emergenziale non possa generare – per dir così – scorie destinate ad essere importate nel sistema a valle della riacquisita "normalità" e che, quindi, la situazione emergenziale possa in parte produrre *effetti non congiunturali*, destinati a provocare – per riprendere, ancora una volta, l'intitolazione del Convegno – delle "persistenze". Qui il pensiero potrebbe andare alla *più emergenziale delle revisioni costituzionali* quale fu quella del 2012 che portò, come noto, all'introduzione nell'art. 81 Cost. del principio dell'equilibrio del bilancio; in quanto tale destinata a gettare riflessi e produrre effetti ben al di là della contingenza in cui ha visto la luce ed, anzi, l'ha in qualche modo pretesa.

Non solo, e per converso, neppure deve escludersi che oltre provocare conseguenze ultra-congiunturali è possibile che la situazione emergenziale produca esiti di "desistenza indotta" nei confronti di misure emergenziali pregresse ad effetto stabilizzato. Si pensi, a tale proposito, al complesso regolatorio fiorito, su scala interna ed europea, intorno alla crisi economica iniziata nel 2008 sul quale si è tuttavia abbattuto l'effetto di parziale neutralizzazione conseguente alla successiva emergenza pandemica. Effetto che, anche ad emergenza pandemica (momentaneamente) archiviata, parrebbe trovare ulteriore spinta dall'apertura della drammatica emergenza bellica derivante dallo scoppio del conflitto russo-ucraino.

Del resto e conclusivamente, mi sembra che alla fungibilità fra i due termini possa spingere anche l'uso degli stessi che si riscontra nel titolo del Convegno, in cui, da un verso, si registra la qualificazione di quelle economica e pandemica come crisi nonostante l'assenza di una loro ordinazione alla transizione prdinamentale e, dall'altro, si allude all'emergenza per indicare il complesso dei

loro possibili esiti di natura transitoria in contrapposizione a quelli non reversibili (le c.d. persistenze).

Fatte, allora, queste precisazioni, procedo con qualche riflessione nel merito.

7. Emergenza costituzionale e versante delle norme. Il "tempo" della deroga

S'è detto, prima, che vi sono torsioni endemizzate nel nostro meccanismo di produzione normativa, nei cui confronti quelle prodotte in contesto emergenziale possono collocarsi persino in una prospettiva di continuità. Ciò non toglie, però, che l'enfatizzazione prodotta dalle situazioni di crisi generi comunque frizioni e anomalie aggiuntive, su cui è necessario portare attenzione.

Ora, se c'è un primo, più evidente e diffuso tratto differenziale della produzione normativa in frangente emergenziale è quello legato alla natura tendenzialmente derogatoria della normativa adottata. La deroga d'altronde, come figura generale, si sposa piuttosto bene con l'emergenza intesa nel senso, sopra richiamato, di torsione ordinamentale orientata al ritorno alla normalità: la norma emergenziale, in quanto derogatoria, non sopprime quella "ordinaria", ma ad essa si affianca, si sostituisce per un certo periodo, per poi scomparire assieme al cessare dell'emergenza.

Così la deroga, da figura comprimaria nella definizione dei reciproci rapporti fra norme e delimitazione delle rispettive sfere di efficacia – accompagnata, com'è, da altre figure come l'abrogazione e la sospensione – diviene invece protagonista assoluta nella dinamica di riproduzione del diritto oggettivo.

Sennonché, com'è abbastanza noto, la deroga costituisce una figura dal doppio volto.

Un primo, che mi sentirei di definire "gentile", che essa presenta quando associata all'applicazione del cosiddetto criterio di specialità e, quindi, all'esigenza del sistema normativo di fornire discipline quanto più aderenti alla molteplicità del reale. Ed un secondo, più "ruvido", che si manifesta quando applicata allo scopo di consentire ad una norma (per l'appunto, derogante) di sottrarsi al rispetto di altra norma condizionante (che ne risulta così derogata). Qui evidentemente essa svela una propensione più antagonista, anzi, come mi è capitato di dire in passato, il suo apparire è accompagnato da un *retrogusto di disobbedienza*.

Ora, è soprattutto in tale ultima veste che, la figura conquista spazio e risulta meritevole di particolare considerazione in tempo di emergenza. È questa, d'altronde, la lezione offerta dalla nostra carta costituzionale con riferimento alla unica emergenza espressamente trattata quale condizione e situazione vissuta dall'ordinamento: l'emergenza bellica.

Quando, infatti, si verifica una simile emergenza – attestata dalle Camere ai sensi dell'articolo 78 della Costituzione – l'ordinamento costituzionale quasi naturalmente si apre all'eventualità che il legislatore possa essere dispensato

dal rispetto delle norme costituzionali. Tale dispensa può essere espressamente prevista da specifiche disposizioni –

si pensi a quanto statuito, a tal riguardo, dagli articoli 60, 111, 113 e, in passato, 27 della Costituzione – oppure scaturire, sempre a norma dell'articolo 78 della Costituzione, dal conferimento al Governo dei «poteri necessari».

In questo caso, dunque, è proprio il fatto emergenziale, in quanto opportunamente accertato, a fornire alla fonte interessata il titolo di legittimazione per disporre "in deroga".

Ma l'associazione deroga-emergenza fa sì che sulla prima, a differenza di quanto accade nel tempo della "normalità", si riversi anche la qualità della transitorietà-temporaneità che, ad onta di quanto pure taluno sostiene, essa non possiede di per sé, non foss'altro perché reversibilità e stabilità non sono aspetti necessariamente e logicamente in contraddizione fra loro. Questo, perché il carattere strutturalmente temporaneo o congiunturale della situazione emergenziale offre alla norma in deroga un titolo di legittimazione precario, consentendole di sottrarsi alla norma condizionante solo in costanza del presupposto emergenziale, il cui venir meno porterà con sé la perdita della sua propria giustificazione. In tale contesto, si rivela, quantomeno sotto il profilo della dinamica normativa, il forte avvicinamento fra deroga e sospensione; figure che altrimenti, di là da talune visioni semplificanti ed assimilatorie, presentano, a mio parere, chiari indici di distinzione.

Sennonché, ad arginare le "magnifiche sorti e progressive" dell'ascesa della deroga in tempo di emergenza è – di là dalla questione dell'individuazione del nucleo duro dell'ordinamento, la cui protezione è condizione perché l'emergenza non si tramuti in altro da sé, cioè a dire in crisi, per stare al lessico in uso – la preclusione ad intervenire in forma derogatoria sul processo decisionale di adozione della disciplina "in deroga" o, più ancora, di certificazione dello stato emergenziale che giustificherà l'adozione di quest'ultima. Nel contrasto fra la natura (necessariamente generale e non congiunturale) della norma sulla decisione-certificazione e la deroga puntuale disposta in condizione emergenziale, ritengo che la prima debba sempre far premio. In sostanza, proprio la via verso l'emergenza deve poter restare indenne dall'effetto sul piano normativo che essa intende produrre, salvo ovviamente che la deroga per singola emergenza non trovi ragione nell'inadeguatezza della disciplina generale a farvi fronte. In questo senso, sia consentito l'accenno alla stretta attualità, la vicenda che ha portato al coinvolgimento (sia pur non diretto) del nostro Paese nel conflitto ucraino non appare scevra da rilievi critici, visto il ricorso nella specie allo strumento del decreto-legge in deroga a quanto previsto dalla normativa-quadro (l. n. 145 del 2016).

8. Emergenza costituzionale e versante degli atti. Ordinarietà *vs* straordinarietà

Quanto appena osservato induce quasi naturalmente a fare un ulteriore passo in avanti ed a spostare l'attenzione dal piano delle norme adottate in regime emergenziale a quello degli atti adottabili o, meglio, dello strumentario a disposizione per porre quelle medesime norme. Ebbene, in questo mutamento di prospettiva quel che s'è detto sulla potenzialità derogatoria del tessuto normativo alimentata dalla situazione di emergenza trova un parziale ridimensionamento. E sì, perché ci sono emergenze che l'ordinamento richiede siano affrontate con strumenti straordinari appositamente previsti ed emergenze che, invece, possono finire per essere gestite con strumenti ordinari. Ne consegue che, se il provvedere presenta il tratto prevalente del "fare eccezione", non così la sua forma.

Dirimente, a questo riguardo, è la dicotomia che fa perno sulle modalità attraverso le quali si può giungere alla giuridica certificazione del fatto emergenziale.

Da un verso, infatti, vi si può pervenire attraverso una specifica dichiarazione operata dal decisore politico specificamente deputato, che trasforma il fatto (emergenziale) in stato (d'emergenza). Dall'altro, però, quella certificazione può discendere semplicemente dall'evocazione della situazione emergenziale operata dal legislatore (o, se del caso, dall'interprete) a giustificazione delle misure adottate attraverso il singolo provvedimento. Lì, quindi, una diretta attestazione di uno stato di fatto in cui poter adottare misure straordinarie, qui un riferimento ad una situazione fattuale ad opera delle misure straordinarie adottate.

Ebbene, è in ipotesi del primo tipo che normalmente si registra la previsione di strumenti normativi *ad hoc* o – con espressione largamente in uso – *extra ordinem*, cui poter attingere per l'adozione delle misure necessarie. È quanto da noi accade, ancora una volta, nell'emergenza bellica, giuridicamente certificata attraverso la deliberazione dello stato di guerra da parte delle Camere o in quella di protezione civile, ai sensi della previsione di cui all'articolo 24 del d. lgs. 1 del 2008. Mentre, in casi riconducibili alla seconda tipologia, la gestione normativa della situazione può restare affidata a strumenti ordinari, la cui preferenza, fra l'altro, risponde anche ad esigenze di sdrammatizzazione della stessa congiuntura emergenziale, cui può aggiungersi anche l'intento di sottrarre la normativa adottata a più stringenti canoni di scrutinio. Insomma, una parziale mimesi in funzione neutralizzante per la quale s'è coniata l'espressione di "tecniche sostitutive". L'esempio che può farsi, rimanendo all'esperienza del nostro Paese, è quello della gestione dell'emergenza terroristica interna (anni 70 e 80 dello scorso secolo) ed internazionale (all'inizio di questo secolo), per lo più affidata all'esercizio della potestà di decretazione d'urgenza.

Certo, non è detto che l'utilizzo di strumenti normativi "ordinari" non venga accompagnato dalla presenza di tratti di significativa atipicità-singolarità del mezzo utilizzato. Così, ad esempio, per stare alle emergenze "sorvegliate speciali" di questo convegno, in quella economica di fine anni '10 di questo secolo un caso esemplare può essere individuato nella revisione "urgenziale" dell'art. 81 della Costituzione (assieme agli artt. 97, 117, 119) compiuta nel 2012; mentre in quella più recente pandemica – che, pur se originata giuridicamente da apposita dichiarazione di "stato", secondo il dettato dell'art. 24 del d. lgs. n. 1 del 2008 (c.d. Codice della protezione civile), è stata ben presto gestita affrancandosi dagli strumenti lì previsti – la mente non può andare che all'uso fatto dello strumento del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, gravato di una responsabilità decisionale assolutamente non comparabile con i pregressi utilizzi.

In altre eventualità, poi, la rinunzia allo strumentario *extra ordinem* è discesa dal rifiuto di ricorrere alla dichiarazione emergenziale, pur in presenza del sostrato fenomenico tipico. Qui il richiamo non può che essere alla *costante* mancata deliberazione dello stato di guerra nelle diverse occasioni di partecipazione del nostro Paese a conflitti armati, a far tempo dalla prima guerra del Golfo all'inizio degli anni '90 dello scorso secolo. Ebbene, in tutti quei frangenti la separazione della decisione *sulla guerra* da quella riguardante *lo stato di guerra* – che ha radici nella concezione, assolutamente diffusa fra i costituenti ed egualmente dominante per diversi decenni in dottrina, del carattere esclusivamente difensivo della guerra costituzionalmente ammessa e conferme nella legislazione ordinaria in materia (leggi nn. 25 del 1997 e 145 del 2016) – ha sostanzialmente trovato giustificazione nella avvertita *non necessità* di avviare l'ordinamento verso la torsione che la deliberazione dello stato di guerra avrebbe recato con sé, ritenuta non corrispondente (per eccesso) all'impatto complessivo ingenerato nel Paese dalle vicende belliche in cui è stato coinvolto.

9. Sulla deliberazione dello stato di emergenza

Da quanto fin qui detto vorrei, allora, provare a trarre un'ultima considerazione, con cui intendo concludere le mie riflessioni.

Rilevo come un dato ricorrente il fatto che, nelle diverse congiunture di crisi o di emergenza che si sono susseguite nel corso degli ultimi decenni, da un verso, si sia evocata la possibilità di un'interpretazione estensiva dell'articolo 78 della Costituzione, idonea a consentirne un utilizzo anche al di fuori della sua fattispecie tipica; ovvero anche la necessità di una revisione costituzionale allo scopo di introdurre nella Carta una disciplina dell'emergenza diversa dalla guerra. Dall'altro, e per contro, si è sempre più rafforzato l'atteggiamento critico nei confronti del medesimo articolo 78, accusato di essere un "vecchio arnese", recante una disciplina oramai del tutto inadeguata a far fronte alla

congiuntura bellica, come mostrato, del resto, dalla sua costante "inattuazione" in occasione dei conflitti armati cui il nostro Paese ha preso parte negli ultimi decenni.

Debbo dire che non mi sento conquistato né dall'uno, né dall'altro indirizzo.

Aderisco piuttosto all'idea secondo cui nell'articolo 78, letto in combinazione con l'art. 87, comma quinto, della nostra Carta andrebbe individuata una sorta di previsione-modello, la cui logica di impianto potrebbe fungere da matrice per la regolazione anche di altre eventuali situazioni di emergenza su scala nazionale che, al pari di quella bellica, possano sfidare e mettere a dura prova la *salus rei publicae*. Logica imperniata sul concorso necessario di Parlamento, Governo e Presidente della Repubblica: l'uno – come è stato detto – vantando, nella specie, una primazia *in posizione*; l'altro una primazia *in funzione* (od operativa); l'altro ancora, infine, una primazia *in garanzia*.

Vale forse la pena di rilevare come questo calco costituzionale sia stato utilizzato nella legislazione ordinaria che, a partire dalla fine dello scorso millennio, ha inteso regolare il processo decisionale relativo alla partecipazione italiana a conflitti armati, in assenza di dichiarazione dello stato di guerra. Sia, infatti, nel caso dell'art. 1, lettera *a)*, della legge n. 25 del 1997, che nella disciplina recata dalla più recente legge-quadro n. 145 del 2016, si registra la chiara impronta della filosofia istituzionale ispiratrice della richiamata disciplina costituzionale. E questo (di là dai singoli aspetti considerati), sia in termini di articolazione del quadro dei soggetti intervenienti, sia soprattutto in punto di reciproci rapporti e posizioni fra di essi. Ad essere confermato, in modo particolare, è il ruolo centrale delle Camere chiamate a previamente autorizzare la missione militare.

Ed allora, io mi chiedo se ciò non debba valere anche per la disciplina riguardante lo stato di emergenza nazionale, attualmente contenuta nel d.lgs. n 1 del 2008.

Questo, come noto, prevede all'uopo tre fondamentali passaggi.

Il primo è rappresentato dalla proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri (anche su istanza di un Presidente di regione interessato) di deliberare lo stato di emergenza. Il secondo è costituito dalla deliberazione del Consiglio dei Ministri, con la quale si dichiara, per l'appunto lo stato di emergenza, di cui vengono definiti durata ed estensione territoriale, autorizzando il ricorso al potere di emanare ordinanze di protezione civile. Il terzo, infine, è incentrato sul ricorso allo strumento dell'ordinanza *extra ordinem*, con cui adottare misure di gestione della congiuntura emergenziale idonee a porsi in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella stessa deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea. Tale potere di ordinanza

è imputato al Presidente del Consiglio che si avvale per il suo esercizio dell'intervento del Capo del Dipartimento della Protezione civile.

Si tratta, com'è abbastanza evidente, di un percorso fondamentalmente endogovernativo. Percorso che, come ognun sa, in occasione della emergenza pandemica, dopo una primissima fase ha subito un brusco cambio di indirizzo, mercé l'abbandono del potere di ordinanza in favore del ricorso al duplice strumento del decreto-legge e del decreto del Presidente del Consiglio. Così che, alla diade "deliberazione dello stato emergenziale-ordinanza *extra ordinem*" si è sostituita un'altra diade: "d.l.-dPCm".

Sono note a tutti le critiche che ne sono derivate. Non interessa qui ripercorrere quell'articolato dibattito, se non per rammentare i ricorrenti rilievi circa la marginalizzazione del ruolo del Parlamento e la sua subalternità rispetto all'eccesso di protagonismo governativo che, specialmente a seguito della clamorosa enfatizzazione del ruolo monocratico del Presidente del Consiglio, si è venuto a determinare.

Quel che, tuttavia, viene da osservare è che se si fosse, invece, seguita – come accaduto nei primissimi momenti della crisi pandemica – la strada tracciata dal Codice di protezione civile, non credo proprio che nel circuito lì delineato il ruolo delle Camere sarebbe cresciuto. Anzi, mi sento di dire, tutt'altro.

Ed allora, proprio questo è il punto. Bisognerebbe far rifluire anche sulla disciplina relativa alla definizione-gestione delle emergenze di scala nazionale quello spirito di fondo che, come s'è detto, intesse ed anima la tanto deprecata «Costituzione della difesa». È quanto già accaduto – come s'è già detto – nella normativa sulle missioni militari non richiedenti l'applicazione dell'art. 78 Cost. ed è quanto dovrebbe accadere, più in generale, per emergenze analoghe quanto a scala. È questa, in conclusione, la modesta proposta che mi viene da formulare proprio alla luce dell'esperienza dell'emergenza pandemica.

CONTRIBUTO ALLO STUDIO DEI RAPPORTI FRA PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA E SISTEMA DELLE FONTI STATALI: DINAMICHE, CONDIZIONAMENTI E PROSPETTIVE*

DAVIDE DE LUNGO**

Sommario

1. Il PNRR nel sistema delle fonti. - 2. Il sistema delle fonti statali nel PNRR. - 3. La questione della sottoponibilità a referendum abrogativo delle leggi e degli atti aventi forza di legge attuativi del PNRR. - 4. Le leggi e gli atti aventi forza di legge attuativi del PNRR nel giudizio di legittimità costituzionale.

Abstract

The purpose of this work is to study the dynamics, conditionings and perspectives determined by the NRRP with respect to the system of national sources of law, both in its genetic phase and in its implementation.

This requires, first of all, an analysis of whether and how the Plan can find a place in it or, in any case, what legal effects it is able to produce in relation to the national legal system. The work then examines the problems that the legislative acts implementing the NRRP pose with respect to the abrogative referendum and the judgement of constitutional legitimacy.

Suggerimento di citazione

D. DE LUNGO, *Contributo allo studio dei rapporti fra Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e sistema delle fonti statali: dinamiche, condizionamenti e prospettive,* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 3/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il presente saggio riprende, con modifiche e ampliamenti, riflessioni sviluppate nell'ambito del volume D. De Lungo – F.S. Marini (a cura di), *Scritti costituzionali sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza,* di futura pubblicazione.

** Consigliere parlamentare della Camera dei deputati, già Professore associato di Diritto pubblico. Le opinioni espresse sono personali e non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza.

Contatto: delungo_d@camera.it.

© 2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 3/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Il PNRR nel sistema delle fonti

Il presente lavoro si propone lo studio delle dinamiche, dei condizionamenti e delle prospettive determinate dal PNRR rispetto al sistema delle fonti statali, sia nella sua fase genetica che in quella attuativa.

Ciò richiede, anzitutto, di analizzare se e come il Piano possa trovarvi collocazione o, comunque, quali effetti giuridici sia idoneo a produrre in relazione all'ordinamento nazionale.

Nel tentare una risposta, occorre muovere dal Regolamento (UE) 2021/241, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza[1].

In via di estrema sintesi, secondo il Regolamento, lo Stato membro che desidera accedere ai contributi e ai prestiti deve presentare alla Commissione un piano per la ripresa e la resilienza (art. 18). La Commissione – anche all'esito di interlocuzioni con lo Stato membro che possono condurre a modifiche del documento – in caso di valutazione positiva sottopone al Consiglio dell'Unione europea una proposta di decisione di esecuzione (art. 19); essa indica, fra l'altro, le riforme e i progetti di investimento che dovranno essere attuati dallo Stato membro, compresi i traguardi, gli obiettivi, i contributi finanziari e i prestiti (art. 20, commi 2-5). Il Consiglio, infine, mediante decisione di esecuzione, approva la valutazione della Commissione circa il piano per la ripresa e la resilienza presentato dallo Stato membro (art. 20, comma 7). I meccanismi di verifica periodica e i parametri di rendicontazione sono poi ulteriormente specificati, a valle, da accordi operativi stipulati fra la Commissione e lo Stato membro (art. 20, comma 6).

Per il PNRR italiano, la trasmissione dal Governo alla Commissione è avvenuta in data 30 aprile 2021. Il 22 giugno 2021 la Commissione europea ha pubblicato la proposta di decisione di esecuzione del Consiglio, che quest'ultimo ha adottato il 13 luglio 2021; la decisione di esecuzione è accompagnata da un allegato con cui – recependo in buona sostanza la proposta di Piano predisposta dall'Italia – vengono definiti, in relazione a ciascun investimento e riforma, precisi obiettivi e traguardi, cadenzati temporalmente, al cui conseguimento si lega l'assegnazione delle risorse su base semestrale. Il 28 dicembre 2021 sono stati conclusi gli accordi operativi fra Commissione e Italia.

Sul versante interno, l'elaborazione del documento è stata affinata

[1] Si danno per presupposte, non essendo possibile illustrarle in questa sede, le vicende politiche e istituzionali che hanno portato all'adozione del Regolamento. Fra gli snodi salienti, ci si limita a ricordare il raggiungimento, a monte, dell'accordo politico tra Parlamento europeo e Presidenza di turno tedesca, il 18 dicembre 2020, sulla base degli orientamenti formulati dai Capi di Stato e di Governo il 21 luglio 2020 e del documento predisposto dalla Commissione europea il 27 maggio 2020.

nell'ambito di un articolato confronto fra le Camere e il Governo[2]. In particolare, nei mesi di settembre e ottobre 2020, la V Commissione (Bilancio) della Camera e le Commissioni riunite 5ª (Bilancio) e 14ª (Politiche dell'Unione europea) del Senato, anche sulla base delle Linee guida per la definizione del PNRR prodotte dal Governo, hanno avviato un'attività conoscitiva, poi culminata il 13 ottobre 2020, con l'approvazione di due distinte risoluzioni da parte delle Assemblee di Camera e Senato, in funzione d'indirizzo[3]. Tenendo conto degli orientamenti parlamentari, il Governo Conte II ha adottato la prima proposta di PNRR trasmessa alle Camere il 15 gennaio 2021. Dopo l'insediamento del nuovo Governo Draghi, l'esame parlamentare è proseguito, con un supplemento di attività conoscitiva da parte delle Commissioni competenti, sfociato in due relazioni, una per la Camera e una per il Senato, poi fatte proprie dalle Assemblee (rispettivamente il 31 marzo e il 1° aprile), attraverso l'approvazione di due risoluzioni di analogo contenuto[4].

Il 25 aprile il Governo ha trasmesso alle Camere il testo modificato della proposta di PNRR. Il 26 e 27 aprile 2021, il dibattito parlamentare si è concluso con l'approvazione delle risoluzioni delle due Assemblee[5], e, infine, la proposta definitiva è stata trasmessa dal Governo alla Commissione europea il 30 aprile 2021.

A uno sguardo d'insieme, il Piano si presenta come atto caratterizzato da una doppia dimensione e rilevanza ordinamentale, nazionale ed eurounitaria[6]. Mutuando categorie consolidate, il Piano mostra, per certi versi, i caratteri dell'atto complesso e della fattispecie a formazione progressiva, poiché alla determinazione dell'effetto giuridico finale concorrono le volontà di soggetti differenti (lo Stato membro, nel caso italiano sulla base dell'interlocuzione fra Governo e Camere, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione europea), che intervengono in una sequenza procedimentale, o meglio pluri-procedimentale, scandita in segmenti temporalmente e funzionalmente distinti, ciascuno sugellato da un atto autonomo (la proposta dello Stato membro, la raccomandazione della Commissione, la decisione di esecuzione del Consiglio e il relativo allegato, l'accordo fra Commissione e Stato membro).

In questo reticolo di atti produttivi di effetti giuridici, la puntuale individuazione degli impegni assunti dallo Stato è determinata principalmente nella proposta di Piano proveniente dallo Stato membro, così come "recepito"

[2] Per una analitica ricostruzione dell'*iter* parlamentare si rinvia alla scheda di lettura del SERVIZIO STUDI DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, *Il Piano nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1253627.pdf?_1661348799568.*

[3] Più di preciso, la risoluzione 6/00138 della Camera e la risoluzione 6/00134 del Senato.

[4] La risoluzione 6/00179 della Camera e la risoluzione 6/00181 del Senato.

[5] La risoluzione 6/00189 della Camera e la risoluzione 6/00188 del Senato.

[6] Duplicità evidenziata anche da M. CLARICH, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Corr. giur.*, n. 8-9/2021, 1027.

dalla proposta della Commissione approvata dalla decisione di esecuzione del Consiglio e cristallizzato nel relativo allegato.

Delineati disciplina e fisionomia, ci si può interrogare sulla eventuale collocabilità del PNRR entro il sistema delle fonti. La questione – alla luce di quanto accennato – non sembra dipendere tanto dalla "fase nazionale", rispetto alla quale gli atti prodotti in sede governativa (la proposta di Linee guida e la proposta di Piano) e parlamentare (le risoluzioni) hanno natura eminentemente politica, inscrivendosi all'interno del circuito d'indirizzo e fiduciario; quanto, piuttosto, dalla "fase europea", e dalla qualificazione della decisione di esecuzione del Consiglio, che, approvando la proposta della Commissione, non solo approva in via indiretta, per rinvio, lo stesso Piano oggetto di valutazione positiva della Commissione, ma, nell'allegato, ne ripete e cristallizza gli impegni, novandone così la fonte.

La decisione di esecuzione del Consiglio, di cui all'art. 20 del Regolamento (UE) 2021/241, come si evince sia dal *nomen,* sia dai contenuti sostanziali e dalla struttura: i) è una decisione, dunque, *ex* art. 288 del TFUE, obbligatoria in ogni suo elemento per i destinatari designati, munita di diretta applicabilità e, sussistendone i presupposti, di efficacia diretta[7]; ii) è un atto di esecuzione del Regolamento medesimo, ai sensi dell'art. 291 del TFUE[8], affidato al Consiglio «per garantire condizioni uniformi di attuazione»[9].

Ora, nella sistematica del diritto eurounitario, la decisione di esecuzione non può essere considerata un atto legislativo, per la ragione di non venire a esistenza secondo il procedimento legislativo ordinario o speciale, ma secondo il procedimento, per alcuni versi, "atipico" previsto dall'art. 20 del Regolamento (UE) 2021/241. Tuttavia, non è dubbio che si tratti di un atto vincolante di diritto derivato, idoneo a produrre tutti gli effetti giuridici a esso propri – e, quindi, di un atto fonte nell'ordinamento europeo[10] – "innescando"

[7] Sul regime giuridico delle decisioni, fra molti, cfr. G. GAJA, *Fonti comunitarie*, in *Dig. disc. pubbl.,* VI, UTET, Torino, 1991, 443 ss.; P. MORI, *Articoli 288-289 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di)*, Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, 2249 ss.; R. ADAM – A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2020, 190 ss.; G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, I, Editoriale scientifica, Napoli, 2021, 193 ss. In giurisprudenza, si vedano, per i profili di obbligatorietà, C. giust., sent. 21.5.1987, 249/85, *Albako;* per l'efficacia diretta, C. giust., sent. 6.10.1970, C-9/70, *Grad*, e, con particolare riferimento alle decisioni del Consiglio, C. giust., sent. 7.6.2007, C-80/06, *Carp* e sent. 20.11.2008, C-18/08, *Fosolev*.

[8] A norma del quale: «1. Gli Stati membri adottano tutte le misure di diritto interno necessarie per l'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione. 2. Allorché sono necessarie condizioni uniformi di esecuzione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione, questi conferiscono competenze di esecuzione alla Commissione o, in casi specifici debitamente motivati e nelle circostanze previste agli articoli 24 e 26 del trattato sull'Unione europea, al Consiglio […] 4. I termini "di esecuzione" sono inseriti nel titolo degli atti di esecuzione».

[9] Cfr. Considerando 69 del Regolamento.

[10] È noto, infatti, come le decisioni, nonostante la portata provvedimentale, siano pacificamente annoverate fra le fonti del diritto europeo: cfr. i riferimenti della nt. 7.

l'attivazione del principio di leale cooperazione, in forza del quale incombe sugli Stati membri l'obbligo di adottare ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione, oltreché di astenersi da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione stessa[11].

La cogenza del dispositivo, peraltro, trova rinforzo in una serie di fattori aggiuntivi.

Per cominciare, il Piano è attivato su base volontaria da parte dello Stato membro, che manifesta così l'intenzione di sottomettersi agli obblighi convenuti, a fronte dell'accesso ai contributi e ai prestiti: tali obblighi non possono essere disattesi, essendo necessario, per modificarli o sottrarsi ad essi, esperire l'apposita procedura di cui all'art. 21 del Regolamento (UE) 2021/241. In secondo luogo, l'accordo attuativo stipulato a valle fra Stato membro e Commissione definisce, su base pattizia, ulteriori condizioni su procedure e criteri di monitoraggio degli adempimenti, apprestando una serie addizionale di limitazioni alla sfera giuridica statale. Infine, potrebbe ritenersi che una sorta di "legificazione per presupposizione" sia stata operata dal decreto-legge n. 77 del 2021, sulla *governance* del PNRR[12].

Da tutto ciò discende – limitandosi alle ricadute più immediate sul sistema delle fonti interno – che gli impegni assunti nel Piano integrano, quale parametro interposto, i «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario», di cui all'art. 117, comma 1, Cost., e rappresentano una manifestazione delle limitazioni di sovranità ammesse dall'art. 11 Cost., legate alla partecipazione dell'Italia al processo d'integrazione europea[13]. Inoltre, vista la giurisprudenza della Corte di giustizia sul regime giuridico delle decisioni, le previsioni della decisione di esecuzione e dell'allegato annesso possono in astratto considerarsi non solo direttamente applicabili, ma anche direttamente efficaci,

[11] Principio, oggi sancito dall'art. 4, comma 3, TUE, ritenuto una pietra angolare dell'*acquis* comunitario, su cui è stata ancorata una parte significativa dei rapporti e dei criteri di risoluzione delle antinomie fra diritto europeo e diritto nazionale: cfr., anche per ulteriori rinvii bibliografici, P. DE PASQUALE – M. CARTABIA – C. IANNONE, *Articolo 4 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., 28 ss.

[12] In questo senso F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, in *La Magistratura*, n. 2/2022, 87. Spunti analoghi, se non si erra, anche in M. CLARICH, *Il Piano,* cit., 1031 ss.

[13] Senza pretese di esaustività, entro la copiosa giurisprudenza sul meccanismo d'integrazione del parametro costituzionale da parte delle norme europee cfr., ad esempio, Corte cost., sentt. nn. 406 del 2005, 129 del 2006, 102 del 2008, 266 del 2010. La sent. n. 406 del 2005, peraltro, si segnala per la particolare attenzione del giudice costituzionale a ricomprendere nel parametro anche gli atti attuativi del diritto derivato, che, nel caso del PNRR, rispetto al Regolamento (UE) 2021/241, sarebbero la decisione di esecuzione del Consiglio e l'accordo fra Commissione e Stato membro.

nei casi in cui presentino carattere chiaro, preciso e incondizionato[14].

I vincoli in parola si dispiegano rispetto a ogni livello territoriale (Stato, Regioni, enti locali) e non solo verso gli organi amministrativi e giurisdizionali, ma anche nei confronti dello stesso legislatore: tratto, quest'ultimo, inedito per vari profili. Se infatti si risale a quello che – pur ovviamente calato in un contesto storico e giuridico del tutto diverso[15] – appare il più prossimo precedente del PNRR, cioè il «Programma economico nazionale per il quinquennio 1966-70»[16], approvato con la legge n. 685 del 1967, anche qui la realizzazione degli obiettivi era sì rimessa a future leggi, ma l'impegno era sancito da meri autovincoli legislativi. Nel nostro sistema delle fonti, però, le prescrizioni sostanziali formulate da leggi o atti aventi forza di legge anteriori a carico di leggi o atti aventi forza di legge posteriori hanno valore soltanto sul piano politico, potendo essere derogate in modo espresso o tacito[17]: non a caso, il Programma restò per lo più inattuato. Per il PNRR, invece, la giuridica vincolatività è assicurata dall'aggancio esterno al diritto europeo, e alla peculiare efficacia che questo produce nell' ordinamento italiano, sul fondamento degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. Anche volgendo l'attenzione all'esperienza più recente, ad esempio ai Programmi Nazionali di Riforma (PNR) che il nostro Paese è tenuto a presentare ogni anno alle istituzioni europee nell'ambito del procedimento di formazione del bilancio, l'efficacia giuridica del PNRR si presenta in termini assai più stringenti, posto che i PNR sono approvati in sede europea con una raccomandazione (in linea di principio non vincolante, sebbene munita di altri presidi), mentre il PNRR è approvato con una decisione di esecuzione[18].

[14] Si vedano ancora C. giust., sent. 6.10.1970, C-9/70, *Grad*, sent. 7.6.2007, C-80/06, *Carp* e sent. 20.11.2008, C-18/08, *Fosolev*.

[15] La cornice storica è quella degli esordi del centro-sinistra organico, con la programmazione economica assunta quale elemento distintivo delle forze socialiste: in argomento, per i riferimenti essenziali, cfr. C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia 1848/1994*, Laterza, Roma-Bari, 2002, 468; G. SABBATUCCI – V. VIDOTTO, *Storia contemporanea – Il Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 2008, 336 ss.

[16] Il parallelismo è analiticamente sviluppato in M. CLARICH, *Il Piano,* cit., 1029 ss. Per un inquadramento più generale sulla programmazione economica, anche in riferimento al Piano quinquennale italiano, cfr. A. PREDIERI, *Il programma economico 1966-70. Aspetti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1967, 26 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Cedam, Padova, 1976, 1129; M.S. GIANNINI, *Pianificazione*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, 629 ss.; M. CARABBA, *Programmazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, Utet, 1997, 36 ss.

[17] Nella letteratura sul tema, si vedano almeno C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Giuffrè, Milano, rist. 1964, 154 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Cedam, Padova, 1976, 169 ss.; F. MODUGNO, *Validità (dir. cost.)*, *in Enc. dir.*, XLVI, Giuffrè, Milano, 1993, 44 ss.; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, 90 ss.; S.M. CICCONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2007, 61; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, 250 ss.

[18] Su questo specifico aspetto, oltreché per un inquadramento più generale dei profili procedimentali e sostanziali della *governance* economica europea e del ciclo di bilancio, cfr. A. MONORCHIO

Ma vi è di più. Il metodo della pianificazione-programmazione per obiettivi su base pluriennale unito al carattere della giuridica vincolatività verso il legislatore, e dunque verso i Governi e le maggioranze parlamentari indipendentemente dalla composizione politica e dal ciclo delle Legislature, lascia intravvedere nel PNRR una modalità di determinazione dell'indirizzo politico vicina alle teorie "normative", anziché a quelle "esistenziali"[19]. Il Piano, infatti, pur non esaurendo certo lo spettro delle finalità e delle politiche che lo Stato può determinarsi a perseguire, investe settori ampi e trasversali, individuando in maniera puntuale, in rapporto a essi, i fini (assi strategici, priorità, *target* e *milestones*), gli strumenti (le tipologie di provvedimenti da adottare) e le risorse (organizzative e finanziarie) da impiegare. Il Piano, così, imprime un condizionamento su ciascuna delle tre fasi in cui le principali teorie normative scompongono la formazione dell'indirizzo politico (teleologica, strumentale ed effettuale)[20], o – in accordo ad altra ricostruzione – sia sulla fase in entrata che in uscita dell'indirizzo politico stesso[21]. All'evidenza, la peculiarità dell'indirizzo politico stabilito nel Piano risiede nell'ampio intervento di soggetti esterni, le istituzioni eurounitarie, nella sua determinazione, e nel fatto che la sua vincolatività poggi, in definitiva, su atti e fonti europee, con la conseguente capacità d'imporsi nel nostro ordinamento con l'efficacia loro tipica. Si tratta, per questi elementi, di un indirizzo politico in una qualche misura eteronomo e dunque non più appannaggio esclusivo del decisore politico nazionale, cui pure residuano margini di discrezionalità[22]. In definitiva, la leva dei contributi e dei prestiti, dei quali lo Stato decide su base volontaria di beneficiare, tramite meccanismi di condizionalità e logiche sul prototipo dei *grants in aid*[23], estende anche alle riforme settoriali e di sistema uno schema

– L. MOTTURA, *Compendio di contabilità di Stato*, Cacucci, Bari, 2021, 44 ss., spec. 51. La pregnanza ancora maggiore dei vincoli derivanti dal PNRR, rispetto a quelli assunti rispetto alla formazione del bilancio, è evidenziata da N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi.it*, n. 1/2022, vii.

[19] La notazione, in dottrina, è di A. SCIORTINO, *PNNR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?*, in *Federalismi.it*, n. 18/2021, 251 ss. Per i riferimenti bibliografici essenziali sulle teorie relative all'indirizzo politico – qui non compiutamente ricostruibili – cfr. almeno le voci enciclopediche di T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, XXI, Giuffrè, Milano, 1971, 134 ss. e M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Utet, Torino, 1993, 245 ss.

[20] In proposito, T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., 136.

[21] Cfr. M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, cit., 245 ss.

[22] Per una riflessione circa le ricadute sull'indirizzo politico, cfr. N. LUPO, *I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni*, in *Federalismi.it*, *paper* 7 settembre 2022, 14 ss. Una lettura critica è in F. SALMONI, *Recovery Fund: vincolo esterno, obblighi sovranazionali inderogabili e sanzionabili. Attività di indirizzo politico o discrezionalità amministrativa?*, in *Rivista AIC*, n. 3/2022, spec. 10 ss.

[23] Figure centrali nelle meccaniche cooperative del federalismo statunitense, i *grants in aid* consistono – come noto – in finanziamenti federali a beneficio degli Stati (spesso chiamati a forme di

di negoziazione multilivello dell'indirizzo politico già sperimentato nella *governance* economico-finanziaria[24].

2. Il sistema delle fonti statali nel PNRR

Chiarita la collocazione del PNRR rispetto al sistema delle fonti, vi è da interrogarsi sulle dinamiche e le implicazioni che il Piano determina al suo interno.

Nel tentare una ricostruzione, però, s'impone subito una notazione preliminare. Sotto la pressione prolungata della "poli-crisi"[25] (scaturita dal succedersi e sommarsi dell'emergenza pandemica, della crisi economica, del conflitto russo-ucraino) è arduo ricostruire in modo selettivo le ricadute sul sistema delle fonti imputabili al Piano, secondo un nesso eziologico trasparente. Le fenomenologie, le tendenze e in qualche caso le forzature che hanno contraddistinto questa difficile stagione continuano a registrarsi e non è al momento possibile pronosticare se l'ordinamento si avvierà verso il loro riassorbimento o, al contrario, verso una loro fisiologizzazione. Così, anche per gli atti attuativi del Piano si è assistito al protagonismo assoluto della decretazione d'urgenza, alla confluenza di più decreti-legge in un decreto-legge solo, alla dilatazione *omnibus* dei contenuti, alla conversione nelle forme del c.d. monocameralismo alternato con posizione della questione di fiducia, al riconoscimento di un ruolo incisivo ai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (dPCM)[26]. Prassi ereditate dall'esperienza dei mesi precedenti e mantenute, ora, anche di fronte alla nuova necessità di rispettare le stringenti

co-finanziamento), accessibili su base volontaria e condizionati alla realizzazione di specifici programmi o interventi definiti dalla Federazione stessa: per un'analisi e per le coordinate bibliografiche cfr. M. PIERINI, *Federalismo e Welfare State*, in G. D'IGNAZIO, *Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, CEDAM, Padova, 2020, 221 ss.

[24] Senza trascurare poi il dato che l'art. 10 del Regolamento (UE) 2021/241 crea espressamente una connessione fra le due dimensioni, prevedendo apposite misure per collegare il dispositivo di ripresa e resilienza a una sana *governance* economica.

[25] Le allusioni allo stato di "policrisi" sono divenute sempre più frequenti nel dibattito politico-istituzionale e scientifico: cfr., ad esempio, già la dichiarazione dell'allora Presidente della Commissione europea Jean-Claude Juncker durante la plenaria del Comitato economico e sociale europeo del settembre 2016; il recente volume del filosofo E. MORIN, *Cambiamo Strada*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2020; i saggi raccolti in AA.VV., *Dentro la policrisi. Il necessario possibile*, in *Techne*, n. 23/2022.

[26] Nella florida letteratura sviluppatasi attorno a prassi, tendenze e torsioni del sistema delle fonti nel contesto emergenziale innescato dal Covid-19 e dalla successiva crisi economica, si vedano almeno – anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche – AA.VV., *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19 - Atti del webinar organizzato dalla Rivista - 30 aprile 2020*, in *Osservatorio sulle fonti*, numero speciale; F.S. MARINI – G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2020; S. STAIANO (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; L. BARTOLUCCI – L. DI MAJO, *La prassi delle istituzioni in pandemia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022; A. CARDONE, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022.

scadenze europee.

Nondimeno, con le cautele anzidette, possono tracciarsi alcune coordinate, a partire dalla tipologia di fonti indicate nel PNRR per la sua attuazione.

Quasi 1/3 dei *milestones* e *target* (154 su 520) richiede l'approvazione di riforme; fra queste, almeno 1/3 (59 su 154) esige l'adozione di disposizioni di rango primario, che il Piano ripartisce fra riforme da conseguire con decreti-legge (9), leggi di delega (12), decreti legislativi delegati (1) e leggi o atti legislativi non meglio specificati (nei restanti casi)[27].

Rispetto a tale quadro, l'analisi delle prime vicende attuative – lo si anticipava – restituisce il ruolo almeno fino a oggi centrale della decretazione d'urgenza, tramite cui non solo si sono realizzati profondi interventi in settori strategici quali le semplificazioni, il reclutamento, le infrastrutture e i servizi pubblici, ma si è edificata la stessa *governance* del PNRR[28].

Il dato desta una qualche sorpresa, in linea di principio. Se, infatti, si considera la natura stessa del Piano, concepito come atto di programmazione e pianificazione delle politiche pubbliche, accompagnato da un preciso cronoprogramma e da concreti indicatori di risultato, può apparire distonico che la sua realizzazione sia veicolata dal decreto-legge, fonte che per definizione rimanda a una dimensione decisionale contingente e a orizzonti temporali ristretti. Più appropriato sembrerebbe, invece, l'impiego massiccio delle leggi periodiche e, soprattutto, della delega legislativa, strumento d'elezione per governare la complessità, assicurare il coinvolgimento dei tecnici e dei soggetti interessati, garantire *follow up* e manutenzione delle riforme[29].

Non tutte le ragioni di questo disallineamento possono essere risolte in dinamiche inerziali o disfunzionali del sistema, arrestandosi a constatare quella che, sul piano dell'effettività, è, probabilmente, un ulteriore sintomo della progressiva "normalizzazione" del decreto-legge come fonte di produzione del diritto. Altre motivazioni concorrono a illuminarne il senso e, in una certa misura, a ridimensionarne la portata.

Anzitutto, la circostanza – se si vuole banale – che gli adempimenti del PNRR si sommino alle numerose misure imposte dalla congiuntura della "poli-crisi" determina un evidente sovraccarico sulle strutture governative e

[27] I dati sono tratti dalla prima *Relazione sullo stato di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, presentata dal Governo alle Camere il 23 dicembre 2021, 23 ss. e dalla scheda di lettura *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, predisposta dai Servizi studi della Camera e del Senato, disponibile al link http://documenti.camera.it/leg18/dossier/pdf/DFP28.pdf.

[28] Cfr. per il cronopogramma aggiornato degli adempimenti la pagina https://temi.camera.it/leg18/pnrr/cronoprogramma.html a cura del Servizio studi della Camera dei deputati.

[29] Il punto è nitidamente evidenziato da N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., viii. La questione è affrontata anche nella seconda *Relazione sullo stato di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, presentata dal Governo alle Camere, del 5 ottobre 2022, 78 ss., in cui si preconizza una maggiore valorizzazione, *pro futuro*, della delega.

parlamentari, che può portare a saturazione la capacità di disbrigo dei lavori e delle scadenze con mezzi ordinari.

Il fatto stesso che il PNRR sia una realtà senza precedenti nel nostro ordinamento spiega anche, almeno nelle prime battute, una fase di rodaggio sia per l'Esecutivo che per il Parlamento. Un certo grado di consapevolezza, in proposito, è emerso già in sede di conversione del decreto-legge n. 152 del 2021: il Governo, accogliendo un ordine del giorno presentato alla Camera dei deputati, si è impegnato, per il futuro, ad assicurare il dialogo con il Parlamento per definire, nell'ambito della programmazione dei lavori delle Camere, una istruttoria legislativa adeguata e con tempi congrui delle misure da adottare, in grado di assicurare il rispetto delle prossime scadenze previste «evitando il più possibile il ricorso alla decretazione d'urgenza»[30].

Ancora, è da dire che i decreti-legge in diversi casi non esauriscono l'intervento riformatore, rappresentando, piuttosto, solo il primo segmento di riforme a doppio stadio. Con una specie di intarsio fra fonti primarie, accade infatti che con la decretazione d'urgenza vengano introdotti "acconti" di riforma o disposizioni interinali, per assolvere gli obblighi europei più incombenti, nelle more di una complessiva riforma affidata alla legge o, più spesso, alla delegazione legislativa. L'esempio più evidente è forse quello relativo alla disciplina dei contratti pubblici, rispetto a cui il PNRR ha previsto sia un gruppo di semplificazioni introdotte per decreto-legge, sia il conferimento e

[30] Si tratta dell'ordine del giorno 9/3354-A/16 Butti, Ceccanti, Dori, Corneli, Paolo Russo, votato nella seduta del 21 dicembre 2021, che è espressamente richiamato anche a p. 25 della già citata *Relazione sullo stato di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*. L'ordine del giorno, peraltro, ricalca il parere reso, nell'ambito del medesimo procedimento di conversione, dal Comitato per la legislazione della Camera, nella seduta del 17 novembre 2021, così formulato: «abbiano cura il Legislatore e il Governo di avviare una riflessione sull'opportunità, con riferimento al PNRR, di una programmazione legislativa condivisa tra Parlamento e Governo che eviti per il futuro di avvicinarsi alle scadenze previste dal PNRR con un numero significativo di provvedimenti legislativi ancora da approvare, il che rende inevitabile, come nel caso in esame, il ricorso a decreti-legge di ampie dimensioni, con possibile pregiudizio di un'adeguata istruttoria legislativa». Sul punto si diffonde anche la seconda *Relazione sullo stato di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, 66 ss., dando conto, fra luci e ombre, del seguito applicativo dell'atto d'indirizzo. La stessa seconda *Relazione,* 66 ss., contiene inoltre un interessante passaggio sull'impiego degli impegni assunti nel PNRR come parametro di ammissibilità degli emendamenti ai decreti-legge: «inoltre, il Comitato per la legislazione, nel già citato parere del 17 novembre 2021 – così come altri organi parlamentari – ha evidenziato come nell'attività legislativa Parlamento e Governo siano sostanzialmente chiamati a prendere in considerazione un nuovo parametro, consistente nella relazione con cui ciascuna disposizione legislativa in esame si pone rispetto al PNRR. Un parametro utile non soltanto al fine di considerare ammissibili, nei decreti-legge volti ad assicurare l'attuazione del PNRR (come, appunto, i decreti-legge n. 152 del 2021 e n. 36 del 2022), esclusivamente le disposizioni che si rivelino necessarie o comunque utili per implementare il Piano, ma altresì allo scopo di cogliere appieno, nel corso del processo di produzione legislativa, fin dove tale attività risponda ad un impegno già assunto e dove invece si intendano introdurre elementi ulteriori, determinando così in che misura il PNRR incida sui contenuti della legislazione».

l'attuazione di una delega legislativa per un complessivo riordino del settore[31]. Non è mancato, poi, anche un esempio d'intarsio inverso, con il decreto-legge n. 36 del 2022 che ha abrogato a posteriori, non senza alcune criticità, un oggetto e un principio-criterio direttivo della legge di delega n. 227 del 2021, in materia di disabilità, rientrante nel Piano[32].

Su un piano più generale, poi, l'uso del decreto-legge a livello interno discende anche dall'elevato tasso di specificità degli impegni assunti in sede europea. Nel confronto a tre fra Governo, Commissione e Consiglio che porta alla definizione del Piano si spende la gran parte del margine politico-negoziale; gli obblighi così pattuiti sono spesso cristallizzati in molti, se non in tutti, i loro profili. Per il Governo, che ha negoziato il Piano ed è responsabile della sua realizzazione, il decreto-legge – con la sua logica del prendere o lasciare – costituisce la mossa di chiusura di una legislazione attuativa quasi vincolata, con un limitato supplemento di trattativa e azione parlamentare che si gioca nel perimetro ristretto degli emendamenti in sede di conversione.

La posizione di mediatore dell'Esecutivo e l'elevato tecnicismo dei settori coinvolti dal Piano[33], a ogni modo, se per un verso determinano una preferenza naturale per le fonti governative in sede attuativa[34], per altro verso non si traducono necessariamente nella marginalità delle Camere. In quest'ottica, utile da considerare specie là dove meccanismi di programmazione analoghi

[31] Si vedano, in particolare, il decreto-legge n. 77 del 2021 e la legge delega n. 78 del 2022. In argomento, e per altri esempi, cfr. la già citata seconda *Relazione sullo stato di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, 76 ss.

[32] In senso problematico si è espresso il Comitato per la legislazione della Camera, nella seduta del 27 giugno 2022, rilevando come «la modifica della legge-delega appare sostanzialmente in contrasto con l'articolo 15, comma 2, lettera a), della legge n. 400 del 1988, che vieta al Governo di conferire, con decreto-legge, deleghe legislative ai sensi dell'articolo 76 della Costituzione; in proposito si ricorda anche che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 22 del 2012 ha attribuito ad altra disposizione del medesimo articolo 15 della legge n. 400 del 1988 (il comma 3 che prescrive che il contenuto del decreto-legge deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo) il valore di "esplicitazione della *ratio* implicita nel secondo comma dell'articolo 77 della Costituzione"». Occorre ad ogni modo rilevare come la manipolazione della legge di delega a opera di un decreto-legge non è priva di precedenti: in proposito, cfr., volendo, il mio D. DE LUNGO, *La delega legislativa*, in F.S. MARINI – G. SCACCIA (a cura di), *Commentario alla riforma costituzionale del 2016*, ESI, Napoli, 2016, 188 ss., e, in precedenza, A. CELOTTO – E. FRONTONI, *Legge di delega e decreto legislativo*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Giuffrè, Milano, 2002, 697 ss., nntt. 34 e 35.

[33] Fattori, del resto, «non da oggi» connessi alle «politiche co-decise in sede europea»: così N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., vii.

[34] In tal senso, netta è la prospettazione di E. CATELANI, *Profili costituzionali del PNRR*, *La lettera*, n. 5/2022, in *Associazione AIC*, secondo cui «il PNRR s'inserisce, quindi, nel nostro sistema delle fonti (sempre che ancora si possa definire tale) in modo dirompente condizionandone il contenuto, i tempi ed i soggetti che avranno la possibilità di elaborare ed approvare i testi. L'unica strada percorribile, per un'attuazione celere della normativa richiesta dal PNRR, è data da atti normativi di provenienza governativa, decreti legge, leggi delega e conseguenti decreti legislativi, sui quali lo spazio per l'influenza degli altri interlocutori istituzionali, Parlamento e Regioni, è assai compresso».

a quelli del PNRR dovessero riproporsi, la valorizzazione del loro ruolo non sembra passare per battaglie "di retroguardia", tese a rivendicare la centralità in un processo di produzione normativa che qui godrebbe di margini di discrezionalità esigui; bensì, nel pieno e consapevole esercizio di due funzioni non meno fondamentali. La prima, a monte, è quella d'indirizzo politico, nella determinazione delle linee essenziali e dei contenuti qualificanti su cui il Governo è abilitato a trattare davanti alle istituzioni eurounitarie: attività rispetto alle quali, nell'elaborazione del PNRR, le Camere hanno già mostrato una certa attenzione[35]. La seconda, a valle, è quella di controllo e monitoraggio sul raggiungimento degli obiettivi e sull'impatto delle politiche pubbliche, particolarmente propiziata dal fatto, inedito, che il Piano prevede indici temporali, qualitativi e quantitativi, su un paradigma ispirato all' *evidence-based policy making*[36]. Questa seconda funzione, per larghi tratti ancora poco esplorata, pone sfide affascinanti sia, a livello culturale, alla classe politica, che, a livello organizzativo, alle amministrazioni parlamentari[37].

Un'ultima notazione va dedicata all'impiego dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'attuazione del PNRR. Rispetto a quanto avvenuto durante la gestione dell'emergenza pandemica, e forse anche per segnare una discontinuità con quell'esperienza, la "proiezione esterna" e la portata generale e astratta appaiono assai meno frequenti. Si tratta di uno scenario che non era scontato, tenendo conto della centralità del ruolo e delle strutture della Presidenza del Consiglio nell'architettura della *governance* del Piano. Ciò non significa, però, che siano scomparsi i dPCM di contenuto sostanzialmente normativo, rispetto ai quali, anzi, seguita invece a riscontrarsi una

[35] Spunti in tal senso in OSSERVATORIO SULLA LEGISLAZIONE DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, *Il PNRR e le assemblee legislative. Nota tematica per il seminario di Torino del 1° aprile 2022*, 11 ss., *https://www.camera.it/temiap/2022/03/31/OCD177-5420.pdf?_1648800805983.*

[36] Si tratta di un approccio metodologico ben noto soprattutto nel dibattito americano e britannico, secondo cui la formulazione delle politiche pubbliche deve ancorarsi, per quanto possibile, a dati e parametri oggettivi e misurabili: cfr., fra i lavori più recenti, P. CAIRNEY, *The Politics of Evidence-Based Policy Making*, Palgrave Pivot, London, 2016; J. PARKHURST, *The politics of evidence: from evidence-based policy to the good governance of evidence*, Routledge, Abingdon, Oxon, UK, 2017.

[37] Il tema è evidenziato anche da N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., viii, e riferimenti ivi citati, nonché in ID., *I poteri dello Stato italiano*, cit., 7 ss.; spunti preziosi anche in C. GORETTI, *Audizione informale dell'Ufficio parlamentare di bilancio nell'ambito dell'esame della proposta di Piano nazionale di ripresa e resilienza (Doc. XXVII, n. 18),* 8 febbraio 2021, 26 ss., *https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/269/001/UPB.pdf.* Non è inutile ricordare che la riforma costituzionale del 2016, non approvata in sede referendaria, ridisegnava le funzioni del Senato assegnando a esso, fra l'altro, il compito di «valuta[re] le politiche pubbliche e l'attività delle pubbliche amministrazioni e verifica[re] l'impatto delle politiche dell'Unione europea sui territori […] verificare l'attuazione delle leggi dello Stato»: al riguardo, cfr. F. BERTOLINI, *Le funzioni delle Camere*, in F.S. MARINI – G. SCACCIA (a cura di), *Commentario*, cit., 23 ss.

fenomenologia ormai consolidata[38]. Le maggiori attenzioni si appuntano su quella particolare categoria di dPCM che, pur essendo autorizzati da una fonte primaria e pur avendo contenuto normativo: a) non vengano a esistenza secondo il procedimento prescritto in via generale per i regolamenti dall'art. 17 della legge n. 400 del 1988, o dalla specifica disposizione primaria attributiva del potere; b) non ricadano in quelle particolari materie "internistiche", espressione dell'autonomia organizzativa, contabile e di bilancio della Presidenza, in ordine alle quali l'art. 9, comma 7, del d.lgs. n. 303 del 1999 consente al Presidente del Consiglio di provvedere con propri decreti, non soggetti all'applicazione della legge n. 400 del 1988 né della legge n. 20 del 1994. Si tratta, in altri termini, di dPCM non regolamentari nella forma, ma normativi nella sostanza, che innovano l'ordinamento in ambiti esterni rispetto ai profili di auto-organizzazione della Presidenza, intesa come apparato.

Il problema è facilmente intuibile. Il sistema delle fonti secondarie non è chiuso a livello costituzionale[39], e dunque la legge ben può crearne di nuove, fermi i limiti previsti dalla Costituzione, anche con riguardo al riparto di competenze fra enti territoriali disegnato dall'art. 117, comma 6, Cost. Nel nostro ordinamento – circoscrivendo qui per necessità l'analisi al versante statale – la norma generale attributiva della potestà regolamentare al Governo è la legge n. 400 del 1988; le singole leggi di volta in volta possono poi attribuire la potestà regolamentare, rimodulandone anche i profili procedurali, eventualmente in deroga alla legge n. 400, comunque applicabile in via residuale[40]. Proprio qui è il punto: *quid iuris* per i regolamenti – quali sono taluni fra quelli attuativi del PNRR[41] – che hanno contenuto sostanzialmente normativo, e

[38] Per un'analisi complessiva del fenomeno, cfr. il mio D. DE LUNGO, *Nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esperienza recente*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019. Si vedano, per molteplici esempi, le sedute del Comitato per la legislazione del 16 giugno 2021, 25 maggio, 27 giugno, 6 luglio, 13 luglio, 2 agosto 2022, in cui l'organo ha evidenziato come «il dPCM risulta allo stato, nell'ordinamento, un atto atipico; pertanto un suo frequente utilizzo, mutuando peraltro procedure tipiche dell'adozione dei regolamenti, quali il concerto o la proposta dei Ministri interessati, rischia di tradursi in un impiego non corretto delle fonti del diritto e in quel fenomeno che il Consiglio di Stato ha definito "fuga dal regolamento", probabilmente indotta anche dalla complessità e dalla tempistica delle procedure per l'adozione di norme regolamentari». Nella seduta del 27 giugno 2022, in sede di conversione del decreto-legge n. 36 del 2022, il Comitato ha esplicitamente invitato «il Legislatore ad avviare una riflessione sullo strumento del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri […] anche prendendo in considerazione l'ipotesi di un'integrazione, a tal fine, del contenuto della legge n. 400 del 1988».

[39] All'opposto di quanto invece accade per le fonti primarie: cfr., per tutti, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Cedam, Padova, 1984, 126.

[40] Sulla portata generale e residuale della legge n. 400 cfr. G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Il Mulino, Bologna, 1998, 15 ss., 21 ss.

[41] Si vedano i casi di dPCM, che paiono di contenuto sostanzialmente normativo, analizzati nelle sedute del Comitato per la legislazione riportate alla nt. 38.

non seguono quanto ai profili formali la legge n. 400, e neppure un eventuale *iter* derogatorio previsto dalla singola fonte primaria attributiva del potere? In questi casi, a ben vedere, siamo potenzialmente al cospetto di fonti regolamentari atipiche, o meglio *extra ordinem* poiché create in contrasto con le norme sulla normazione, sorte nelle forme del provvedimento amministrativo, o all'esito di procedimenti del tutto inediti[42]. Così riguardati, tali regolamenti pur assai eterogenei fra loro – e che potremmo approssimativamente designare come regolamenti atipici per la forma[43] – si prestano ad essere incasellati in un *tertium genus* al confine fra i regolamenti indipendenti, previsti dall'art. 17, comma 1, lett. c) della legge n. 400 del 1988, e i regolamenti spontanei[44], privi di base legislativa. Rispetto ai regolamenti spontanei, i regolamenti in discussione sono provvisti di un fondamento nella fonte primaria che li prevede e autorizza, e la "spontaneità" riguarda solo il procedimento di formazione; rispetto ai regolamenti indipendenti, che sono «liberi di scegliersi il proprio oggetto»[45] ferma l'osservanza dei moduli procedimentali previsti dalla legge, i regolamenti atipici sono liberi di scegliersi la propria forma, ma vincolati quanto all'oggetto, individuato dalla norma primaria attributiva[46].

3. La questione della sottoponibilità a referendum abrogativo delle leggi e degli atti aventi forza di legge attuativi del PNRR

Un ulteriore profilo meritevole di analisi sul piano delle fonti – e, in particolare, del loro valore-trattamento giuridico – riguarda la sottoponibilità a referendum abrogativo delle leggi e degli atti aventi forza di legge espressamente previsti nel PNRR, o comunque attuativi degli impegni assunti con il Piano.

La questione emerge alla luce della giurisprudenza costituzionale che, nell'ambito della più ampia (e talvolta controversa) operazione d'interpretazione logico-sistematica dei limiti di cui all'art. 75, comma 2, della Carta, ha escluso l'ammissibilità di quesiti referendari dal cui accoglimento possa

[42] Il problema posto nel testo, quindi, riguarda i profili procedurali, e non tocca, a monte, il tema della spettanza o meno al Presidente del Consiglio di un proprio potere regolamentare, almeno analogo a quello spettante ai singoli Ministri: questione che può dirsi risolta da tempo in senso positivo. Cfr. al riguardo, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici, S. LABRIOLA, *Decreto del Presidente del Consiglio*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Giuffrè, Milano, 1998, 281 ss.

[43] Per il concetto di atipicità in relazione alla forma, qui però declinato nella veste di "depotenziamento" e "de-complessificazione" del procedimento, cfr. S.M. CICCONETTI, *Le fonti*, cit., 390.

[44] Riprendendo la terminologia di G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 275-276; al riguardo cfr. anche F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Padova, 2009, 301.

[45] Sempre citando G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, cit., 281.

[46] Per una tematizzazione in chiave problematica dell'assetto che così si determina, cfr. ancora il mio D. DE LUNGO, *Nihil est in intellectu,* cit., 10 ss.

derivare l'inadempimento di vincoli eurounitari[47].

In tale prospettiva, nel corso del tempo le sentenze rese in materia hanno delineato vari argomenti e fattori ostativi all'ammissibilità.

L'elemento originario su cui la Corte costituzionale ha innestato il proprio orientamento è il parallelismo con le conclusioni raggiunte (sulla base di una lettura estensiva del divieto testuale di sottoporre a referendum le leggi di ratifica dei trattati internazionali[48]) circa la sottrazione alla consultazione popolare delle leggi di esecuzione dei trattati internazionali e di quelle produttive di effetti strettamente collegati all'ambito di operatività dei trattati medesimi. Questo parallelismo è giustificato – nel ragionamento della Corte – dalla riconducibilità dei trattati europei agli accordi internazionali, e dalla qualifica in termini di norme di esecuzione o comunque strettamente collegate al loro ambito di operatività delle leggi attuative degli obblighi stabiliti nel diritto europeo primario e derivato.

Nella stessa direzione converge pure il passaggio ricorrente, fondato sulla *primautè* del diritto europeo, secondo cui il referendum abrogativo, in quanto atto-fonte di diritto interno, non può esplicare la sua capacità dispositiva verso un esito tale da esporre lo Stato italiano a responsabilità per violazione di impegni assunti in sede europea[49].

In applicazione delle coordinate giurisprudenziali richiamate, la Corte ha escluso l'ammissibilità di referendum che possano porre l'ordinamento italiano in situazioni d'inadempimento di uno «specifico obbligo» europeo[50]. L'inadempimento può derivare sia dalla produzione di lacune normative incompatibili con i vincoli europei, sia dall'applicazione di normative di risulta contrastanti o insufficienti rispetto agli impegni assunti: spetta alla Corte stessa, in sede di giudizio di ammissibilità, verificare se il venir meno di una determinata disciplina comporti un pregiudizio all'osservanza del diritto eurounitario[51].

[47] Fra le numerose pronunce, possono qui menzionarsi Corte cost., sentt. nn. 63 e 64 del 1990, 26 del 1993, 36 del 1997, 31, 41 e 45 del 2000, 46 del 2003, 45-48 del 2005, 15 e 16 del 2008, 24 del 2011.

[48] Operazione ermeneutica rispetto alla quale si ricordano le osservazioni critiche di M. LUCIANI, *Art. 75. La formazione delle leggi. Tomo I, 2 - Il referendum abrogativo*, in G. BRANCA (fondato da) – A. PIZZORUSSO (continuato da), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Il Foro, Bologna-Roma, 378 ss.

[49] Chiare, sul punto, le sentt. nn. 64 del 1990 e 41 2000.

[50] Sul concetto di «specifico obbligo» cfr., in particolare, sentt. nn. 64 del 1990, 26 del 1993, 45 del 2000; al riguardo, cfr. anche M. LUCIANI, *Art. 75,* cit., 381.

[51] Sul punto, cfr. sent. n. 24 del 2011, secondo cui «al riguardo, va premesso che al giudizio di ammissibilità dei referendum popolari abrogativi è estranea qualunque valutazione di merito (in particolare di legittimità costituzionale) in ordine sia alla normativa oggetto di referendum sia alla normativa risultante dall'eventuale abrogazione referendaria. In particolare, quanto a detta abrogazione, «non rileva che […] darebbe luogo ad effetti incostituzionali: sia nel senso di determinare vuoti,

Inoltre, nell'ambito di tale scrutinio, in analogia con le categorie delle leggi costituzionalmente vincolate e delle leggi costituzionalmente necessarie, è apparso anche il riferimento alle nozioni di leggi comunitariamente vincolate e di leggi comunitariamente necessarie: ciò a indicare norme interne che, nel primo caso, attuano il diritto europeo nell'unica modalità possibile, e, nel secondo caso, lo attuano optando per una delle diverse soluzioni rientranti nello spazio discrezionale rimesso agli Stati membri, ferma in entrambe le ipotesi la necessità cogente per il legislatore, nell'*an*, di provvedere[52]. Occorre ricordare, del resto, che in virtù degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., le leggi comunitariamente vincolate o necessarie sono anche, in pari tempo, leggi costituzionalmente vincolate o necessarie[53].

Ebbene: nel quadro sopra tratteggiato, non sfugge come la numerosità, ampiezza e analiticità degli interventi legislativi contemplati nel PNRR, alla cui realizzazione lo Stato italiano si è impegnato, sia in grado di comprimere gli spazi attingibili al referendum abrogativo. Sembra doversi convenire, infatti, che l'attuazione di ciascuna delle riforme puntualmente indicate nel Piano corrisponda agli «specifici obblighi» europei, di cui discorre la Corte; una volta realizzato l'intervento convenuto, a maggior ragione dove i termini siano spirati e siano stati erogati i fondi, l'abrogazione per via referendaria della legge o dell'atto avente forza di legge attuativo può determinare situazioni d'inadempimento dell'ordinamento nazionale.

Il discorso, comunque, è suscettibile di essere graduato alla luce di alcune considerazioni.

Innanzitutto, si deve distinguere fra abrogazione totale e parziale. Specie

suscettibili di ripercuotersi sull'operatività di qualche parte della Costituzione; sia nel senso di privare della necessaria garanzia situazioni costituzionalmente protette» […] Ciò non significa, però, che alla Corte sia inibita l'individuazione della cosiddetta normativa di risulta conseguente all'abrogazione referendaria. Al contrario, l'individuazione di tale normativa è necessaria per valutare se essa comporti un significativo inadempimento di specifici ed inderogabili obblighi internazionali, comunitari o, comunque, direttamente imposti dalla Costituzione […] In tali ipotesi, sempre nell'àmbito del giudizio di ammissibilità del referendum, la normativa di risulta va sottoposta da questa Corte non già ad un pieno ed approfondito scrutinio di legittimità costituzionale, ma ad una mera «valutazione liminare ed inevitabilmente limitata del rapporto tra oggetto del quesito e norme costituzionali, al fine di verificare se […] il venir meno di una determinata disciplina non comporti *ex se* un pregiudizio totale all'applicazione di un precetto costituzionale» […] o di una norma comunitaria direttamente applicabile».

[52] Una compiuta definizione, nei termini di cui al testo, si trova nella già citata sent. n. 24 del 2011; tale apparato concettuale emerge però già nelle sentt. nn. 31, 41 e 45 del 2000. Sul tema, si rinvia a M. CARTABIA, *Referendum e obblighi comunitari: verso l'inammissibilità dei referendum su "leggi comunitariamente necessarie"?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 183 ss.; R. LOMBARDI, *I limiti all'ammissibilità del referendum abrogativo in relazione al diritto comunitario*, in F. MODUGNO – G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria. Atti del Seminario (Roma, 14 luglio 2000)*, Giappichelli, Torino, 2001, 198 ss.; A. PERTICI, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Giappichelli, Torino, 2010, 143 ss.

[53] Ancora la sent. n. 24 del 2011.

là dove si ritenga che la presenza di un vincolo contratto nel PNRR, facendo sorgere l'obbligo di provvedere in capo al legislatore, porti a qualificare come "comunitariamente necessaria" la legge o l'atto avente forza di legge attuativo, sembra da scartare l'ammissibilità di un referendum abrogativo che investa l'intero atto: la lacuna sopravvenuta configurerebbe l'inadempimento. Al contrario – ragionando in analogia con la giurisprudenza costituzionale sulle leggi costituzionalmente necessarie[54] – potrebbero darsi referendum abrogativi parziali, a patto che sia assicurata l'auto-applicatività della normativa di risulta e che l'abrogazione parziale non si traduca in uno stravolgimento dei contenuti normativi, o in una loro insufficiente implementazione, non coerente con gli impegni europei.

Gli scenari appena descritti, peraltro, risentono del grado di discrezionalità che il PNRR, sulle singole riforme, conserva al legislatore. Il tasso di dettaglio con cui gli interventi sono predeterminati, accompagnato da *milestones* e *target* che fissano cronoprogramma, tappe intermedie e parametri quantitativi da rispettare sono fattori rilevanti, poiché da essi dipende la sussistenza, o meno, di "obblighi specifici", da preservare rispetto all'abrogazione referendaria. Tanto maggiore sarà il grado di discrezionalità, quanto maggiori saranno gli aspetti sui quali il referendum, almeno parziale, potrà intervenire; viceversa, tanto minore sarà il grado di discrezionalità che residua in capo al legislatore, quanto minori saranno i margini su cui è ammissibile il referendum, fino all'estremo della legge comunitariamente vincolata, che lo esclude del tutto.

In ogni caso, la previsione, entro il PNRR, di determinate riforme, non implica in automatico che il corrispondente ambito materiale divenga precluso, per intero, alla consultazione popolare: se, infatti, l'inammissibilità si ricollega al contrasto dell'esito abrogativo con specifici obblighi, paiono da ammettere tutti i referendum che, pur insistendo su norme non attuative del PNRR che disciplinano però materie coinvolte nel Piano, non determinino inadempimenti, interferenze o contraddizioni rispetto all'osservanza dei vincoli europei[55].

[54] Per una ricostruzione già proiettata in questa ottica e per i riferimenti giurisprudenziali, cfr., volendo, il mio D. DE LUNGO, *Alcune considerazioni intorno alla sentenza n. 5 del 2015 della Corte costituzionale, fra giudizio di utilità del referendum e reviviscenza delle leggi costituzionalmente vincolate e necessarie*, in *Giust.amm*., n. 4/2015.

[55] Argomentando, nei limiti in cui il parallelismo lo consenta, anche sulla base delle conclusioni di M. LUCIANI, *Art. 75,* cit., 381 relative agli obblighi internazionali.

4. Le leggi e gli atti aventi forza di legge attuativi del PNRR nel giudizio di legittimità costituzionale

Il tema del possibile inadempimento agli obblighi europei conseguente al formarsi di lacune normative porta la riflessione anche su un ulteriore versante: cioè, i condizionamenti gravanti sulla Corte costituzionale, nell'eventualità in cui riscontri un vizio di legittimità nelle leggi o negli atti aventi forza di legge attuativi del PNRR.

I problemi specifici che qui s'intendono esaminare sono due: i) quello legato all'impatto finanziario che una declaratoria d'incostituzionalità potrebbe generare; ii) quello connesso al carattere, in ipotesi, comunitariamente necessario o vincolato delle norme in parola, cui si è fatto cenno nel precedente paragrafo.

Iniziando dal problema dell'impatto finanziario, come noto, ai sensi dell'art. 24 del Regolamento (UE) 2021/241, l'erogazione periodica dei contributi e dei prestiti è subordinata alla verifica del soddisfacente conseguimento dei traguardi e degli obiettivi programmati per ciascun arco temporale; peraltro, nell'ambito di ogni nuova verifica, la Commissione è tenuta ad accertare che le misure relative ai traguardi e agli obiettivi conseguiti in misura soddisfacente in precedenza «non siano state annullate dallo Stato membro interessato».

Ora, la declaratoria d'incostituzionalità di una norma, o di un intero atto normativo, attuativo di un impegno assunto nel Piano, elidendo lo strumento attraverso cui si realizza l'adempimento, potrebbe pregiudicare, in misura variabile, la corresponsione dei fondi europei all'Italia; nel caso, poi, in cui le risorse siano state già erogate, sorgerebbe anche il problema legato al recupero delle somme da parte delle istituzioni europee[56].

Trattandosi di somme ingenti, è verosimile ritenere che la Corte costituzionale, innanzi a un vizio di costituzionalità, sarebbe chiamata a compiere un bilanciamento fra l'esigenza di giustiziare i principi violati dalle norme illegittime, da un lato, e quella di assicurare l'equilibrio economico-finanziario dei conti pubblici, dall'altro lato; equilibrio che, a sua volta, è oggetto di impegni assunti anche a livello sovranazionale, a tutela della sostenibilità attuale e prospettica del bilancio[57].

[56] Lo spazio di una nota per osservare come analoghi problemi si siano immediatamente posti in sede di giurisdizione amministrativa, nelle controversie relative ad atti e provvedimenti legati all'attuazione del PNRR: da qui gli specifici interventi del legislatore, prima con il decreto-legge n. 77 del 2021 e poi con il decreto-legge n. 85 del 2022 (confluito in sede di conversione nel decreto-legge n. 68 del 2022), per accelerare i processi e per circondare la tutela cautelare di accorgimenti volti ad assicurarne la compatibilità con il rispetto degli impegni europei. Per un primo impatto di tale normativa cfr. ad esempio TAR Puglia, ord. n. 295 del 2022 e Consiglio di Stato, dec. mon. 3387 del 2022.

[57] Citando un passaggio presente in Corte cost., sentt. nn. 54 del 2014, 215 e 247 del 2021.

Le tecniche di composizione di tali confliggenti istanze sembrano rinvenirsi, anzitutto, nella modulazione temporale degli effetti delle sentenze di annullamento. Così, potrebbe immaginarsi una riduzione o eliminazione della portata retroattiva, ancorando la cessazione degli effetti delle norme dichiarate illegittime alla data di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della pronuncia: l'opzione per l'efficacia *ex nunc* dell'incostituzionalità è quella prescelta nel caso della c.d. *Robin Tax*, in cui – come si ricorderà – la Corte evocava la necessità di scongiurare il rischio di conseguenze macroeconomiche, la necessità di nuove manovre e la oggettiva difficoltà di meccanismi restitutori delle somme riscosse[58]. Aspetti che, *mutatis mutandis*, interessano inevitabilmente anche la fattispecie della mancata erogazione dei fondi PNRR.

Il differimento degli effetti potrebbe addirittura protrarsi a un momento successivo a quello della pubblicazione della decisione, per consentire al legislatore di correggere o sostituire la normativa illegittima senza soluzioni di continuità rispetto all'osservanza degli impegni europei[59].

Un risultato sovrapponibile a quello da ultimo indicato si potrebbe conseguire, muovendosi sul piano processuale, anche con il recente accorgimento del rinvio "a data certa" dell'udienza di merito, accompagnato da un'ordinanza che delinei i profili di tensione costituzionale rispetto ai quali si sollecita l'intervento del decisore politico. Lo strumento, impiegato ad esempio nel c.d. caso Cappato e per la pena carceraria nei reati a mezzo stampa[60], appare particolarmente utile, nel caso del PNRR, sia perché non apre "vuoti" immediati nell'ordinamento, sia perché accorda un ulteriore spazio di deliberazione al legislatore, che, in ipotesi, potrà concordare anche con le istituzioni europee gli opportuni correttivi[61].

[58] Cfr. sent. n. 10 del 2015, oggetto di numerose e autorevoli annotazioni in sede scientifica, che qui possono richiamarsi solo in maniera frammentaria: L. ANTONINI, *Forzatura dei principi versus modulazione temporale degli effetti della sentenza*, in *Forum di Quad. cost*., 23 aprile 2015; R. BIN, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, in *Forum di Quad. cost*., 27 aprile 2015; I. CIOLLI, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in *Forum di Quad. cost*., 26 maggio 2015; R. PINARDI, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, in *Consulta Online-Studi*, 2015/I, 220 ss.; M. RUOTOLO – M. CAREDDA, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin Tax*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015.

[59] Per approfondimenti e casi relativi alle sentenze di incostituzionalità differita cfr., fra molti, R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 2007, 116 ss., e P. CARNEVALE, *La declaratoria di illegittimità costituzionale "differita" fra l'esigenza di salvaguardia del modello incidentale e il problema dell'auto-attribuzione di potere da parte del giudice delle leggi*, in *Dir. pubbl*., n. 2/2015, 389 ss.

[60] Si vedano, rispettivamente, l'ord. n. 207 del 2018 e la sent. n. 242 del 2019, l'ord. n. 132 del 2020 e la sent. n. 150 del 2021.

[61] Per i necessari approfondimenti e valutazioni, anche di tipo comparatistico, in ordine a tale nuova figura decisoria, cfr. F.S. MARINI – C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato*, ESI, Napoli, 2019.

Venendo al secondo problema, la questione della possibile qualificazione delle leggi e degli atti aventi forza di legge attuativi del PNRR come leggi comunitariamente (e dunque, costituzionalmente, *ex* artt. 11 e 117, comma 1, Cost.) necessarie o vincolate solleva, per la Corte costituzionale, alcuni interrogativi non dissimili da quelli già trattati rispetto al referendum abrogativo. Percorrendo all'inverso il sistema di vasi comunicanti che per lungo tempo ha visto il giudizio di ammissibilità sul referendum tributario delle categorie concettuali del sindacato sulle leggi, le figure delle leggi costituzionalmente vincolate e necessarie hanno fatto ingresso anche in questa sede[62].

Per quanto qui interessa, ove si acceda a tale qualificazione, ne risulteranno alcuni irrigidimenti dei margini d'intervento della Corte costituzionale.

Nel caso di norma interna comunitariamente vincolata, che adempie l'obbligo europeo nell'unico modo consentito, ma che sia in contrasto con altri parametri costituzionali, non sembrano residuare spazi apprezzabili almeno per la declaratoria d'illegittimità secca, posto che il diritto europeo – di cui la norma nazionale è attuativa – è in grado di derogare anche a disposizioni di rango costituzionale[63]. A patto che non si accerti (scenario forse di scuola) che l'impegno europeo sia a sua volta in contrasto con i principi supremi della Carta, azionando i controlimiti.

Nell'ipotesi di norma interna comunitariamente necessaria, che assolve l'impegno europeo optando per una delle diverse soluzioni rientranti nella discrezionalità dello Stato membro, la Corte, sussistendone i presupposti, potrebbe adottare la figura dell'additiva a "rime possibili"[64], o almeno un'additiva di principio, per preservare il diverso parametro costituzionale assunto violato. Anche la declaratoria d'illegittimità parziale è possibile: ciò a patto, però, di assicurare l'auto-applicatività e la corrispondenza ai vincoli europei

[62] A dimostrazione di ciò, basti pensare alle note sentenze n. 1 del 2014 e 35 del 2017, sulla legge elettorale, e n. 162 del 2014, sulla legge in materia di procreazione medicalmente assistita. Cfr. ancora, se si vuole, il mio D. DE LUNGO, *Alcune considerazioni*, cit.

[63] Ad esempio, con riferimento al riparto costituzionale delle competenze legislative fra Stato e Regioni, cfr. sent. n. 126 del 1996 e la giurisprudenza ivi richiamata.

[64] Si allude qui al nuovo orientamento, secondo cui, ferma l'esclusione di ogni intervento di tipo creativo, le pronunce additive della Corte possono sostanziarsi in soluzioni attinte «anche fuori dal tradizionale schema delle "rime obbligate", facendo leva su «precisi punti di riferimento» offerti dal sistema normativo vigente, anche alternativi tra loro, salvo un sempre possibile intervento legislativo di segno differente, purché rispettoso della Costituzione»; ciò in nome della «esigenza di evitare la creazione di "zone franche" intangibili dal controllo di legittimità costituzionale». Cfr. Corte cost., sent. n. 185 del 2021; ma cfr. anche, fra molte, le sentt. nn. 222 del 2018, 40 del 2019, 63 del 2021, 28 e 149 del 2022. In dottrina, cfr. S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione "a rime possibili"*, in *Quad. cost.*, n. 1/2019, 183 ss.; S. CATALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza "rime obbligate"*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2020; di «versi sciolti» parla invece D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate*, in *Sistema penale*, n. 2/2021.

della normativa di risulta[65].

Restano poi comunque da valutare congegni processuali o sostanziali di differimento nel tempo degli effetti delle sentenze di annullamento.

Nulla quaestio, invece, rispetto a norme attuative che contrastino direttamente col parametro europeo: costituendo esse stesse, a motivo della propria illegittimità, forme d'inadempimento agli impegni assunti, la Corte costituzionale potrà impiegare l'intero spettro delle proprie tipologie decisorie.

Nel complesso, la presenza di stringenti impegni e le grandezze finanziarie in gioco, se non proiettano un cono d'ombra sulle leggi e gli atti aventi forza di legge attuativi del PNRR, quantomeno li rendono oggetti da maneggiare con particolare cautela nel giudizio di legittimità costituzionale.

[65] Preoccupazione che traspare da Corte cost., sent. n. 35 del 2017.

CO-REGOLAMENTAZIONE, NUOVE TECNOLOGIE E DIRITTI FONDAMENTALI: QUESTIONI DI FORMA E DI SOSTANZA

NADIA MACCABIANI*

Sommario

1. Premessa. – 2. La regolamentazione: aspetti di forma e di sostanza. – 2.1 Le dimensioni formali della regolamentazione. – 2.2. La dimensione sostanziale della regolamentazione. – 3. La "rincorsa" dell'Unione Europea nella disciplina delle nuove tecnologie. – 3.1. I codici di condotta nel GDPR. – 3.2. I codici di condotta nel DSA. – 3.3. Le norme armonizzate nell'AIA. – 4. Un legislatore in difficoltà? – 4.1. L'intensità dei "presidi" pubblicistici nella co-regolamentazione. – 4.2. La "proceduralizzazione" delle garanzie sottese alla riserva di legge.

Abstract

Starting from an overview of the formal and substantial scope of the sources of law, the paper deals with the regulatory strategies implemented by the European Union in reference to the new emerging technologies. More specifically, on the one hand, the paper aims at underling the substantial implications of co-regulation for the protection of fundamental rights; on the other hand, it aims at assessing the "safeguards" of public law relevance provided by the GDPR, the DSA and the AIA, in respect of the discretionary choices delivered by their "general clauses" to co-regulation.

Suggerimento di citazione

N. MACCABIANI, *Co-regolamentazione, nuove tecnologie e diritti fondamentali: questioni di forma e di sostanza,* in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Professore Associato in Istituzioni di Diritto Pubblico, Università degli Studi di Brescia.
Contatto: nadia.maccabiani@unibs.it

© 2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 3/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Premessa

Iniziamo con due precisazioni, l'una di ordine etimologico, l'altra di natura metodologica. Quanto alla prima, nel corso dello scritto i termini regolamentazione, regolazione e normativa saranno utilizzati in modo interscambiabile, quali concetti di genere rispetto alla specie "legge", implicanti il riferimento ad atti che – secondo i tradizionali canoni – provengono da un'autorità pubblica e si propongono la finalità di plasmare il comportamento dei consociati per motivi di interesse generale[1]. Pur prescindendo dalla disputa sui criteri identificativi degli atti normativi – formali o sostanziali, a seconda delle teorie accolte[2] –, assumerà tuttavia carattere dirimente, per quanto si cercherà nel prosieguo di argomentare (in particolare nel par. 3), la differenza tra "regola" e "norma", secondo l'insegnamento di Irti. La prima riferibile a «l'indicazione di un contegno tipico come mezzo per raggiungere uno scopo»[3], appartenente quindi al mondo delle abilità tecniche; la seconda, tipicamente imperativa, inclusiva dei principi e delle clausole generali[4]. A quest'ultimo riguardo, ed al di là delle complessità definitorie[5], va rammentato che le clausole generali solitamente rinviano a standard e modelli sociali[6], aprendo in questo modo la porta ad una relazione ricorsiva tra regolatore e regolati[7] oltre che ad uno spazio di

[1] R. BROWNSWORD, E. SCOTTFORD, K. YEUNG, *Law, Regulation ant Technology: The Field, Frame and Focal Questions,* in R. BROWNSWORD, E. SCOTTFORD, K. YEUNG (a cura di), *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology,* Oxford, 2017, p. 6.

[2] A. MORRONE, *Fonti normative,* Bologna, 2018, pp. 29 ss.

[3] N. IRTI, *Un diritto incalcolabile,* Torino, 2016, p. 61.

[4] In conseguenza di quella che Irti definisce la «crisi della fattispecie», v. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile,* cit., pp. 19 ss.

[5] Le clausole generali, al di là delle varie sfumature definitorie, sono in linea di principio intese quali «termini o sintagmi contenuti in uno o più enunciati normativi (e non, dunque, di interi e compiuti enunciati normativi) il cui utilizzo da parte del legislatore si traduce nel ricorso ad una peculiare tecnica (normativa) di costruzione della fattispecie incentrata sulla indeterminatezza del testo della norma»; pertanto, una clausola generale è ad un tempo «nozione giuridica e di tecnica di normazione», cfr. E. FABIANI, *Clausola Generale (voce),* in *Enciclopedia del Diritto,* Annali V, Milano, 2012, p. 190. Per un'analisi interdisciplinare in tema di clausole generali, v. R. SACCHI (a cura di), *Il ruolo delle clausole generali in una prospettiva multidisciplinare,* Milano, 2021.

[6] N. IRTI, *Un diritto incalcolabile,* Torino, 2016, p. 63. Denuncia il rischio che le clausole generali possano aprire lo spazio ad interpretazioni che si traducono in una «deriva soggettivistica o… capricciosa ed autoritaria imposizione da parte dell'operatore di turno», A. RUGGERI, *Le clausole generali in diritto costituzionale: risorsa o problema?,* in R. SACCHI (a cura di), *Il ruolo delle clausole generali in una prospettiva multidisciplinare,* cit., p. 273.

[7] A. ZEI, *Shifting the boundaries or breaking the branches? On some problems arising with the regulation of technology,* in E. PALMERINI, E. STRADELLA (a cura di), *Law and Technology – The Challenge of Regulating Technological Development,* Pisa, 2013, p. 175, definisce icasticamente questo fenomeno di impiego da parte legislatore di clausole in bianco che lasciano spazio all'autonomia privata «the escape into general clauses», qualificato dal fatto che «at the legislative level… we can register a general attitude of avoiding detailed regulation based on case law, in favore of more flexible regulatoru instruments, such as general clauses, undefined legal concepts and 'blank' clauses».

discrezionalità ben più ampio rispetto al rinvio a pure regole tecniche[8]. Nello specifico, la ponderazione implicata può spingersi ben oltre la semplice scelta dei mezzi tecnici meglio idonei a raggiungere lo scopo (secondo il menzionato insegnamento di Irti nel rapporto tra regola e norma), per estendersi a bilanciamenti ben più complessi nonché, talora, a valutazioni di ordine politico[9].

Rimanendo sempre nei confini etimologici, va altresì premesso che il riferimento alle *new emerging technologies* avrà di mira le tecnologie informatiche, per come potenziate in termini di capacità computazionali, disponibilità di dati e nuovi algoritmi di programmazione, con specifico riguardo al loro impiego per decisioni automatizzate da parte di sistemi di intelligenza artificiale e di piattaforme *online.* Ed è qui che si inserisce la seconda delle menzionate precisazioni, quella di natura metodologica. Al riguardo, il presente scritto non si propone di analizzare il contenuto della regolamentazione europea in materia di nuove tecnologie informatiche, se non nei limiti necessari per comprendere e ricostruire quali siano le modalità, *rectius* le strategie normative impiegate, e valutare se ed in che termini si rapportino alle esigenze di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali. A tal fine, la riflessione non può non essere preliminarmente contestualizzata nel più ampio ambito delle fonti del diritto: non tanto per portare ulteriori argomenti a suffragio della loro dibattuta "crisi", quanto per meglio mettere a fuoco le implicazioni – non solo formali, ma soprattutto sostanziali – delle fonti medesime e poter così testare se le tecniche regolatorie cui l'Unione Europea fa ricorso siano in grado di accoglierle.

2. La regolamentazione: aspetti di forma e di sostanza

La tematica delle strategie normative poste in essere dall'Unione Europea per la disciplina di alcune nuove tecnologie informatiche coinvolge (e presuppone)

[8] Osserva come, in riferimento alla complessità dei compiti assunti dallo Stato, la legislazione parlamentare risulti inadeguata disegnando «quadri preliminari necessariamente incompiuti», G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto,* in *Rivista di diritto civile,* vol. 8, n. 3/2003, p. 465.

[9] In merito al rapporto tra clausole generali e composizione di esigenze che sottendono diritti fondamentali, v. A. RUGGERI, *Le clausole generali in diritto costituzionale: risorsa o problema?,* in R. SACCHI (a cura di), *Il ruolo delle clausole generali in una prospettiva multidisciplinare,* cit., p. 309. In riferimento alle competenze tecniche che travalicano l'ambito loro proprio, spesso implicando valutazioni di ordine politico, cfr. G. DE MINICO, *Libertà e Copyright nella Costituzione e nel diritto dell'Unione,* in *Rivista Aic,* n. 1/2014, p. 2: «In altri termini, le Autorità in questo bilanciamento di interessi si comportano non diversamente da come farebbe il decisore politico. Come quest'ultimo, infatti, dispongono i beni secondo un ordine gerarchico, scelgono le condizioni, la tempistica e le modalità di protezione più opportune dei valori stessi; e, non diversamente da un policy-maker, capita che spostino l'ago della bilancia sensibilmente a vantaggio del bene reputato prioritario, con il sacrificio ingiustificato dell'altro. Nulla ci assicura dunque che la loro azione regolativa introduca nell'ordinamento una misura di composizione del conflitto equilibrata, anche se questo era proprio il risultato che ci era stato promesso con la creazione delle Autorità» indipendenti.

la più ampia tematica delle fonti del diritto[10] ed il collegato dibattito sulla crisi del sistema delle fonti[11]. I fattori cui – presumibilmente – sarebbe imputabile tale "crisi", sono – come noto – plurimi. Ora di natura "sistemica", legati all'evoluzione della forma di governo[12], al pluralismo degli ordinamenti giuridici[13] ed al loro rapporto pretesamente reticolare[14] (il che implica il moltiplicarsi della "tipologia" delle fonti[15] e la presupposta modificazione dei criteri di ricostruzione delle medesime in "sistema"[16]); ora di ordine più specifico, quali le questioni di *drafting*[17]; ora di ordine fattuale, per esigenze connesse alla

[10] P. GROSSI, *Crisi delle fonti e nuovi orizzonti del diritto,* Napoli, 2009, p. 17, osserva che se di crisi si vuol parlare non è la crisi del diritto che viene in questione: «il diritto non è mai in crisi! Il diritto è una realtà di radici, è alle radici della società, appartiene alla fisiologia della società. In crisi sono i modi, le manifestazioni in cui noi abbiamo obbligato il diritto, cioè quelle manifestazioni che… si sogliono chiamare fonti del diritto».

[11] Quesito recentemente ulteriormente approfondito da R. BIN, *Critica della Teoria delle fonti,* Milano, 2022. L'Autore osserva come la denunciata crisi delle fonti del diritto sia per lo più riconducibile all'inadeguatezza della «definizione stipulativa di sistema» (p. 64) e con esso alla necessità di recuperare la dommatica del concetto di fonte (pag. 35).

[12] P. CARETTI, *La "crisi" della legge parlamentare*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 1/2010, p. 8, a fronte della lamentata crisi della legge, osserva: «Ma a me pare che in questo modo si sia finito per ribaltare esclusivamente sul terreno della produzione legislativa un problema (quello della governabilità ed efficienza) di carattere più generale e che può trovare soluzione su piani diversi, con conseguente appannamento dell'attenzione che è necessario prestare alle dinamiche proprie di una forma di governo parlamentare». In tema di condizionamenti reciproci tra sistema delle fonti, forma di governo e forma di Stato, A. D'ATENA, *Il sistema delle fonti come variabile "dipendente",* in *osservatoriosullefonti.it,* n. 3/2017, p. 2. A. RUGGERI, *E' rimediabile il disordine delle fonti?,* in *osservatoriosullefonti.it,* n. 1/2010, p. 10, osserva: «L'importante è non perdere di vista che le sole operazioni dotate di senso… sono quelle che si dimostrano idonee ad accorciare la distanza, in atto invece vistosa e vieppiù crescente, tra l'ordine delle fonti e l'ordine delle istituzioni per un verso, il sistema dei fini-valori costituzionali per un altro». In analoga direzione, A. SIMONCINI, *1998-2008: la fine della legge?,* in *osservatoriosullefonti.it,* n. 2/2009, editoriale.

[13] A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione,* in a*ssociazionedeicostituzionalisti.it.*

[14] G. TEUBNER (a cura di), in *Global law without a State,* Aldershot- Brookfield, 1997, p. XIV, ritiene necessario «to rethink the traditional doctrine of sources of law», in quanto si assiste a fenomeni di decentralizzazione del «political law-making [that] moves away from its privileged place at the top of the norm-hierarchy and puts it on an equal footing with other types of social law-making. The replacement of frames, from hierarchy to heterarchy, allows for the recognition of other types of social rule production… here we find – parallel to political legislation – many forms of rule-making by 'private government' on a global scale which, in reality, have a highly 'public' character».

[15] G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto,* in *Rivista di diritto civile,* vol. 8, n. 3/2003, pp. 461 ss.

[16] E' nota la teoria sulla de-tipizzazione delle fonti ed il criterio ordinatore della competenza sostenuta da F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle),* in *Enciclopedia del Diritto,* agg. I, 1998*,* Milano, pp. 561 ss.

[17] *Ex plurimis*, M. AINIS, *La legge oscura – Come e perché non funziona,* Bari-Roma, 2010.

gestione delle varie emergenze[18], tra cui, da ultimo, quella sanitaria[19]: la letteratura che tocca questi punti è sterminata[20]. In ogni caso, al di là degli aspetti (e dei dati) che tradiscono la crisi del sistema delle fonti per come tradizionalmente inteso, ciò che – ai nostri fini – interessa è isolare se ed in che modo l'incrinatura, per come ulteriormente suffragata dalle strategie normative supportate dall'UE in riferimento alla disciplina dell'uso di alcune nuove tecnologie, vada oltre il binomio sovranità/fonti[21]. Se ed in che modo – quindi – tale incrinatura penetri il binomio fonti/garanzia dei diritti fondamentali. A questo scopo vengono quindi rammentate le implicazioni – non solo formali, ma altresì – sostanziali sottese alla tematica delle fonti del diritto. Ciò che si cercherà di abbozzare nei successivi due paragrafi.

2.1 Le dimensioni formali della regolamentazione

La regolamentazione di fattispecie e ambiti materiali da parte dello Stato si basa tradizionalmente su finalità di interesse pubblico[22], entro un quadro

[18] In merito si rinvia alla sezione speciale dell'*osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2022, di raccolta degli atti del *Convegno annuale dall'Associazione «Gruppo di Pisa» svoltosi a Firenze il 17 e 18 giugno 2022 – Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza, con le relazioni di A. CARDONE, A. LO CALZO, S. LIETO, A. ALBERTI, C. SICCARDI, I. MASSA PINTO, I.A. NICOTRA.*

[19] In merito si rinvia al fascicolo speciale 2020, dell'*osservatoriosullefonti.it*, sul tema *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19, con i contributi di* S. BARONCELLI, R. BARTOLI, L. BUFFONI, P. CARETTI, A. CARDONE, E. CATELANI, G.L. CONTI, G. DE MINICO, U. DE SIERVO, G. DI COSIMO, E. D'ORLANO, M.C. GRISOLIA, E. LONGO, N. LUPO, P. MILAZZO, G. MOBILIO, M. PICCHI, E. ROSSI, G. VERDE.

[20] Ogni citazione in merito risulterebbe in questa sede inadeguata, basti il rinvio, quale tentativo di fare "il punto" del fenomeno a E. CHELI, *Fisiologia e patologia negli sviluppi recenti del nostro "sistema" delle fonti,* in *osservatoriosullefonti.it,* n. 2/2010, che rammenta: «E', dunque, del tutto naturale che in una fase di crescente disarticolazione della sovranità statuale e di sviluppo delle dinamiche connesse al pluralismo istituzionale quale quella che stiamo attraversando anche il "sistema" delle fonti (statali e di autonomia) sia sottoposto a tensioni in grado di innescare processi di trasformazione della prassi o, al limite, di elusione e rottura dello stesso modello costituzionale». Per una sintesi, B. PASTORE, *Sul disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale,* in T. MAZZARESE (a cura di), *Disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale e tutela dei diritti fondamentali,* in *Diritto e questioni pubbliche,* vol. XVII, n. 1/2017, pp. 15 ss.

[21] In merito al rapporto tra sovranità popolare, partiti politici, assemblee rappresentative e sistema delle fonti, quale tratto che accumuna le posizioni di Crisafulli, Esposito e Paladin, cfr. G.U. RESCIGNO, *Sovranità del popolo e fonti del diritto nel pensiero di Carlo Esposito, Vezio Crisafulli, Livio Paladin,* in *associazionedeicostituzionalisti.it,* p. 10.

[22] Come sottolineato da M. FEINTUCK, *Regulatory rationales beyond the economic: in search of the public interest,* in R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE (a cura di), *The Oxford Handbook of Regulation,* Oxford, 2013, p. 39, ed al di là del contesto costituzionale proprio dei diversi Stati, «regulation in certain fields should incorporate and give emphasis to values beyond those of market economics…. The frame of reference of the market is too narrow to encompass properly a range of social and political values which are established in liberal democracies and can be seen as constitutional in nature». Su tali basi, l'Autore conclude affermando che «the real issue…is not so much the identification in general terms of where something we might call 'the public interest' lies… Rather, the crucial task is

costituzionalmente predefinito di bilanciamento tra libertà, diritti, valori e principi fondamentali, quali confini di scelte di ordine politico[23]. Al di là delle situazioni di tutela della libertà e dei diritti individuali sia dal potere pubblico che da offese dolosamente o colposamente recate da privati[24], l'ulteriore finalità che ha storicamente ispirato la regolamentazione pubblica è la disciplina del mercato e, più nello specifico, salvo sfumature tra vari ordinamenti, l'esigenza di intervento statale a fronte delle c.d. *market failures*[25]. Ha trovato quindi ingresso la retorica del *Regulatory State*, evoluto in varie tipologie e forme[26], anche in ragione del sorgere di nuovi e diversi rischi non necessariamente strettamente legati alle dinamiche del mercato[27], con conseguente coinvolgimento

that of establishing with adequate force and clarity the constitutional and democratic legitimacy of such claims, to allow them to be reasserted effectively above the clamour of proponents of the market» (p. 57).

[23] Sostiene una lettura non meramente formale, bensì assiologico-sostanziale del sistema delle fonti del diritto, con la Costituzione concepita quale «Carta dei valori fondanti l'ordine giuridico» aperta alle infiltrazioni prodotte dall'ordinamento sovranazionale ed internazionale e quindi ad una interpretazione evolutiva, per «una rinnovata teoria delle fonti, assiologicamente orientata e connotata da una crescente integrazione sovranazionale», A. RUGGERI, *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella ricostruzione di un ordinamento "intercostituzionale"*, in *federalismi.it,* n. 9/2009, p. 16, che, nello specifico, sottolinea «Se si conviene a riguardo del fatto che il cuore pulsante dell'ordinamento, in ambito nazionale come pure in ambiti a questo trascendenti, è dato dal riconoscimento dei diritti fondamentali (e – non si dimentichi – dei doveri inderogabili, come li chiama la nostra Carta, essi pure fondamentali, siccome costitutivi, allo stesso titolo dei diritti, delle basi portanti dell'ordinamento), non si vede come possa considerarsi ammissibile una ricostruzione dell'ordine delle fonti che faccia a meno del costante riporto delle fonti stesse (*rectius*, come si vedrà, delle *norme*) ai diritti e, in genere, ai principi fondamentali dell'ordinamento».

[24] G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio,* Bari, 2007, p. 50, osserva come «un nucleo minimo di diritto forte, spesso presidiato dalla sanzione penale, non può dunque non esistere».

[25] R. BALDWIN, M. CAVE (a cura di), *Understanding Regulation – Theory, Strategy and Practice,* Oxford, 1999, pp. 9 ss.

[26] Come dimostra lo scritto di K. YEUNG, *The Regulatory State,* in R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE (a cura di), *The Oxford Handbook of Regulation,* cit., p. 76: «the high level of variation revealed by closer examination of the regulatory landscape in particular states and sectors makes it more difficult to regard the regulatory state as either a coherent or stable analytical construct… In short, it may be more apt to refer to multiple regulatory states, with their own distinctive characteristics and dynamics, rather than to speak of a single uniform regulatory state».

[27] R. BROWNSWORD, E. SCOTTFORD, K. YEUNG, *Law, Regulation ant Technology: The Field, Frame and Focal Questions,* cit., p. 9, ricordano che «while much academic reflection concerning regulatory intervention from the late 1970s onwards was animated by the need to respond to market failure, more recent academic reflection frames the overarching purpose of the regulatory enterprise in terms of 'managing risk'… This turn also reflects the need to account for the multiplicity of societal interests and values in the regulatory enterprise beyond market failure in narrow economic terms. Aligning regulation with the idea of 'risk governance' provides a more direct conceptual linkage between concerns about the 'risks' arising from technological innovation and concerns about the need to tame their trajectories». In merito va altresì ricordato come sia ormai diventato di uso corrente il riferimento alla società contemporanea come "*Risk Society*": U. BECK, *Risk Society – Toward a new modernity*, Monaco, 1992.

di competenze tecniche qualificate nell'adozione degli atti di regolazione[28]. La scelta del "se" intervenire, attraverso una regolamentazione pubblica, è quindi latrice di ulteriori ambiti di scelta in merito agli "attori" della regolamentazione ed alle "modalità" ed "intensità" dell'intervento normativo[29].

Quanto agli attori, agli organi legittimati democraticamente (direttamente o indirettamente), classicamente depositari del potere normativo, si sono aggiunte, con l'avvento delle privatizzazioni e lo sviluppo del c.d. *Regulatory State*[30], le autorità indipendenti[31] con tutte le presupposte e connesse implicazioni in termini di legittimazione[32]. Quanto alle "modalità" ed alla "intensità" con cui il legislatore può incidere sull'autonomia privata, le classiche norme etero-imposte, che si strutturano secondo il modello del *command and control* e quindi comportano l'intervento di sanzioni a fronte della loro violazione[33], sonno state, nel corso del tempo, integrate da strategie normative alternative[34].

[28] Sul nesso tra crisi della legge, esigenza di assicurare il buon funzionamento del mercato (peraltro sotto spinta dell'Unione Europea) e necessarie competenze tecniche, in una sorta di «osmosi tra pubblico e privato», R. BIN, *Critica della Teoria delle fonti,* Milano, 2022, pp. 31-33.

[29] R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE (a cura di), *The Oxford Handbook of Regulation,* Oxford, 2013, p. 7.

[30] G. MAJONE, *The Transformations of the regulatory State,* in *Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolazione,* Settembre 2010, p. 7, «The failure of public ownership as a mode of regulation favored the diffusion of an alternative mode whereby industries deemed to affect the public interest, such as public utilities, are left in, or are returned to, private hands but are subjects to rules developed and enforced by specialized agencies or commissions on the basis of a specific legislative mandate – statutory regulation. Such bodies are usually established by law as independent authorities, in the sense that they are allowed to operate outside the line of hierarchical control or oversight by the departments of central governments», realizzando così una separazione tra politica e competenze tecnico-specialistiche.

[31] La dottrina in tema di legittimazione del potere regolatorio delle autorità indipendenti è vasta, basti il rinvio a M. MANETTI, *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione,* in *Politica del Diritto,* n. 4, 1997, pp. 678 ss.; F. MERLONI, *Fortuna e limiti delle cosiddette Autorità amministrative indipendenti,* in *Politica del Diritto,* n. 4, 1997, pp. 640 ss. Ritiene non qualificabili come fonti normative gli atti prodotti dalle Autorità indipendenti, R. BIN, *Critica della Teoria delle fonti,* cit., p. 103.

[32] Sulla possibilità di concepire la legittimazione democratica non solo come *input* e *output legitimacy*, come fatto da Fritz Scharpf, ma altresì come *throughput legitimacy*, cfr. V.A. SCHMIDT, *Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited: Input, Output and 'Throughput',* in *Political Studies,* Vol. 61, 2021, pp. 2

[33] A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione,* in a*ssociazionedeicostituzionalisti.it,* p. 12, secondo cui «il sistema delle fonti complessivamente considerato si risolve… in uno strumento razionale mediante il quale vengono individuate le situazioni con riferimento alle quali l'ordinamento giuridico prescrive quale sia il comportamento che coloro che si trovano soggetti alla sua autorità debbono (o possono) tenere od omettere, rendendo così possibile controllare se un singolo individuo che si sia trovato di fronte ad una situazione prevista e regolata dal sistema stesso abbia rispettato oppure no e quali siano le conseguenze dell'eventuale inosservanza».

[34] R. BALDWIN, M. CAVE (a cura di), *Understanding Regulation – Theory, Strategy and Practice,* Oxford, 1999, pp. 34 ss. Gli Autori descrivono le diverse tecniche di regolamentazione facendo riferimento, oltre al *command and control*, all'auto-regolamentazione e alla co-regolamentazione, anche alla possibilità di disporre incentivi anziché sanzioni, alla regolamentazione preventiva (es. la

L'evoluzione ora sinteticamente richiamata, interseca il processo di globalizzazione[35], inteso quale collegamento globale e reticolare non solo degli Stati, ma altresì delle loro articolazioni amministrative interne, nonché degli operatori economico-finanziari e degli stessi membri della società civile[36]. Tale fenomeno, nell'incrinare una categoria classica delle fonti del diritto (la loro territorialità)[37], ha altresì inciso ulteriormente sulla cerchia degli "attori" e delle "modalità" di regolazione. Sicché, oltre al diritto statale, sovranazionale ed internazionale, si discorre di diritto transnazionale, la cui definizione si ricava più in negativo, per differenziazione, che in positivo, unici connotati certi essendo il non ridursi al diritto internazionale o sovranazionale ed il coinvolgimento di

normativa sulla concorrenza), agli obblighi informativi previsti a tutela delle "parti deboli", al riconoscimento di diritti azionabili dai privati per finalità di interesse pubblico volte a far valere l'altrui responsabilità. A queste tecniche normative si aggiunge, in periodo più recente, la c.d. *nudge regulation*: a questo riguardo, prendendo spunto dalla *nudge theory* di R.H. THALER, C. SUNSTEIN, *Nudge. Improving decisions about health, wealth and happines,* New Haven, 2008, gli studi si sono andati diffondendo anche nella dottrina italiana, sia in riferimento al contesto nazionale (A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo – Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni,* Napoli, 2021), che internazionale (D. RUSSO, *L'approccio "Nudge" nel diritto internazionale: una nuova frontiera del soft law,* in *osservatoriosullefonti.it,* n. 2/2022, pp. 131 ss.).

[35] E. CANIZZARO, *La sovranità oltre lo Stato,* Bologna, 2020, pp. 105-106, osserva come stia «emergendo una comunità transnazionale – o forse più d'una – che… inaridisce i tradizionali canali della rappresentanza politica, incapaci di dominare il mutamento sociale, e ne produce altri, sovente impalpabili e carenti di legittimazione».

[36] S. CASSESE, *Chi governa il mondo?,* Bologna, 2012, pp. 27-28, sottolinea come la *global polity* includa non solo il collegamento a rete tra gli Stati, ma anche la loro disaggregazione a livello di amministrazioni statali che interagiscono tra loro a livello globale, oltre che il coinvolgimento della società civile. Per gli aspetti problematici della co-amministrazione europea sul piano delle garanzie, cfr. B. MARCHETTI, *Al di là dello Stato: la europeizzazione e la globalizzazione dell'amministrazione italiana,* in *Politica del Diritto,* n. 2/2021, p. 281.

[37] M.R. FERRARESE, *Globalizzazione giuridica,* in *Enciclopedia del Diritto,* Annali VI, 2011, p. 549, ricorda «due tipi di confini e distinzioni che sono stati messi in crisi, ridimensionati o addirittura travolti dalla globalizzazione: da una parte, i rigidi confini geografici tra gli Stati, che servivano a recintare lo spazio in cui essi potevano legittimamente esercitare il proprio potere "sovrano"; dall'altra, i confini concettuali posti dalle teorizzazioni relative all'architettura giuridica moderna». Inoltre, «la globalizzazione, configurando una nuova tendenza a fare spazio a percorsi giuridici più "naturali", ha accentuato il collegamento del diritto sia con la società, sia con l'economia» (p. 555). Del resto, come evidenziava A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo,* in *Il diritto dell'economia,* 1996, pp. 250 ss., già la sola diffusione della normazione tecnica ha contribuito ad erodere la sovranità statale.

parti private[38]. Una prima tipologia di diritto riconosciuto come transnazionale è la *lex mercatoria*[39], cui dagli anni '90 si è andata aggiungendo la *lex*

[38] In merito si rinvia a R. TARCHI, *Diritto Transnazionale o Diritti Transnazionali? Il carattere enigmatico di una categoria giuridica debole ancora alla ricerca di un proprio statuto*, in *osservatoriosullefonti.it,* n. 1/2021, p. 9, che osserva «le definizioni usate per distinguere gli ordinamenti transnazionali sono altrettanto vaghe; ci si limita a rilevare che essi si pongono in modo terzo rispetto agli ordinamenti tradizionali del sistema vestfaliano e di poter essere definiti solo in negativo, come ordinamenti non statali, non internazionali e, ancora, non necessariamente, globali, potendo operare anche solo con riferimento ad aree geografiche delimitate, oltre che essere costruiti in forme bilaterali, multilaterali o regionali. Su un punto si registra una convergenza di opinioni: vengono messe in crisi le dicotomie strutturali classiche, quali la distinzione tra diritto pubblico e privato, oltre a quella tra diritto nazionale e inter-nazionale, considerato che si interviene per disciplinare attività poste in essere in spazi nuovi, che si collocano ad un livello intermedio tra questi due ordini normativi propri della nostra tradizione giuridica... l'ipotesi più ricorrente è quella di ordinamenti spontanei, ad opera di comunità di operatori che hanno l'interesse di regolare i loro rapporti in condizioni di autonomia». Come evidenziato da P. PASSAGLIA, *L'impatto delle dinamiche transnazionali sui sistemi normativi. Considerazioni introduttive,* in *osservatoriosullefonti.it,* n. 1/2021, p.232, «Se la cifra del diritto transnazionale è divenuta quella di aggregare *corpora* di regole accomunate da un elemento (la transnazionalità, nell'accezione sopra riferita), il diritto transnazionale è andato configurandosi come una nozione atta a ricomprendere fenomeni produttivi di norme tra loro profondamente diversi: dato questo unico elemento di comunanza, i tratti differenziali sono, in effetti, quanto mai cospicui. Ad esempio, nel diritto transnazionale sono finiti per rifluire i regolamenti di organizzazioni sportive internazionali come le regole imposte da organismi finanziari, le regole che presiedono al funzionamento dell'*Internet* come accordi di valenza generale stipulati da e tra multinazionali. In buona sostanza, un caleidoscopio di forme di produzione; un caleidoscopio per il quale pro-porre una unitarietà di fondo risulta sempre più velleitario, non fosse altro per-ché gli ordinamenti – in senso romaniano – in cui le regole operano, non solo sono molteplici, ma neppure sono strutturalmente omogenei, per tacere del fatto che i soggetti che producono le regole sono parimenti disomogenei e che le tipologie di regole prodotte sono le più varie».

[39] Per il riferimento alla *lex mercatoria* come manifestazione del diritto transnazionale, cfr. P.C. JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, 1956; B.M. CREMADES, S.L. PLEHN, *The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions*, in *Boston University International Law Journal*, vol. 2, n. 3/1984, pp. 317 ss. Nella dottrina italiana, F. GALGANO, *La Globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2009, p. 56, definisce la *lex mercatoria* moderna per comparazione e differenza con quella medioevale: «L'espressione ha origine colta: vuole alludere alla rinascita, in epoca moderna, di un diritto altrettanto universale quanto fu universale il diritto dei mercanti dell'epoca intermedia. Questo era stato *lex mercatoria*, non solo perché regolava i rapporti mercantili, ma anche e soprattutto perché era un diritto creato dai mercanti: le sue fonti erano state gli statuti delle corporazioni mercantili, le consuetudini mercantili, la giurisprudenza delle *curiae mercatorum*, che erano tali a loro volta perché in esse sedevano mercanti. Del pari, per nuova *lex mercatoria* oggi si intende un diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati».

informatica[40], ma viene talora inclusa anche la *lex sportiva*[41]. Si inscrive in questa prospettiva la dottrina relativa alla *transnational private regulation*, che abbraccia differenti tipologie di approcci, a seconda dei soggetti che partecipano ai regimi regolatori (imprese, organizzazioni non governative, organizzazioni internazionali o intergovernative, associazioni di portatori di interesse, esperti), dei modelli di *governance* seguiti e delle finalità perseguite[42]. Si inseriscono inoltre in questo solco le descrizioni dottrinali relative ai *legal hybrids*: con ciò

[40] G.L. CONTI, *La* lex informatica, in *osservatoriosullefonti.it,* n. 1/2021, p. 318, nel sottolineare che «Con l'espressione "lex informatica" si allude al complesso insieme di norme che regolano la rete. Si tratta massimamente di norme invisibili a occhio nudo, nel senso che esse regolano dei fenomeni che si collocano al di là della percezione e della comprensione di coloro che ne subiscono le conseguenze», rammenta altresì che «La democrazia sulla rete, però, nella parte in cui guarda all'accesso e agli standard che consentono di sviluppare gli applicativi necessari per la comunicazione END TO END è amministrata da un complesso insieme di organismi (ICANN, W3C, IETF)», si tratta di organismi di diritto privato, il primo (ICANN) amministra gli indirizzi IP ed il Domain Name System, l'IETF definisce gli standard che consentono la comunicazione tra i vari nodi della rete, mentre l'W3C sviluppa i protocolli che consentono di integrare gli standard sviluppati dall'IETF nelle singole pagine web e applicazioni attraverso cui gli utenti usano la rete, oltre che definire la missione della "rete". In definitiva «Questi organismi possono essere considerati gli effettivi titolari del potere normativo sulla rete, perché complessivamente definiscono le regole (invisibili) che consentono la comunicazione fra i calcolatori connessi al web» (p. 326). In una realtà siffatta, la legittimazione di questi organismi deriva dall'adesione dei privati alle regole da loro definite, ma – così concepito – «il consenso, nella rete, si realizza come adesione volontaria a delle norme senza le quali la stessa comunità non può esistere, sicché l'individuo è posto nella secca alternativa…fra l'aderire e quindi accedere alla rete ovvero non aderire e quindi essere escluso dalla rete». Per di più la rete «è sempre più piattaforme in grado di svolgere una funzione di intermediazione fra i singoli e i loro bisogni di comunicazione, piattaforme che semplificano l'accesso e il reperimento delle informazioni ma che nello stesso tempo utilizzano standard e protocolli pubblici per costruire sistemi chiusi e caratterizzati dalla difficoltà di accesso al loro co-dice e alle loro caratteristiche più profonde, nelle quali si realizza uno scambio economico fra la privacy degli individui e l'accesso ai servizi offerti dalle piattaforme stesse» (p. 323). In definitiva, «La lex informatica non è solo il diritto della rete. È soprattutto il diritto della intersezione fra la rete e la realtà, definisce il modo con cui la rete modifica la realtà ma anche il modo con cui la realtà, o meglio: la sovranità, possono interagire con la rete» (p. 326).

[41] S. BASTIANON, *La* lex sportiva, in *osservatoriosullefonti.it,* n. 1/2021, p. 358, ricorda che «uno dei principali obiettivi che stanno alla base delle teorie favorevoli a sostenere l'esistenza di una *lex sportiva* è certamente quello di individuare un *corpus* di regole proprie del settore sportivo ed in quanto tale elemento fondante e costitutivo di un autonomo ordinamento giuridico dalla natura privata e dalla portata globale, frutto dell'accordo tra le varie federazioni sportive internazionali ed i soggetti sottoposti alla loro giurisdizione».

[42] E. CAFAGGI, *New foundations of Transnational private regulation,* in in E. PALMERINI, E. STRADELLA (a cura di), *Law and Technology – The Challenge of Regulating Technological Development*, cit., p. 89, sottolinea la "poliedricità" della nozione di *transnational private regulation* «TPR encompasses numerous regimes, reflecting the complexity of the private sphere. Some are mainly driven by industries; some are promoted by NGOs; others by the joint endeavour of industry and NGOs, often complemented by public intervention, giving rise to tripartite or multiparty agreements. While at first sight they are all governed by private actors, they pursue different objectives and incorporate multiple degrees of public interest, depending on the composition of their respective governance bodies and the effects they have on the general public. Plurality of interests often translates into different regulatory strategies or a concentration on different stages of the regulatory process».

avendo di mira categorie giuridiche che non appartengono alla concettualizzazione tradizionale del diritto pubblico o del diritto privato, risultando piuttosto una mescolanza tra tipiche modalità di azione di entrambi[43].

A livello di Unione Europea, quanto descritto trova sintesi e riflesso nella "dottrina" della Commissione europea sulla *Better Regulation* che – oltre al coinvolgimento consultivo degli *stakeholders* sin dall'*inception impact assessment*[44] – punta alla semplificazione legislativa, limitandola ai requisiti essenziali, ed apre la cerchia degli attori coinvolti ai privati, consacrando metodi alternativi di regolamentazione, *in primis* autoregolamentazione e co-regolamentazione[45]. In questa prospettiva, la stessa identificazione di «alternative policy

[43] K. TUORI, *On legal hybrids,* in *EUI Working Papers – Law*, n. 31/2012, p. 67, «legal hybrids are legal phenomena which our inherited conceptual framework is unable to capture and to imprison in a determinate conceptual box», e, più nello specifico, «They are no longer tied to the nation-state legislator but attest to the *polycentrism* of legal sources and the *pluralism* of legal orders, perhaps even legal systems... Environmental law, medical and bio-law, information law, or sports law introduce breaches into the system based on the fundamental distinction between private and public law and gather together norms which, in traditional divisions, are dispersed across several fields. But this is not all. Besides norms issued by the domestic legislator, they include EU norms, as well as other norms of international or transnational origin. Finally, *soft law* material, such as recommendations or codes of good practice adopted by international and national organisations, also plays an important role in the self-conception of would-be new branches of law. Thus, not only can the new fields of law not be unequivocally inserted into the traditional system; they also renounce its nation-state premises and even question the very separateness of law from other social norms. Here we could perhaps speak of multiple hybridization» (p. 71).

[44] Sul punto cfr. M. PICCHI, *Legiferare meglio: a proposito della nuova comunicazione della Commissione europea,* in *osservatoriosullefonti.it,* n. 3/2021, pp. 1052 ss.

[45] L'accordo inter-istituzionale tra Commissione, Parlamento e Consiglio (2003/C 321/01) sul «Legiferare meglio» prevedeva che le istituzioni «riconoscono l'utilità di ricorrere, ove opportuno, qualora il trattato CE non prescriva specificamente il ricorso a un determinato strumento legislativo, a meccanismi di regolamentazione alternativi», tra cui la co-regolamentazione e l'auto-regolamentazione. Nello specifico (par. 18), «Si intende per co-regolamentazione il meccanismo mediante il quale un atto legislativo comunitario conferisce la realizzazione degli obiettivi definiti dall'autorità legislativa ai soggetti interessati riconosciuti in un determinato settore (in particolare agli operatori economici, alle parti sociali, alle organizzazioni non governative o alle associazioni). Si può ricorrere a un tale meccanismo sulla base di criteri definiti nell'atto legislativo per assicurare che la legislazione sia adeguata ai problemi e ai settori interessati, alleggerire il lavoro legislativo concentrandolo sugli aspetti essenziali e beneficiare dell'esperienza dei soggetti interessati»; mentre (par. 22-23) «Per autoregolamentazione si intende la possibilità lasciata agli operatori economici, alle parti sociali, alle organizzazioni non governative o alle associazioni, di adottare tra di loro e per sé stessi orientamenti comuni a livello europeo (in particolare codici di condotta o accordi settoriali). In linea generale, tali iniziative autonome non presuppongono una presa di posizione da parte delle istituzioni, specialmente quando intervengono in settori non rientranti nell'ambito dei trattati o in cui l'Unione non ha ancora legiferato. Nel quadro delle proprie responsabilità la Commissione esamina le prassi di autoregolamentazione onde verificarne la conformità con le disposizioni del trattato CE». Il riferimento a metodi alternativi di regolamentazione trova supporto nelle linee guida dell'OCSE – *Guidelines for Regulatory Quality and Performance,* 2005. Come sottolineato dalla dottrina, le consultazioni in sede di valutazione d'impatto, potrebbero essere utilizzate per sondare fattibilità ed efficacia di approcci regolamentari alternativi (la soluzione è profilata da C. BROWN, C. SCOTT, *Regulation, Public Law and Better Regulation,* in *European Public Law,* vol. 17, n. 3/2001, p. 471) e, tuttavia, la recente Comunicazione della

instruments»[46], volti ad "efficientare" il raggiungimento degli obiettivi proposti[47], è diventata uno *step* essenziale nella valutazione di impatto che la Commissione è tenuta ad espletare quando si propone di disciplinare un ambito[48].

Con specifico riguardo all'esigenza di regolamentare gli incrementali "rischi" legati all'evoluzione tecnologica, derivanti da prodotti, processi o da servizi, il solco tracciato dall'UE si è altresì qualificato per la normativa sulla standardizzazione, attraverso il «New Approach» prima (nel 1985)[49] ed il «New Legislative Framework» poi (nel 2008)[50]. In quest'ottica, la fissazione dei requisiti essenziali è contenuta nella legislazione, mentre l'elaborazione delle specifiche tecniche è lasciata alle organizzazioni europee di normazione (enti di diritto privato contemplati nell'allegato I del Regolamento UE n. 1025/2012: CEN, CENELEC, ETSI)[51]. Le specifiche tecniche normate da questi organismi privati, pur essendo l'adesione volontaria, sono tuttavia suscettibili di produrre effetti giuridici, quali la presunzione di conformità derivante dalle norme

Commissione sul «Legiferare meglio» - COM(2021) 219, semplifica le procedure di consultazione, accorpandone delle fasi (cfr. M. PICCHI, *Legiferare meglio: a proposito della nuova comunicazione della Commissione europea,* in *osservatoriosullefonti.it,* n. 3/2021, p. 1063), anche con riguardo alle fasi preliminari dell'elaborazione delle tabelle di marcia, quando, essendo ancora aperta l'opzione degli strumenti normativi, le procedure di consultazione potrebbero indirizzarne la scelta.

[46] SWD(2015) 111 final, *Better Regulation Guidelines,* p. 23.

[47] Come espresso in *Better regulation for better results – An EU Agenda,* COM(2015) 215 final, p. 4, «Better regulation is not about "more" or "less" EU legislation… Better regulation is about making sure we actually deliver on the ambitious policy goals we have set ourselves».

[48] SWD(2015) 111 final, cit., p. 22.

[49] Risoluzione del Consiglio (85/C 136/01) del 7 maggio 1985 – *Orientamenti relativi ad una nuova Strategia in materia di armonizzazione tecnica e normalizzazione,* che si fonda su quattro principi essenziali: 1) l'armonizzazione legislativa si limita all'approvazione, mediante direttive, dei requisiti essenziali di sicurezza (o di altre esigenze di interesse collettivo) ai quali devono soddisfare i prodotti immessi sul mercato che, in tal caso, possono circolare liberamente nella Comunità; 2) agli organi competenti per la normalizzazione industriale è affidato il compito di elaborare le specifiche tecniche; 3) l'adesione a tali specifiche tecniche è volontario; 4) le amministrazioni sono allo stesso tempo obbligate a riconoscere ai prodotti fabbricati secondo le norme armonizzate una presunta conformità ai «requisiti essenziali» fissati dalla direttiva.

[50] Decisione n. 768/2008/CE volta a definire «il quadro comune di principi generali e di disposizioni di riferimento per l'elaborazione della normativa comunitaria di armonizzazione delle condizioni per la commercializzazione dei prodotti» (Art. 2, c. 1).

[51] La dottrina ha definito gli organismi di normalizzazione come «soggetti privati esercenti pubbliche funzioni»: F. SALMONI, *Le norme tecniche,* Milano, 2001, p. 375, come già osservato da A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo,* cit., p. 262. Quanto alla questione della legittimazione di tali organismi cui viene nella sostanza delegata una funzione normativa, cfr. L. SENDEN, *Towards a More Holistic Legitimacy Approach to Technical Standardisation in the EU,* in M. ELIANTONIO, C. CAUFFMAN (a cura di), *The Legitimacy of Standardisation as a Regulatory Technique in the EU – A Cross-disciplinary and Multi-level Analysis,* Cheltenham-Northampton, 2020, pp. 20 ss.

armonizzate, elaborate su espressa richiesta della Commissione e pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea[52].

In questo *framework,* si inscrive – da ultimo – l'esigenza di far fronte, dal punto di vista normativo, al rapido sviluppo delle tecnologie emergenti, che sfruttano algoritmicamente la massa di dati in circolazione (*Big Data*) nonché la potenza di calcolo per finalità predittive, valutative, decisionali (*data mining*), e che, così operando, sono suscettibili di incidere su diritti e principi fondamentali[53]. Accettata l'eredità del *better regulation approach*, l'Unione europea, anche in questo caso, sembra voler portare avanti quella che in dottrina è stata definita una «sorta di "disruption"» dei «metodi e strumenti giuridici tradizionali… supera[ti] da parte di altre forme di regolazione»[54]. Il punto verrà ripreso nel par. 3.

La prospettiva sin qui assunta integra un rapido *excursus* – di natura essenzialmente formale e procedurale – relativo a tecniche normative che esulano dai canoni tradizionali delle fonti statali del diritto. Non solo e non tanto perché si riferiscono ad un ambito territoriale che trascende i confini dello Stato, ma altresì perché se, come precisato in premessa, l'attività normativa è di provenienza pubblicistica, queste strategie normative coinvolgono invece soggetti privati ed adottano approcci alternativi al *command and control*, attraverso pratiche di autoregolamentazione e co-regolamentazione. Certo è che, dal punto di vista del diritto pubblico, la "breccia" in questo modo aperta nel sistema tradizionale delle fonti sarebbe limitata, se risultassero incisi solo aspetti di forma e di procedura. Ma, com'è persino scontato rammentare, nel diritto costituzionale, al di là della forma giace la sostanza. Giacciono quindi i diritti e le libertà fondamentali non ugualmente garantiti da una tecnica regolatoria piuttosto che da un'altra o da un "regolatore" piuttosto che da altri. Di questo si

[52] Le procedure di normalizzazione possono essere inserite in un processo di co-regolamentazione o auto-regolamentazione (cfr. B.VAN LEEUWEN, *European Standardisation of services and its impact on private law – Paradoxes of convergence,* Oxford-Portland, 2017, p. 40 ss.) volto a produrre convergenza a livello europeo (cfr. H.W. MICKLITZ, *A self-sufficient european private law – A viable concept?,* in *EUI Working Papers – Law,* n. 31/2012, pp. 5 ss.).

[53] In questo senso è significativo lo scritto di A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e future delle libertà,* in *BioLaw Journal,* n. 1/2019, pp. 63 ss. Sempre sul tema dei rischi che i sistemi di intelligenza artificiale possono comportare per libertà e diritti fondamentali, al di là del diritto alla protezione di dati personali, cfr. F. DONATI, *Diritti fondamentali e algoritmi nella Proposta di Regolamento sull'intelligenza Artificiale*; A. ADINOLFI, *L'intelligenza artificiale tra rischi di violazione dei diritti fondamentali e sostegno alla loro promozione: considerazioni sulla (difficile) costruzione di un quadro normativo dell'Unione*; A. ODDENINO, *Intelligenza artificiale e tutela dei diritti fondamentali: alcune notazioni critiche sulla recente Proposta di Regolamento della UE, con particolare riferimento all'approccio basato sul rischio e al pericolo di discriminazione algoritmica,* in A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza Artificiale e Diritto: una rivoluzione?*, Vol. I, Bologna, 2022, pp. 111 ss.

[54] G. MOBILIO, *L'Intelligenza Artificiale e i rischi di una «disruption» della regolamentazione giuridica,* in *BioLaw Journal,* n. 2/2020, p. 404.

tratterà brevemente nel paragrafo successivo, anticipando quanto si andrà poi sviluppando in seguito: la "latutudine" del rischio sotteso alla accennata "disruption" del sistema tradizionale delle fonti del diritto in riferimento agli spazi regolatori lasciati aperti dall'UE nel suo approccio alle *new emerging technologies*.

2.2. La dimensione sostanziale della regolamentazione

Nel paradigma del costituzionalismo moderno, come detto, la "forma" è anche "sostanza", o, per meglio dire con le parole di autorevole dottrina, «nel paradigma costituzionale… le *ragioni del diritto* storicamente elaborate dalla riflessione filosofica sulla giustizia e dalla conseguente progettazione politica sono state incorporate, sotto forma di principi e diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti, quali *ragioni nel diritto*», entrambe – a loro volta – razionalizzate entro certe "forme" dei sistemi normativi, dalle più semplici alle maggiormente complesse[55].

Ne consegue pianamente che le modalità con cui è congegnato il sistema delle fonti del diritto non ha portata meramente formale e procedurale, essendo «materia di diritto costituzionale»[56], in quanto «ogni sistema di fonti normative è il riflesso dello specifico rapporto tra società civile e pubblici poteri (forma di stato) e del rapporto tra i poteri pubblici dello stato (forma di governo)»[57].

In effetti, non deve dimenticarsi, che «le fonti costituzionali sulla produzione normativa esprimono scelte e valori fondamentali per il nostro assetto democratico predisponendo strumenti quali le riserve di legge, il principio di legalità, la stessa disciplina delle procedure deliberative. Non possiamo ignorare che prevedere che solo la legge del parlamento possa apportare limiti alle libertà costituzionali, imporre un parametro legale all'azione dell'Amministrazione, delimitare in Costituzione il procedimento legislativo, il potere di autoregolamentazione del Parlamento ed il potere legislativo del Governo, proteggere, infine, con maggioranze speciali la modifica delle norme costituzionali, son tutti principi certamente di natura organizzativa, ma posti dalla Costituzione a tutela dei diritti fondamentali e a garanzia di un certo livello essenziale di partecipazione delle minoranze alle procedure decisionali. E', quindi, altrettanto evidente che la valutazione dell'assetto odierno del sistema delle fonti non potrà che risentire ed influenzare il giudizio più generale che oggi è

[55] L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia – Teoria del garantismo costituzionale,* Bari-Roma, 2021, p. 6.

[56] L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano,* Bologna, 1996, p. 35: «la disciplina delle fonti deve ritenersi materialmente costituzionale».

[57] A. MORRONE, *Fonti normative,* Bologna, 2018, p. 15.

possibile esprimere sulla effettività della tutela costituzionale dei diritti e sulla qualità della democrazia»[58].

La dottrina maggioritaria pertanto – a fronte di scenari di pluralismo ordinamentale, di articolazione caotica degli atti normativi e dei conseguenti interrogativi sull'attualità della categoria concettuale "sistema delle fonti del diritto"[59] – ritiene di dover ribadire «l'assoluta necessità… del sistema delle fonti» in quanto in esse «troviamo le garanzie ed i limiti delle varie situazioni soggettive, nonché le regole di funzionamento delle diverse istituzioni; in loro assenza o insufficienza, si riafferma pericolosamente il mero potere dei diversi soggetti politici, sociali od economici comunque dominanti»[60].

Come a dire, le fonti del diritto consustanziano i confini e la portata del principio di costituzionalità e del principio di legalità, realizzano quindi una garanzia, oltre che formale-procedimentale, di natura sostanziale, che viene senz'altro minata laddove si realizzi «l'intrusione di grandi soggetti economici privati nei processi di decisione politica…, e perfino l'adozione diretta di scelte politiche da parte dei primi», ciò che non può essere ridotto «a casi di innocenti intrecci fra poteri pubblici e privati», investendo «piuttosto il volto democratico del costituzionalismo»[61]. Si consustanzierebbe – in questo modo – una duplice e contestuale crisi, relativa sia alla dimensione formale che sostanziale della legalità e della democrazia, tra le cui principali manifestazioni si trova appunto la deriva «della forma pubblica della normazione eteronoma… sostituita dalle forme privatistiche» con conseguente «vuoto di legalità»[62].

Se così è, come pare, la tendenza, assecondata dal fenomeno della globalizzazione, che trova istituzioni "resilienti", ossia flessibili a fronte del potere privato, e che pertanto si assestano ad un «più basso tasso di normatività»[63], aprendo, per converso, lo spazio a modalità di regolamentazione meno formali seppur dotate di elevata effettività[64], non può che far sorgere perplessità ed

[58] A. SIMONCINI, *1998-2008: la fine della legge?,* in *osservatoriosullefonti.it,* n. 2/2009, editoriale.

[59] In questo senso le pubblicazioni di F. MODUGNO, A. PIZZORUSSO, A. RUGGERI, *E' possibile ancora parlare di un sistema delle fonti?,* in M. SICLARI (a cura di), *Il pluralismo delle fonti previste dalla Costituzione e gli strumenti per la loro ricomposizione,* Napoli, 2012, pp. 3 ss.

[60] U. DE SIERVO, *Perché occuparsi ancora delle fonti del diritto?,* in *osservatoriosullefonti.it,* n. 1/2015, p. 3.

[61] C. PINELLI, *Oligarchie finanziarie mondiali, democrazie nazionali e la dicotomia pubblico/privato. Qualche riflessione per i giuristi,* in *costituzionalismo.it,* n. 1/2016, p. 187.

[62] L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia – Teoria del garantismo costituzionale,* cit., pp. 194-195.

[63] M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente – Globalizzazione e tempo delle istituzioni,* Bologna, 2002, p. 58.

[64] In merito, S. RODOTÀ, *Technology and regulation: a two-way discourse,* in E. PALMERINI, E. STRADELLA (a cura di), *Law and Technology – The Challenge of Regulating Technological Development*, cit., p. 30, definisce tale processo in questi termini «a juridification with a low formal intensity and a high effectiveness impact». Come notato da B. PASTORE, *Sul disordine delle fonti del diritto*

incertezze dal punto di vista costituzionalistico. Tale tendenza sembra infatti rientrare tra le principali manifestazioni di «crisi dello stato costituzionale»[65], declinante lungo il versante di un "capovolgimento" delle modalità classiche di produzione del diritto[66], ed ergendo perciò soggetti privati a "regolatori".

Del resto, la stessa Unione Europea ha dimostrato di aver ben presenti i pericoli sottesi alla "remissività" verso la regolamentazione privata, tant'è che nell'accordo inter-istituzionale del 2003 sul «Legiferare meglio», pur incentivando co-regolamentazione e auto-regolamentazione, ne ha tuttavia chiaramente delineato i confini, bandendone l'applicazione laddove siano «in gioco i diritti fondamentali o scelte politiche importanti»[67]; ma analoga statuizione non è stata replicata nel successivo accordo inter-istituzionale del 2015[68].

E' il processo citato irreversibile?[69] In altri termini, gli Stati necessariamente si trovano a dover subire questa sempre maggiore invadenza dei "poteri privati" in sfere di regolamentazione pubblica, in ragione di fenomeni transnazionali che sfuggono alla loro limitata capacità di "prensione[70]? Oppure sono gli Stati,

(inter)nazionale, cit., p. 23, «la normatività risulta, così, non monolitica, bensì caratterizzata da un notevole tasso di gradualità… I gradi di normatività, pertanto, sono differenti, sia nel peso sia nel valore, e ciò rinvia all'uso, all'applicabilità, all'accettazione e all'osservanza delle regole giuridiche. *Soft law* e *hard law* convivono come plessi normativi spesso intrecciati nel processo di articolazione progressiva del materiale giuridico».

[65] Mutuando l'espressione da A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa,* in *Quaderni costituzionali,* n. 1/2014, p. 93.

[66] Mutuando questa volta l'espressione da A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto – Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione,* Napoli, 2018, pp. 26 e 66, ove l'Autore sottolinea la tendenza «alla dilatazione della regolazione tecnica anche verso ambiti, un tempo, più "politici" e discrezionali», osservando coerentemente che «non v'è ormai ambito della normazione tecnica, industriale e non, che non finisca per tracimare nella tutela di diritti fondamentali o interessi costituzionali come l'ambiente, la sicurezza, la salute, la difesa del consumatore, la tutela della concorrenza». Come osservato da N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica,* Napoli, 2007, p. 18, il rapporto tra diritto e tecnica si inverte quando i regolati, ossia «la tecno-economia vuole farsi, essa stessa, normativa, e determinare il contenuto del diritto» con tendenza alla «s-confinatezza».

[67] Accordo inter-istituzionale, 2003/C 321/01, cit., par. 17.

[68] In merito, si rinvia all'osservazione critica di M. DAWSON, *Better Regulation and the Future of EU Regulatory Law and Politics,* in *Common Market Law Review,* vol. 53, 2016, p. 1231 che sottolinea come ciò metta in questione il rispetto del *rule of law* ed il connesso controllo giurisdizionale.

[69] L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia – Teoria del garantismo costituzionale,* cit., p. 201, ritiene che la crisi odierna dello Stato nazionale sia «radicale e irreversibile».

[70] E. CANNIZZARO, *La sovranità oltre lo Stato,* cit., p. 114, osserva come l'erosione della sovranità statale sia imputabile alla «difficoltà di governare comunità sempre più complesse»; e M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni,* in *Rivista di diritto costituzionale,* n. 1/1996, pp. 161 e 164, individua le cause dell'attuale crisi dello stato democratico e sovrano in «due fenomeni paralleli e interconnessi: la dissoluzione del legame fra economia e territorio e la sovrapposizione alla costituzione di regole che vengono dettate da istituzioni internazionali e sovranazionali sempre più forti e numerose» all'interno delle quali funziona «una politica nuova, ma certo ben poco soddisfacente in termini di rendimento democratico; una politica che ha allo stesso tempo un volto pubblico e privato, e nella quale si intrecciano le volontà degli esecutivi degli stati (o almeno alcuni di essi…), di potenti

con le loro scelte politiche, che hanno creato i presupposti primi del processo medesimo?[71] Ed ancora, quale può essere l'atteggiamento del costituzionalista a fronte di questa «emersione incontrollata… di poteri selvaggi e di nuove sovranità senza più né limiti o confini», una sorta di «"nuovo medioevo" istituzionale… governato da un nuovo diritto che si afferma senza più una univoca razionalità ed il cui ordine è definito da diverse "costituzioni civili" a centralità variabili»[72]. Seguendo la medietà classica, può forse dirsi che lo sforzo del giurista e, nello specifico, del costituzionalista, sta' nel «trovare un equilibrio tra il descrivere supinamente quel che accade e il trincerarsi nella categorie abituali pretendendo che sia la realtà a seguirle»[73]. Si tratta insomma, al di là dell'indagine sulle cause prime del processo in atto, di tenere dritta la barra delle categorie fondamentali, sia pure interpretandole e rivisitandole alla luce dei «contesti concreti…non [potendo] evitare di fare i conti con le trasformazioni sociali, politiche e culturali»[74], senza con ciò scivolare verso lo snaturamento dell'essenziale funzione che – secondo la tradizione propria del costituzionalismo moderno – erge il diritto pubblico e le istituzioni che lo rendono operativo a garanti del riconoscimento e della protezione della dignità umana in tutte le sue proiezioni, con specifico riguardo ai diritti ed alle libertà fondamentali.

In questo ruolo, se l'azione degli Stati, singolarmente presi, non sembra poter bastare, dovendo trattare fenomeni spesso a-territoriali o trasversali – che tutti riguardano –, è la necessità di collaborazione entro i confini di

tecnocrazie internazionali (WTO, FMI, Banca mondiale), di imprese transnazionali dominatrici di settori strategici (primi fra tutti quelli della comunicazione e dell'informazione».

[71] Come espresso da S. MANGIAMELI, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico,* in *rivistaaic.it,* n. 4/2013, p. 3, è la globalizzazione che dipende dallo Stato e non viceversa; L. ANTONINI, *Globalizzazione e nuove sfide del costituzionalismo,* in *Diritto Pubblico,* n. 2/2019, p. 323, osserva che «Non sono solo quindi le istituzioni del *Washington Consensus* (FMI, Banca Mondiale, OMC) a spingere verso l'autonomia del mercato globale, ma gli Stati stessi che, da un lato, ampliano le libertà e le garanzie delle imprese straniere, eliminano le barriere legali, contabili e tecniche alle transazioni transfrontaliere, ma, dall'altro, favoriscono la proliferazione di agenti privati che generano regole e norme per gestire domini un tempo esclusivamente in mano allo Stato». M. BETZU, *Stati e istituzioni economiche sovranazionali,* Torino, 2018, in particolare nei capitoli II e III, sottolinea come le istituzioni sovranazionali dell'economia siano in realtà strumenti creati dagli Stati per affrontare questioni che li trascendono, sicché gli Stati rimangono comunque i principali attori sulla scena internazionale.

[72] G. AZZARITI, *Diritto o barbarie – Il costituzionalismo moderno al bivio,* Bari-Roma, 2021, pp. 26-27.

[73] In tal senso il dialogo "socratico" tra M. DANI e F. PALERMO, *Della governance e di altri demoni (un dialogo),* in *Quaderni costituzionali,* n. 4/2003, p. 788. Come osserva M. FIORAVANTI, *Fine o Metamorfosi?,* in P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?,* Bologna, 2010, p. 53, a fronte della crisi dei «paradigmi della modernità», con particolare riguardo alla sovranità statale ed alle sue manifestazioni attraverso il diritto (identificati dall'Autore con il paradigma hobbesiano e weberiano), «la reazione non dovrebbe essere, come qualche volta accade, quella di ricusare la realtà difforme dal parametro, ma piuttosto quella di mettere in discussione la pretesa del parametro stesso di essere universale, di valere cioè come modello di riferimento in ogni epoca, compresa la nostra».

[74] G. AZZARITI, *Diritto o barbarie – Il costituzionalismo moderno al bivio,* cit., p. 34.

organizzazioni sovranazionali «formate da componenti almeno minimamente omogenee»[75], che si impone, per rendere efficace un'azione sinergica di natura garantista[76]. Non bastano certo la sanzione ed il riconoscimento formale, a livello sovranazionale, di diritti, dovendo questi essere resi operativi da una serie di "presidi" di ordine pubblicistico in grado di intervenire non solo e non tanto *ex post*, per riparare l'eventuale provocata lesione, ma necessariamente *ex ante,* stante l'elevato rischio, non solo individuale, ma altresì collettivo, derivante dall'impiego delle *new emerging technologies* in relazione alle libertà e diritti fondamentali.

Si tratta ora di valutare se la ricomposizione *ex ante* del rischio, lungo la via tracciata dall'Unione europea attraverso il ricorso a varie tecniche regolatorie, risulti lastricata da adeguati "presidi" di natura pubblicistica.

3. La "rincorsa" dell'Unione Europea nella disciplina delle nuove tecnologie

È noto che la tecnologia è in rapida evoluzione, con sviluppi esponenziali in termini di capacità computazionali e di modelli algoritmici per la programmazione dei sistemi informatici, così come è altrettanto noto che – secondo le leggi di Kranzberg – la tecnologia non è né buona né in sé cattiva, ma non è neppure neutrale, tutto dipendendo da come e per quali fini viene impiegata[77]. Da qui lo sforzo del legislatore europeo di gestire un fenomeno che per sua intrinseca e strutturale conformazione trascende i confini nazionali, di disciplinarne le implicazioni, in primo luogo in termini di contenimento dei rischi per diritti e libertà fondamentali.

In questo tentativo il legislatore si scontra con una "tensione", quella tradizionale tra legge e tecnologia[78]: non solo la prima fatica a tenere il passo della rapida evoluzione della seconda[79], rischiando, una volta entrata in vigore, di

[75] M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni,* in *Rivista di diritto costituzionale,* p. 187.

[76] Come sottolineato da C. BERGONZINI, *"Prova a prendermi": ecosistema digitale e consapevolezza degli utenti: uno spazio per la regolazione nazionale?,* in *osservatoriosullefonti.it,* n. 2/2022, p. 26, «il livello di normazione necessario… è senza dubbio europeo… Quindi normativa europea, e dotata di diretta applicabilità, per non lasciare agli Stati la tentazione di assecondare interessi economici particolari, in un settore peraltro tradizionalmente cruciale come la tutela della concorrenza».

[77] M. KRANZBERG, *Technology and History: «Kranzberg's Laws»*, in *Technology and Culture*, vol. 27, n. 3/1986, pp. 544 ss.

[78] R. BROWNSWORD, E. SCOTTFORD, K. YEUNG, *Law, Regulation ant Technology: The Field, Frame and Focal Questions,* cit., p 8, «because technological innovation frequently disrupts existing regulatory forms, frameworks and capacities, it often prompts claims that regulatory legitimacy has been undermined as a result, usually accompanied by calls for some kind of regulatory reform, but sometimes generating innovation in the regulatory enterprise itself».

[79] Sulla «fast-moving technology and lengthy lawmaking» see E. PALMERINI, *The interplay between law and technology, or the RoboLaw project in context,* in E. PALMERINI, E. STRADELLA (a cura di), *Law and Technology – The Challenge of Regulating Technological Development*, cit., p. 16.

risultare già obsoleta[80]; non solo il legislatore spesso non è dotato (o non ha il tempo materiale per dotarsi, vista la rapidità dell'evoluzione tecnologica) della conoscenze tecnico-specialistiche necessarie per meglio penetrare i meandri del fenomeno in atto, ma altresì, a fronte di situazioni non del tutto conoscibili e comprensibili nella loro portata, corre il rischio di cadere nella tentazione di un eccesso di precauzione[81], e quindi o di vietare o di iper-regolamentare, così soffocando sul nascere l'innovazione e, con essa, la crescita sociale ed economica che ne potrebbe derivare[82]. Già questo basta per avere contezza della difficoltà di trovare "il giusto mezzo", ed il corretto equilibrio nella decisione dell' *an, quomodo e quantum* di regolamentazione di questioni tanto complesse, ancor più complesse laddove vadano a toccare temi etici[83], particolarmente sollecitati dai possibili impieghi dei sistemi di intelligenza artificiale[84].

Entro queste coordinate, l'attenzione va ora dirigendosi verso l'impostazione seguita dall'Unione europea in merito alla regolamentazione delle nuove tecnologie informatiche. Come già anticipato, essa si pone senz'altro in linea di coerenza con il "*better regulation approach*" ed il "*new approach*" deponendo, non a caso, per l'implementazione ed il rafforzamento del solco che conduce

[80] R. BROWNSWORD, E. SCOTTFORD, K. YEUNG, *Law, Regulation ant Technology: The Field, Frame and Focal Questions,* cit., p. 13, «The essential problem is that the regulatory governance challenges would be more graspable if only the world would stand still» but «even if that were possible, all this takes far too much time. While we are consulting and considering in this idealized way, the world has move on: our target technology has matured, new technologies have emerged, and our regulatory environment has been further disrupted and destabilized».

[81] A. STIRLING, *Precaution in the governance of technology,* in BROWNSWORD, E. SCOTTFORD, K. YEUNG (a cura di), *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*, cit., pp. 645 ss., rammenta come il principio di precauzione possa sottendere rischi che derivano da effettive incertezze scientifiche, ma la portata del rischio possa altresì essere connessa alla sua percezione socio-politica: allo scopo, l'Autore elabora un *framework* per una ragionevole e proporzionata valutazione di rischi e incertezze. Nello specifico, a p. 647, osserva che «With more recent worldwide growth in practice of 'evidence-based policy', the challenges posed by scientific uncertainties have become increasingly salient – and uncomfortable. Although one reaction is to diminish or deny the inconvenient intractability of uncertainty to which precaution is a response, another is to seed to address them more fully and openly».

[82] Sulle difficoltà relative alla elaborazione di una normativa "fit for purpose", cfr. G.N. MANDEL, *Legal evolution in response to technological change,* in BROWNSWORD, E. SCOTTFORD, K. YEUNG (a cura di), *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology,* cit., pp. 225 ss.

[83] L. FLORIDI, *Translating Principles into Practices of Digital Ethics: Five Risks of Being Unethical,* in *Philosophy & Technology,* n. 32/2019, p. 187, ricorda che «today, the debate on the ethical impact and implications of digital technologies has reached the front pages of newspapers. This is understandable: digital technologies—from web-based services to Artificial Intelligence (AI) solutions—increasingly affect the daily lives of billions of people, so there are many hopes but also concerns about their design, development, and deployment».

[84] Cfr. il documento del Gruppo di Esperti di Alto Livello sull'Intelligenza Artificiale istituito dalla Commissione europea nel giugno 2018, *Orientamenti etici per un'IA affidabile,* pubblicato in data 8 aprile 2019.

alla co-regolamentazione[85]. Nello specifico, depongono in tale direzione i codici di condotta, contemplati sia dal Regolamento (UE) n. 679/2016 sulla protezione dei dati (GDPR), che dal Regolamento (UE) 2022/2065 relativo a un mercato unico dei servizi digitali (Digital Service Act-DSA), nonché le norme armonizzate cui rinvia la proposta di Regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale (AIA)[86].

Si tratta di ipotesi di «deleghe di competenze nei confronti di attori privati»[87]. In riferimento ad esse può trovare applicazione quanto argomentato dalla giurisprudenza europea: trattasi di misure di attuazione e applicazione di atti di diritto dell'Unione, quindi parti esse stesse del diritto europeo[88], legittime purché suscettibili di mantenersi entro i limiti tracciati dalla dottrina *Meroni*[89]. In tal senso, la sentenza *Elliott* ha sottolineato come «sebbene l'elaborazione di… [una] norma armonizzata sia indubbiamente attribuita ad un organismo di diritto privato, la stessa costituisce nondimeno una misura di attuazione necessaria e strettamente regolamentata dei requisiti essenziali… realizzata su iniziativa e sotto la direzione nonché il controllo della Commissione»[90]. Questa interpretazione, unitamente a quella della sentenza *Meroni*, porta a concludere che solo una delega di stretta esecuzione cade entro i confini del rispetto dell'equilibrio istituzionale e delle garanzie ad esso sottese, con conseguente divieto di «delega di poteri discrezionali ad organi diversi da quelli che

[85] Come osserva M.E. BARTOLONI, *La regolazione privata nel sistema costituzionale dell'Unione Europea. Riflessioni sulla disciplina relativa al settore dell'innovazione,* in *osservatoriosullefonti.it,* n. 3/2021, p. 1334, «Nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione, questo complessivo fenomeno sta manifestando implicazioni significative... Innanzitutto, la regolazione privata, pur utilizzata nel contesto di differenti settori materiali (come, ad es., quello della sicurezza alimentare, dell'advertising, della politica ambientale, della politica sociale, ecc.), di recente si sta affermando soprattutto nella disciplina delle nuove tecnologie. Poiché la disciplina di settori relativi all'innovazione tecnologica esige un grado di expertise e competenze tecniche possedute essenzialmente da quegli stessi soggetti privati che devono essere regolati, si ritiene che una regolazione efficacie non possa prescindere dal loro coinvolgimento». Secondo G. MOBILIO, *L'Intelligenza Artificiale e I rischi di una «disruption» della regolamentazione giuridica,* in *BioLaw Journal,* n. 2/2020, p. 415, «La co-regulation, d'altro canto, può rappresentare il mezzo più idoneo per soddisfare la necessità che il diritto si riappropri degli spazi che gli spettano nell'assunzione della decisione pubblica a contenuto e valenza tecnica. Essa, cioè, costituisce il tentativo forse più adeguato per contemperare le ragioni della tecnica e della sua incessante innovazione, le quali di per sé non costituiscono certo un disvalore, con la pretesa delle norme giuridiche di orientarle soprattutto verso i valori costituzionali».

[86] COM(2021) 206 final – *Proposta di Regolamento europeo del Parlamento e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione*.

[87] M.E. BARTOLONI, *La regolazione privata nel sistema costituzionale dell'Unione Europea. Riflessioni sulla disciplina relativa al settore dell'innovazione,* cit., p. 1337.

[88] Corte di Giustizia, 27 ottobre 2016, C-613/14, par. 34 (*Elliott*).

[89] Corte di Giustizia, 13 giugno 1958, C-9/56 (*Meroni*)

[90] Corte di Giustizia, 27 ottobre 2016, C-613/14, par. 43.

il Trattato ha istituito»[91]. Tuttavia, se questi sono i limiti che la giurisprudenza europea ha stabilito per il legittimo esercizio di potere normativo delegato, sembra difficile riscontrarne il rispetto da parte dei rinvii che le menzionate normative comportano ai codici di condotta ed alle norme armonizzate, come, nel prosieguo, si cercherà di argomentare.

3.1. I codici di condotta nel GDPR

Come noto, il GDPR ha rappresentato un «cambiamento culturale», rispetto alla precedente Direttiva 95/46/CE, sostituendo alla logica dell'adempimento formale un approccio preventivo, fondato sul principio di *accountability*[92]. Su queste basi ha trovato terreno fertile la previsione dei codici di condotta[93] che ha segnato la via della «condivisione del lavoro normativo»[94] tra il potere pubblico e le categorie rappresentative dei titolari e dei responsabili del trattamento ed assunto una funzione integrativa[95] rispetto alle "larghe maglie" lasciate aperte dal GDPR[96].

[91] Corte di Giustizia, 13 giugno 1958, C-9/56, p. 41. In tale sentenza viene quindi tracciata la distinzione tra «poteri d'esecuzione nettamente circoscritti ed il cui esercizio può per ciò stesso venir rigorosamente controllato in base a criteri obiettivi stabiliti dall'autorità delegante» e delega di poteri discrezionali «che comporti una ampia libertà di valutazione ed att[a] ad esprimere... col sostituire gli apprezzamenti dell'autorità delegata a quelli dell'autorità delegante… un vero spostamento di responsabilità».

[92] L. CALIFANO, *Regolamento UE 2016/679 e la costruzione di un modello uniforme di diritto europeo alla riservatezza e alla protezione dei dati personali*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona – Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679,* Napoli, 2017, p. 34.

[93] Come spiegato da S. CALZOLAIO, L. FEROLA, V. FIORILLO, E.A. ROSSI, M. TIMIANI, *La responsabilità e la sicurezza del trattamento*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona – Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679,* Napoli, 2017, p. 162.

[94] Queste le parole di G. DE MINICO, *Art. 12,* in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali,* Padova, 2007, p. 272, che denuncia tale tecnica normativa come deviante dai principi del diritto pubblico.

[95] Sulla funzione integrativa dei codici di condotta, come strumenti di *soft law*, rispetto alle previsioni legislative, cfr. E. STRADELLA, *Approaches for regulating robotic technologies: lessons learned and concluding remarks,* in E. PALMERINI, E. STRADELLA (a cura di), *Law and Technology – The Challenge of Regulating Technological Development*, cit., p. 346.

[96] Osserva che il GDPR si esprime «attraverso un linguaggio per principi», così dimostrando di «avere consapevolezza dell'eccedenza della vita rispetto alle regole», C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, *I principi generali del trattamento dei dati personali e i diritti dell'interessato,* in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona – Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679,* cit., p. 102. In simile direzione, M. RUBECHI, *La transizione verso il nuovo sistema delle fonti europee di protezione dei dati personali,* in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona – Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679,* cit., p. 391, che sottolinea lo sforzo del GDPR «dal punto di vista della tecnica della tutela del diritto [di] coniugare il massimo grado di autonomia discrezionale per i titolari di trattamento… con il massimo grado di tutela per gli interessati» e, analogamente, nel

Ai sensi dell'art. 40, c. 2, il Codice viene elaborato da soggetti privati su stimolo di organismi pubblici (autorità di controllo, comitato europeo per la protezione dei dati, commissione europea), nonché da questi valutato (avendo la competenza ad esprimere un parere) ed approvato se ritenuto conforme al GDPR (Art. 40, cc. 5-8). È altresì disposta la possibilità, per i codici valutati dal comitato europeo in quanto riferiti a trattamenti distribuiti in diversi Stati, di acquisire validità generale sul territorio dell'Unione mediante atto di esecuzione della Commissione (Art. 40, c. 9).

Quella dei codici di condotta rappresenta un'ipotesi di co-regolamentazione o *enforced self-regulation*[97] o *meta-regulation*[98], volta a proceduralizzare e formalizzare ulteriormente il principio di *accountability*[99] nella gestione di rischi connessi al trattamento dei dati. In quest'ambito i codici di condotta sono destinati a divenire ancor più significati e rilevanti per i casi di trattamento dati automatizzato, che, per espressa previsione del GDPR, comportano un "rischio elevato" per le posizioni giuridiche soggettive[100]. A questo riguardo desta perplessità il fatto che risulti rimessa al codice la definizione di una serie di previsioni solo enunciate dal Regolamento e che nella sostanza si traducono in vere e proprie clausole generali. Nello specifico, è, tra l'altro, devoluta al codice di condotta la definizione delle caratteristiche di correttezza e trasparenza del trattamento, particolarmente rilevanti laddove il trattamento sia automatizzato e quindi esponga a "rischi elevati" i diritti e le libertà fondamentali (cfr. art. 35). A tal riguardo, come statuito nel considerando 98, la "mission" dei codici consiste nel «calibrare gli obblighi dei titolari del trattamento e dei responsabili del trattamento, tenuto conto del potenziale rischio del trattamento per i diritti e le libertà delle persone». Nella sostanza, quindi, sono chiamati a "bilanciare"

rapporto con gli Stati, di coniugare le esigenze di armonizzazione con «le esigenze differenziate delle diverse società».

[97] R. BALDWIN, M. CAVE (a cura di), *Understanding Regulation – Theory, Strategy and Practice,* cit., pp. 39-40, «self-regulation can be classified as 'enforced' when it is subject to a form of governmental structuring or oversight…[i.e.] organizations make their own rules but have to submit them to public agencies for approval».

[98] C. COGLIANESE, E. MENDELSON, *Meta-Regulation and Self-Regulation,* in R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE (a cura di), *The Oxford Handbook of Regulation,* cit., p. 156, «Meta-regulation involves efforts by governmental authorities to promote and oversee self-regulation».

[99] S. CALZOLAIO, L. FEROLA, V. FIORILLO, E.A. ROSSI, M. TIMIANI, *La responsabilità e la sicurezza del trattamento*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona – Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679,* cit., p. 169, ove si afferma che «il legislatore europeo, nel positivizzare il ricorso alla certificazione volontaria e nel rafforzare i codici di condotta, ha riempito di ulteriore significato il principio di responsabilizzazione».

[100] Il c.d. rischio elevato, ai sensi dell'art. 35, GDPR che comporta la necessità di procedere ad una valutazione d'impatto. Quanto ai rischi (individuali e collettivi) per libertà e diritti fondamentali implicati dall'uso delle nuove tecnologie, in particolare dai sistemi di intelligenza artificiale e dalle connesse tecniche di *machine learning*, basti il rinvio a A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e future delle libertà,* in *BioLaw Journal,* n. 1/2019, pp. 63 ss.

interessi confliggenti con diritti fondamentali e, pertanto, ad entrare nel merito di valutazioni di natura tipicamente pubblicistica.

Siamo senz'altro di fronte ad una regolamentazione di procedure, modalità organizzative e gestionali tipiche delle fasi del *risk assessment* e del *risk management,* in quanto tali proficuamente rimesse a privati che godono del *know-how* tipico degli operatori del settore. Ma si versa altresì in ipotesi di coinvolgimento di valutazioni di natura tutt'altro che tecnica, relative a diritti e libertà fondamentali, ossia al "cuore" di quella che tradizionalmente è l'attività normativa di origine pubblicistica. Il che desta ancor più perplessità laddove si rammenti che tali codici sono elaborati dalle organizzazioni dei rappresentanti le categorie dei titolari e responsabili del trattamento, mentre – non nel testo del GDPR ma – solo nel considerando 99 si fa cenno all'auspicio che tali organizzazioni provvedano a consultare (in sede di predisposizione del codice) gli interessati ed a tener conto delle loro opinioni. La partecipazione delle "parti deboli" è pertanto declassata ad eventualità, rimessa alla discrezionalità della "parte forte" (i titolari e responsabili del trattamento)[101]. Di più. Le perplessità aumentano laddove si richiamino gli effetti giuridici dell'adesione e dell'applicazione del codice di condotta approvato, potendo valere come prova «per dimostrare il rispetto degli obblighi da parte del titolare del trattamento»[102], con specifico riguardo alla sicurezza dei trattamenti in riferimento ai rischi per i diritti e le libertà fondamentali[103] ed al trasferimento dei dati presso paesi terzi[104].

Quello riportato è un caso significativo di riempimento di "clausole generali" (o concetti giuridici indeterminati che dir si voglia) attraverso il rinvio alla regolamentazione di natura privata ed è icastico di quanto risulti labile il confine tra regola tecnica e norma giuridica quando siano implicate valutazioni che hanno riguardo a diritti fondamentali.

3.2. I codici di condotta nel DSA

L'art. 45 del DSA dispone, al comma 2, l'invito della Commissione alle piattaforme *online* di dimensioni molto grandi (così come altre piattaforme ed i

[101] In tal senso, cfr. S. CALZOLAIO, L. FEROLA, V. FIORILLO, E.A. ROSSI, M. TIMIANI, *La responsabilità e la sicurezza del trattamento*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona – Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679,* cit., p.164.

[102] Considerando 81, Regolamento 679/2016/UE.

[103] Art. 32, cc. 1 e 3, Regolamento 679/2016/UE.

[104] Ai sensi dell'art. 46, c. 2, Regolamento 679/2016/UE possono costituire «garanzie adeguate di cui al paragrafo 1 senza necessitare di autorizzazioni specifiche da parte di un'autorità di controllo», tra l'altro, l'adesione ad «un codice di condotta approvato a norma dell'articolo 40, unitamente all'impegno vincolante ed esecutivo da parte del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento nel paese terzo ad applicare le garanzie adeguate, anche per quanto riguarda i diritti degli interessati».

service providers, nonché le autorità competenti, le parti interessate e le organizzazioni della società civile), a partecipare all'elaborazione di codici di condotta «qualora emerga un rischio sistemico significativo», intendendosi per tale, ai sensi dell'art. 34, c. 1, la diffusione di contenuti illegali *online*, il prodursi di effetti negativi, attuali o prevedibili, sui diritti fondamentali, sul dibattito civico, i processi elettorali, la sicurezza pubblica, la violenza di genere, la protezione della salute pubblica e dei minori, il benessere fisico e mentale della persona.

Trattasi di ambiti che, con ogni evidenza, rivestono tradizionale rilevanza pubblicistica[105] e rispetto ai quali il codice di condotta gode di margini di manovra alquanto flessibili, viste le clausole generali con cui il DSA suggerisce i criteri per l'attenuazione dei rischi sistemici (art. 35, c. 1). A tal riguardo, rinvia infatti, genericamente, a «misure… ragionevoli, proporzionate ed efficaci», tra cui, quelle di «adeguamento dei sistemi di moderazione dei contenuti o di raccomandazione», di «adeguamento della progettazione, delle caratteristiche o del funzionamento dei loro servizi», di «rafforzamento dei processi interni… per quanto riguarda il rilevamento dei rischi sistemici». Tuttavia, i criteri sulla base di quali "l'adeguamento" possa considerarsi ragionevole, proporzionato ed efficace non trovano ulteriore specificazione[106]. Non solo. L'adesione e il rispetto dei codici di condotta da parte di piattaforme o motori di ricerca di dimensione molto grandi può essere considerato misura adeguata di attenuazione dei rischi[107]. Già questo basta per capire, anche in questo caso, la labilità

[105] Osserva come non sia scontato che il DSA possa risolvere tutti i nodi al centro del dibattito, «come quello sulla natura para-pubblicistica di alcune piattaforme e della qualificazione di Internet come *public forum*», M. BASSINI, *L'unione europea al grande passo: verso una regolamentazione di mercati e servizi digitali,* in *Quaderni Costituzionali,* n. 1/2021, p. 227.

[106] Come osservato da G. DE MINICO, *Fundamental rights, european digital regulation and algorithmic challenge,* in *Media Laws,* n. 1/2021, pp. 20-21, «Since these acts refer to the co-regulation model, it is appropriate to verify whether a co-regulation's regime actually occurs, characterized by a hierarchical distribution of the normative power between public and private sources. Otherwise, something else is taking place, which carries only the name of co-regulation. In this respect, the three above mentioned acts present an old vice affecting the European legislation namely not taking a well-defined and courageous position. In fact, the DSA… provided that, in principle, private codes of conduct would be ancillary to the European regulation in progress. This would imply, if translated into the typical language of the sources of law, that the codes of conduct are only lawful when they are *secundum legem* (where "legem" means the European regulation); while the codes *prater legem* should be considered unlawful. However, the *de facto* situation is far from implementing this model. The DSA and the Resolution refrain from laying down the basic rules to which the private soft law has to conform. In other terms, the constituent elements of an illegal conduct are not established by the EU norms, as the latter merely deal with the distribution of competences. They say who is entitled to issue the rules, but not how these rules should regulate the relevant conducts between people. EU norms do not have a directly prescriptive effect on the *inter partes* relations, because this task is delegated to the private self-regulation». In merito, parla di «inediti compiti paranormativi» assunti dalle *Big Tech* attraverso i codici di condotta, M. BETZU, *I baroni del digitale,* Napoli, 2022, p. 107.

[107] Cfr. il considerando 104.

del vincolo giuridico e – per converso – il raggio d'azione del codice di condotta, in materie che, in quanto portatrici di rischi sistemici significativi per libertà e diritti fondamentali, sono di sostanziale rilievo costituzionale[108]. Di più. Al di là dei rischi sistemici, ai codici di condotta è rimessa tutta una serie interventi a tutela di particolari vulnerabilità, tra cui, la garanzia dell'accessibilità ai siti *online* nei confronti delle persone con disabilità, assicurando che «le informazioni siano presentate in modo percepibile, utilizzabile, comprensibile e solido»[109], nonché l'adozione di «misure atte a proteggere i minori dai contenuti che potrebbero nuocere al loro sviluppo fisico, mentale o morale»[110]. Inoltre, con riguardo ai codici di condotta sulla pubblicità *online*, è loro rimesso il compito di «sostenere e integrare gli obblighi di trasparenza relativi alla pubblicità», incluse «misure volte a garantire che le informazioni significative sulla monetizzazione dei dati siano adeguatamente condivise lungo tutta la catena del valore»[111]. Tutto ciò rende contezza dell'ampio raggio di manovra lasciato al "rule-making" delle piattaforme[112], e per converso, dell'affievolimento delle garanzie di ordine pubblicistico per i diritti e le libertà fondamentali, che si limitano a "laschi" parametri di "adeguatezza".

[108] Che i codici di condotta insistano su "materia costituzionale" è del resto intrinseco nella natura dei soggetti regolati, ossia le piattaforme digitali che, come plurime volte sottolineato in dottrina, sono diventate veri e proprio poteri privati, nonché dalla tipologia delle attività dalle stesse svolte che, nella sostanza, ne fanno dei veri e propri gestori di "spazi pubblici": cfr. *ex plurimis*, M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione,* in *forumcostituzionale.it*, pp. 196-197: «Sotto le forme del diritto privato si nasconde dunque (Santi Romano insegna) l'esercizio di poteri pubblicistici, fondati sull'originarietà e indipendenza che gli ordinamenti costituiti dalle imprese in questione sono riusciti ad affermare, sottraendosi alle norme provenienti da qualsiasi altro ordinamento. Rimane il fatto che dal punto di vista dell'ordinamento generale, e del diritto costituzionale in particolare, i *social media* – quando non vengano usati per comunicazioni riservate – possono tendenzialmente equipararsi o ad un *public forum*, come una strada o una piazza messa a disposizione della collettività, che richiede al gestore la più assoluta imparzialità, oppure ad un *massmedium*, che attribuisce all'esercente il potere di selezionare, nell'esercizio delle proprie libertà di iniziativa economica e di manifestazione del pensiero, i messaggi che gli vengono sottoposti per la pubblicazione. Nessuno dei due regimi è però, almeno per il momento, giuridicamente viabile, perché le piattaforme vogliono esercitare ed esercitano poteri di controllo sui messaggi (secondo le proprie regole, e talvolta anche in base ad un'impropria delega dei poteri pubblici), ma non vogliono e non possono essere equiparate ad editori, in quanto le norme statunitensi ed europee (sia pure in termini diversi) escludono espressamente la loro responsabilità per i messaggi illeciti diffusi». Rileva quindi «l'intento politico della Commissione di utilizzare il *Digital Services Act* come strumento giuridico al fine di ridurre gli spazi di potere privato e l'impatto di determinazioni private sui valori democratici europei», O. POLLICINO, *Verso il Digital Services Act: problemi e prospettive. Presentazione del simposio,* in *https://www.medialaws.eu/verso-il-digital-services-act-problemi-e-prospettive-presentazione-del-simposio/*.

[109] Cfr. il considerando 105.

[110] Cfr. il considerando 89.

[111] Cfr. il considerando 107.

[112] R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolamentazione: note ricostruttive,* in *osservatoriosullefonti.it,* n. 3/2021, pp. 1390-1391.

3.3. Le norme armonizzate nell'AIA

È noto che il tema dell'intelligenza artificiale occupa un terreno alquanto scivoloso dal punto di vista etico, nonché dei principi e diritti fondamentali. Lo dimostrano le iniziative europee che si sono succedute negli ultimi anni, convergendo tutte sulla «necessità di assicurare che il progresso tecnologico si svolga in armonia con le esigenze di tutela individuali e collettive, nel rispetto di una dimensione antropocentrica»[113]. Con questa dichiarata "necessità" sembra però stridere l'approccio «multi-stakeholder» volto al coinvolgimento, nell'elaborazione regolatoria, attraverso forme di auto-regolamentazione e co-regolamentazione, «dei diversi soggetti che rivestono un ruolo cruciale nel funzionamento della tecnologia»[114]. Ciò che ben si presta per contenuti di natura tecnica, ma meno per quelli che presuppongono fondamentali «scelte di policy»[115], com'è il caso dell'intelligenza artificiale.

La proposta di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale mutua questo approccio[116], pur dimostrandosi ben consapevole dell'esigenza di proteggere diritti e libertà fondamentali sia individuali che collettivi[117], messi a

[113] A. PAJNO, M. BASSINI, G. DE GREGORIO, M. MACCHIA, F.P. PATTI, O. POLLICINO, *AI: profili giuridici. Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista,* in *BioLaw Journal,* n. 3/2019, p. 209, precisano altresì che: «Sottesa a larga parte dei documenti in parola è una generale preoccupazione affinché lo sviluppo dei moderni sistemi di intelligenza artificiale e delle tecnologie algoritmiche si svolga in armonia con la tutela dei diritti e delle libertà individuali. Vi è una diffusa percezione circa gli innumerevoli vantaggi che l'implementazione di queste tecnologie può recare entro una varietà di settori (dalla giustizia alla pubblica amministrazione, passando per l'esecuzione degli impegni contrattuali). Ad essa si accompagna la ferma consapevolezza in ordine alla necessità di conservare una funzionalizzazione dei loro utilizzi alla salvaguardia della dignità umana e dei diritti».

[114] *Ibidem*.

[115] *Ibidem*.

[116] A. MONICA, *Regulating AI and the key-role of standard in the co-regulation of ICT: EU, Member States and private entities,* in *MediaLaws*, n. 3/2021, pp. 145 ss.

[117] COM(2021) 206 final, par. 3.5: «L'utilizzo dell'IA con le sue caratteristiche specifiche (ad esempio opacità, complessità, dipendenza dai dati, comportamento autonomo) può incidere negativamente su una serie di diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea…: il diritto alla dignità umana (articolo 1), al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati di carattere personale (articoli 7 e 8), alla non discriminazione (articolo 21) e alla parità tra donne e uomini (articolo 23). Essa mira a prevenire un effetto dissuasivo sui diritti alla libertà di espressione (articolo 11) e alla libertà di riunione (articolo 12), nonché ad assicurare la tutela del diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, della presunzione di innocenza e dei diritti della difesa (articoli 47 e 48), così come il principio generale di buona amministrazione. La presente proposta inciderà inoltre positivamente, secondo quanto applicabile in determinati settori, sui diritti di una serie di gruppi speciali, quali i diritti dei lavoratori a condizioni di lavoro giuste ed eque (articolo 31), un livello elevato di protezione dei consumatori (articolo 38), i diritti del minore (articolo 24) e l'inserimento delle persone con disabilità (articolo 26). Rilevante è anche il diritto a un livello elevato di tutela dell'ambiente e al miglioramento della sua qualità (articolo 37), anche in relazione alla salute e alla sicurezza delle persone». Per un approfondimento sui diritti fondamentali coinvolti dall'uso dei sistemi di IA, cfr. F. DONATI, *Diritti fondamentali e algoritmi nella Proposta di Regolamento sull'intelligenza Artificiale*; A. ADINOLFI, *L'intelligenza artificiale tra rischi di violazione dei diritti fondamentali e sostegno alla loro promozione: considerazioni sulla (difficile) costruzione di un quadro normativo*

repentaglio da quelli che sono definiti sistemi ad alto rischio. Dall'art. 7 della proposta di regolamento si evince che tali sistemi (ad alto rischio) «presentano un rischio di danno per la salute e la sicurezza, o un rischio di impatto negativo sui diritti fondamentali». In riferimento ad essi, l'art. 40 rinvia alle norme armonizzate[118] disponendo la classica presunzione di conformità[119]. Ora, se queste norme fossero destinate ad integrare mere specifiche tecniche, le perplessità, dal punto di vista costituzionale, sarebbero senz'altro limitate. Ma così non è. E così non è, non solo per l'alta sensibilità dell'ambito sotteso all'uso delle nuove ed emergenti tecnologie[120], ma altresì per l'ampio margine di manovra lasciato agli organismi europei di normazione, come denunciato dalla dottrina: «Title III, Chapter 2 AIA contains an extensive list of essential requirements which must be observed before high-risk AI system is put on the market… all of these requirements are worded in a rather broad way. Instead of formulating the requirements for high-risk AI itself, the AIA defines only essential requirements, whereas the details are left to standards elaborated by the European Standardization Organisations (ESOs)… however… the standardization of AI systems is not a matter of purely technical decisions. Rather, a series of legal and ethical decisions must be made»[121]. Il che revoca ulteriormente in dubbio

dell'Unione, cit.; A. ODDENINO, *Intelligenza artificiale e tutela dei diritti fondamentali: alcune notazioni critiche sulla recente Proposta di Regolamento della UE, con particolare riferimento all'approccio basato sul rischio e al pericolo di discriminazione algoritmica,* cit.

[118] Le norme o *standards* possono essere fissate in forma vincolante dal potere pubblico mediante strumenti del diritto pubblico, ma la loro elaborazione può essere lasciata "al mercato", in tal caso l'adesione agli *standards* è volontaria e produrrà semmai effetti in sede probatoria, sulla conformità ai requisiti legislativi di un prodotto, processo o servizio; od ancora, la loro elaborazione può essere espressamente richiesta da istituzioni pubbliche, com'è il caso per le norme armonizzate europee, secondo cui la Commissione fissa i requisiti previa consultazione delle organizzazioni europee di normazione e poi ne demanda l'elaborazione a quest'ultime. Se la Commissione ritiene la norma da queste consegnata conforme alla richiesta, procede alla sua pubblicazione sulla GUCE come norma armonizzata, suscettibile di produrre la presunzione di conformità (cfr. Art. 10, Regolamento (UE) n. 1025/2012. Per un approfondimento sulle tipologie, la natura e l'origine delle norme, si rinvia a C. SCOTT, *Standard-setting in Regulatory Regimes,* in R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE (a cura di), *The Oxford Handbook of Regulation,* Oxford, 2020, pp. 104 ss. Per la differenza tra le norme sui prodotti e quelle sui servizi, implicanti valutazioni di natura più strettamente tecnico-scientifica le prime e coinvolgenti preferenze socio-culturali e quindi maggiormente politiche le seconde, cfr. B.VAN LEEUWEN, *European Standardisation of services and its impact on private law – Paradoxes of convergence,* cit., pp. 54-57.

[119] Come del resto disposto dall'art. 10, c. 6, Regolamento (UE) n. 1025/2012 sulla normazione europea.

[120] La stessa Commissione europea espressamente ammette che «more than ever», in un mondo di nuove ed emergenti tecnologie, «standards do not only have to deal with technical components, but also incorporate core UE democratic values and interests, as well as green and social principles»: COM(2022) 31 final – *An EU Strategy on Standardisation – Setting global standards in support of a resilient, green and digital EU single market*, p. 4.

[121] M. EBERS, V.R.S. HOCH, F. ROSENKRANZ, H. RUSCHEMEIER, B. STEINRÖTTER, *The European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act – A Critical Assessment by Members of the*

il ruolo degli organismi europei di normazione[122], uscendone, per converso, rafforzate le connesse perplessità alimentate dalla carenza di legittimazione[123], dalla limitata trasparenza e partecipazione[124], dalla limitata accessibilità[125], dal difetto di controllo giurisdizionale[126] e dall'illegittima delega di potere normativo[127].

Robotics and AI Law Society (RAILS), in *Multidisciplinary Scientific Journal,* n. 4/2021, p. 594. Analogamente, è stato rilevato da M. VEALE, F. ZUIDERVEEN BORGESIUS, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act—Analysing the good, the bad, and the unclear elements of the proposed approach,* in *Computer Law Review International,* n. 4/2021, p. 105, che «the Draft AI Act's value-laden nature might plant a constitutional bomb under the New Legislative Framework. Even 'technical' safety standards entail value-laden choices».

[122] Sottolinea la necessità di trovare «nella attuale fase storica… nuovi equilibri tra la dimensione pubblica e quella privata», S. DE NITTO, *Regolazione per standard: un valore aggiunto?,* in *federalismi.it,* n. 19/22, p. 82.

[123] L. SENDEN, *Towards a More Holistic Legitimacy Approach to Technical Standardisation in the EU,* in M. ELIANTONIO, C. CAUFFMAN (a cura di), *The Legitimacy of Standardisation as a Regulatory Technique in the EU – A Cross-disciplinary and Multi-level Analysis,* Cheltenham-Northampton, 2020, pp. 20 ss.

[124] Fa riferimento alla possibilità di applicare i principi di diritto amministrativo, in termini di trasparenza e partecipazione, all'elaborazione degli *standards*, M. ELIANTONIO, *Private Actors, Public Authorities and the Relevance of Public Law in the Process of European Standardisation,* in *European Public Law,* Vol. 24, n. 3/2018, p. 485.

[125] Le norme sono coperte da *copyright* e pertanto accessibili a pagamento. La Commissione europea ha tuttavia recentemente auspicato che gli ESOs possano rendere accessibili gratuitamente le norme, cfr. COM(2022) 31 final - *An EU Strategy on Standardisation – Setting global standards in support of a resilient, green and digital EU single market*, p. 4.

[126] La sentenza Corte di Giustizia, 27 ottobre 2016, C-613/14, rende chiara la propria competenza in riferimento alle norme europee armonizzate nell'ambito del giudizio preliminare di interpretazione o validità, in quanto «sebbene l'elaborazione di tale norma armonizzata sia indubbiamente attribuita a un organismo di diritto privato, la stessa costituisce nondimeno una misura di attuazione necessaria e strettamente regolamentata dei requisiti essenziali definiti da tale direttiva, realizzata su iniziativa e sotto la direzione nonché il controllo della Commissione, e i suoi effetti giuridici sono soggetti alla previa pubblicazione da parte di quest'ultima dei suoi riferimenti nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, serie C» (così recita il par. 43 della sentenza Elliott). Pertanto, la competenza interpretativa della Corte si estende ad atti di organi diversi da «istituzioni, organi o organismi dell'Unione» e che purtuttavia rivestono «la natura di misure di attuazione o applicazione di un atto di diritto dell'Unione», essendo altresì non dirimente «il fatto che un atto di diritto dell'Unione sia privo di effetti obbligatori», a fronte della produzione di effetti giuridici quali la presunzione di conformità (parr. 34, 35 e 40). Rimane invece controversa la possibilità di sottoporre gli *standards* ad azione diretta di annullamento, secondo l'art. 263 TFUE, che limita il ricorso ad atti prodotti da organi, organismi o agenzie dell'Unione, cfr. sul punto, anche il relazione all'oscillare delle posizioni della Corte, A. VOLPATO, M. ELIANTONIO, *The Contradictory Approach of the CJEU to the Judicial Review of Standards: A Love-Hate Relationship?,* in M. ELIANTONIO, C. CAUFFMAN (a cura di), *The Legitimacy of Standardisation as a Regulatory Technique in the EU – A Cross-disciplinary and Multi-level Analysis,* cit., pp. 104-105.

[127] A. ZEI, *Shifting the boundaries or breaking the branches? On some problems arising with the regulation of technology,* in E. PALMERINI, E. STRADELLA (a cura di), *Law and Technology – The Challenge of Regulating Technological Development,* cit., p. 197, ricorda come questa forma di delega sia stata variamente definite: «as hidden attribution of regulative power to private subjects, material delegation, *de facto* delegation, dissembled allocation of regulative responsibility».

Anche in questo caso, come nei precedenti due, i confini che delimitano l'ambito d'azione normativa degli organismi privati risulta quindi assai diluito: la proposta di regolamento sull'IA, in riferimento ai sistemi ad alto rischio, si riduce all'elencazione degli adempimenti di ordine procedurale da applicare nelle fasi del *risk assessment* e *risk management* ed a disporre "l'adeguatezza" e "l'appropriatezza" delle misure (cfr. articoli 9-15). Cadendo nuovamente nell'impiego di clausole generali (o concetti giuridici indeterminati), e consegnando, per conseguenza, alle successive determinazioni del regolatore privato il compito di sostanziale protezione dei diritti e libertà fondamentali.

4. Un legislatore in difficoltà?

Le menzionate ipotesi tradiscono senza dubbio la difficoltà del legislatore ad appropriarsi stabilmente di una materia, seguendo i classici canoni della tipicità e della certezza del diritto[128]. Non è un caso che le previsioni normative citate (da quelle contenute nel GDPR, al DSA, al AIA), si attestino ad un livello di genericità di non poco conto, snodandosi attraverso previsioni che, senza voler toccare la controversa distinzione tra regole e principi[129], si sostanziano spesso in clausole generali per il cui tramite il diritto si riempie di quelle che autorevole dottrina ha definito «situazioni di vita» la cui concretizzazione è rimessa al «soggettivismo vitalistico»[130]. Ora, in situazioni come quelle regolamentate dagli atti indicati, il soggettivismo vitalistico è riferibile alle organizzazioni di diritto privato cui è riconosciuto il margine d'azione che, prendendo forma attraverso codici di condotta o *standards*, è suscettibile di produrre effetti giuridici sia per coloro che intendendo aderirvi che per coloro che non vi aderiscono. Come a dire, il parametro scelto da alcuni, giunge a valere per molti e, soprattutto, non solo per i molti appartenenti al "settore", ma per le parti deboli, nella cui sfera giuridica la scelta è suscettibile di incidenza. Siamo di fronte ad uno spostamento dell'asse della riserva di legge/principio di legalità[131]? Un

[128] G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio – Intervista su etica e diritto,* Roma-Bari, 2007, pp. 89 ss.

[129] Secondo la ricostruzione di L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia – Teoria del garantismo costituzionale,* cit., p. 146 anche i principi (tra cui quello di uguaglianza ed i diritti fondamentali) sono regole e, nello specifico, sono regole tetico-deontiche, in quanto tali suscettibili di applicazione a fronte di loro violazioni. Mantiene la distinzione tra principi e regole G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite,* Torino, 1992, p. 149, fondandola – tra l'altro – sulla diversa intensità applicativa nel senso che «alle regole "si ubbidisce", e perciò è importante stabilire con precisione i precetti che il legislatore enuncia per mezzo delle formulazioni che contengono» mentre «ai principi… "si aderisce" e perciò è importante comprendere il mondo di valori, le grandi opzioni di civiltà giuridica di cui sono parti». Per una distinzione, nel diritto internazionale, tra principi generali e regole, si rinvia a G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali – Principi generali del diritto pubblico globale,* Bologna, 2010, pp. 153 ss.

[130] N. IRTI, *Un diritto incalcolabile,* cit., pp. 8-9.

[131] Sull'evoluzione del significato classico della riserva di legge, intesa come garanzia politico-democratica (nella dialettica Parlamento-Governo), come garanzia di legalità dell'atto applicativo

assottigliarsi del *Rule of Law* e dello Stato di diritto?[132]. Un sottrarsi del diritto alla «domanda di riconoscimento e integrazione dei deboli» a fronte della «istanza di chiusura identitaria dei forti»?[133]

Per tenere la barra dritta, va innanzitutto senz'altro recuperata e valorizzata la distinzione tra sfera pubblica e sfera privata, non tanto nel senso kelseniano della eteronomia e autonomia nella produzione delle norme, quanto nel senso del «ruolo insostituibile di garanzia che… la sfera pubblica è chiamata a svolgere a tutela degli interessi generali, dei diritti fondamentali, delle stesse sfere private»[134]. Tanto appurato e – oserei dire, tanto scontato – rimane da vedere come estendere tale garanzia al piano transnazionale, entro il quale si sta' giocando la partita. Siamo evidentemente di fronte a quella che la dottrina ha definito «responsabilità al bivio… non essendo gli Stati più in grado di assumere il loro ruolo di garanti del principio di responsabilità dinanzi… [a] molteplici rischi», trattandosi quindi di realizzare una «ri-articolazione di responsabilità pubbliche e private» che tengano conto della nuova distribuzione dei rispettivi poteri[135].

(amministrativo o giudiziario o espressione di altri organi ed enti dotati di autonomia), quindi come garanzia dell'uguaglianza formale, e garanzia dei diritti e delle libertà; così come sulla crisi della tradizionale portata della riserva di legge che «si riconnette strettamente con la perdita di ruolo politico e decisionale del Parlamento, cui ormai sempre più sono sottratte le scelte veramente decisive della nostra società. Basti pensare alle decisioni prese in sede internazionale e soprattutto comunitaria che poi finiscono coll'imporsi immediatamente o per il tramite di atti governativi nell'ordinamento interno; ovvero alle decisioni delle autorità amministrative preposte al governo dell'economia (Ministero del tesoro, Banca d'Italia, Commissione nazionale per le società e la borsa; ecc.) capaci di determinare, con provvedimenti completamente svincolati da indicazioni legislative, spostamenti d'interessi economici di grandissimo rilievo»: R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di Legge (voce),* vol. XL, *Enciclopedia del Diritto,* Milano, pp. 1207 ss. In merito allo spostamento dalla legalità alla «interlegalità», a sua volta riferita al diritto più che alla legge formale, cfr. E. CHITI, A. MARTINO, G. PALOMBELLA (a cura di), *L'era dell'interlegalità,* Bologna, 2022, p. 19, «al diritto ancora chiuso nei sistemi statali si affianca e si mescola un diritto aperto ed esposto, sfornito di un "proprio" pubblico, dotato solo di una platea di variabili destinatari, e che governa secondo imperativi di funzionamento interi settori… Gli Stati hanno un ruolo importante non solo nell'implementare le discipline comuni regionali o globali ma anche nel provvedere ragioni sostanziali per limitare le ingerenze ingiustificabili e arbitrarie. Ed è questo che traduce i termini descrittivi della legalità in quelli di una inevitabile interlegalità».

[132] Per una ricostruzione del *rule of law* e del rapporto con lo Stato di diritto, cfr. G. COGLIANDRO, *Rule of Law – La possibilità del contenuto morale del diritto,* Milano, 2012, pp. 105 ss.

[133] G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio – Intervista su etica e diritto,* cit., p. 106.

[134] L. FERRAJOLI, *Principia iuris – Teoria del diritto e della democrazia,* vol. I, Bari-Roma, 2007, p. 803.

[135] A. SUPIOT, *La sovranità del limite – Giustizia, lavoro e ambiente nell'orizzonte della mondializzazione,* Milano-Udine, 2020, pp. 123-124. S. CASSESE, *Eclissi o rinascita del diritto?,* in P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?,* cit., p. 34, si è espresso in questi termini «Al diritto «macchina dell'obbedienza» oggi si affianca sempre più di frequente il diritto «regola di conformazione». Questo diritto non richiede obbedienza. Esso organizza i modi dell'osservanza in maniera diversa, spingendo i destinatari a conformarsi oppure creando sistemi di convenienze che inducono al consenso con le prescrizioni delle norme. Si pensi a tutta la discussione sulle norme vincolanti e al soft law. Si aggiunga che le classi politiche, per esigenze varie, in larga misura dettate dallo sviluppo delle istituzioni

E, in effetti, l'Unione Europea ha elaborato uno strumentario lungo il cui asse ha inteso ri-articolare la responsabilità tra pubblico e privato, "calcolando" e mettendo a frutto il rischio di "cattura del regolatore" pubblico da parte di poteri privati dominanti. È così che l'andamento della ri-articolazione di responsabilità si traduce nel tentativo di porre il "regolatore" privato al servizio di finalità pubblicistiche, mediante una serie di "presidi". In questi termini l'UE, nel prendere atto della effettività della pratica della regolamentazione privata[136], tanto più in settori complessi come quelli delle nuove tecnologie, cerca di "sfruttarne" il rendimento, sforzandosi di non declinare verso una passiva ricezione dei "dettami" del privato. E ciò fa attraverso alcune "salvaguardie", di ordine pubblicistico, che ora si passano in rassegna.

4.1. L'intensità dei "presidi" pubblicistici nella co-regolamentazione

La "gittata" delle salvaguardie di ordine pubblicistico a fronte del rinvio a codici di condotta e norme armonizzate sembra stia seguendo un percorso incrementale, prendendo le mosse dal GDPR, passando attraverso il DSA per giungere al AIA. E questo percorso incrementale sembra porsi in rapporto proporzionale alla presa di coscienza del legislatore europeo dei "nuovi" rischi cui le tecnologie espongono diritti e libertà fondamentali.

Nello specifico, il codice di condotta cui rinvia il GDPR segna un piccolo passo in tale direzione. Se le previsioni della Direttiva 46/95 (art. 27) disponevano la *possibilità* di sottoporre i codici di condotta elaborati dalle associazioni rappresentative dei responsabili all'approvazione dell'autorità di controllo o del Gruppo *ex* art. 29, l'art. 40 del GDPR dispone che gli organismi rappresentativi delle categorie dei titolari o responsabili che intendano elaborare (o modificare o prorogare) il codice di condotta *lo sottopongano* all'autorità di controllo o al comitato europeo, aggiungendo altresì – per i codici che riguardano trattamenti in vari Stati – che la Commissione europea possa attribuire validità generale mediante atti di esecuzione (adottati secondo la procedura in comitologia *ex* art. 93, c. 2). Si rafforza quindi, per il tramite del rinvio al meccanismo di coerenza di cui all'art. 63, il collegamento reticolare tra le autorità di controllo, attraverso l'istituzionalizzazione della loro collaborazione in sede di comitato europeo per la protezione dei dati[137], a cui le autorità nazionali

democratiche, mirano sempre più a ordinare i poteri pubblici nazionali come *enabling States*, fondati sulla collaborazione con i cittadini, con mutui diritti e responsabilità».

[136] Sul punto della effettività di queste forme di regolazione privata, cfr. A. ZEI, *Shifting the boundaries or breaking the branches? On some problems arising with the regulation of technology,* cit., pp. 172 ss*,*

[137] Per il rafforzamento del ruolo del Comitato europeo per la protezione dei dati, rispetto al precedente ruolo del Gruppo *ex* Art. 29 di cui alla Direttiva 46/95/CE, cfr. N. MARSCH, *Networks of*

sono tenute a sottoporre il codice di condotta nell'ipotesi in cui il trattamento abbia luogo in diversi Stati, ed al cui parere sono vincolate[138]. Tuttavia, il GDPR lascia aperta la possibilità che la vigilanza sul rispetto dei codici di condotta possa essere devoluta ad organismi privati accreditati dall'autorità di controllo in base a requisiti di competenza ed indipendenza[139].

Il *Digital Service Act* fa un passo oltre. All'art. 45, c. 2, statuisce che, a fronte di rischi sistemici significativi[140] che interessano diverse piattaforme *online* di dimensioni molto grandi, la Commissione possa invitare sia le piattaforme che i service providers che le pertinenti autorità competenti, nonché le organizzazioni della società civile e le altre parti interessate a partecipare all'elaborazione dei codici di condotta. Non solo è ampliata la sfera dei soggetti destinatari dell'invito (includendo le associazioni rappresentative dei beneficiari della regolamentazione), ma – in ogni caso – la Commissione assume un ruolo maggiormente pro-attivo rispetto a quello previsto dal GDPR: sia attraverso il riferimento all'espresso "invito" anziché al mero "incoraggiamento" rivolto agli operatori di settore per l'elaborazione del codice, sia perché si dice che le piattaforme "partecipano" all'elaborazione, laddove invece il GDPR prevede che le associazioni rappresentative dei titolari e responsabili del trattamento "elaborano" il codice. Non solo. L'art. 45, c. 3, implementa ulteriormente il ruolo di garanzia di Commissione e comitato europeo per i servizi digitali[141] nell'assicurare determinati contenuti al codice, tra cui la chiara definizione degli obiettivi e dei relativi indicatori chiave di prestazione (*Key Performance Indicators* - KPI)[142]. Coerentemente, l'art. 45, c. 4, intesta sempre a Commissione e

Supervisory Bodies for Information Management in the European Administrative Union, in *European Public Law,* Vol. 20, n. 1, 2014, p. 138

[138] Cfr. il combinato disposto degli artt. 64, c. 1, lett. b) e 65, c. 1, lett. c), Regolamento 679/2016/UE.

[139] Art. 41, Regolamento 679/2016/UE:

[140] Ai sensi dell'art. 34, c. 1, DSA sono rischi sistemici quelli riconducibili al funzionamento ed uso dei servizi delle piattaforme *online* di dimensioni molto grandi e dei motori di ricerca *online* di dimensioni molto grandi con particolare riguardo a quelli relativi a: a) la diffusione di contenuti illegali; b) eventuali effetti negativi, attuali o prevedibili, per l'esercizio dei diritti fondamentali, in particolare i diritti fondamentali alla dignità umana sancito nell'articolo 1 della Carta, al rispetto della vita privata e familiare sancito nell'articolo 7 della Carta, alla tutela dei dati personali sancito nell'articolo 8 della Carta, alla libertà di espressione e di informazione, inclusi la libertà e il pluralismo dei media, sanciti nell'articolo 11 della Carta, e alla non discriminazione sancito nell'articolo 21 della Carta, al rispetto dei diritti del minore sancito nell'articolo 24 della Carta, così come all'elevata tutela dei consumatori, sancito nell'articolo 38 della Carta; c) eventuali effetti negativi, attuali o prevedibili, sul dibattito civico e sui processi elettorali, nonché sulla sicurezza pubblica; d) qualsiasi effetto negativo, attuale o prevedibile, in relazione alla violenza di genere, alla protezione della salute pubblica e dei minori e alle gravi conseguenze negative per il benessere fisico e mentale della persona.

[141] Trattasi del Comitato europeo per i servizi digitali istituito dall'art. 61 del DSA quale gruppo indipendente composto dai coordinatori dei servizi digitali per la vigilanza sui prestatori di tali servizi.

[142] In merito il comma 3 dell'art. 45 del DSA dispone che «la Commissione e il comitato mirano a garantire che i codici di condotta definiscano chiaramente i relativi obiettivi, contengano indicatori

comitato il potere di valutare e monitorare il raggiungimento degli obiettivi fissati nel Codice, misurandoli alla stregua dei KPI, invitando i firmatari del codice ad adottare le misure necessarie per l'ipotesi di inottemperanza sistematica. Analoghi meccanismi di partecipazione "rinforzata" sono previsti dal DSA anche per il codice di condotta per la pubblicità *online*, rispetto al quale la Commissione può «invitare l'Agenzia per i diritti fondamentali o il garante europeo della protezione dei dati a esprimere i loro pareri sul rispettivo codice di condotta»[143] e si adopera per garantire «che i codici di condotta perseguano un'efficace trasmissione delle informazioni, che rispetta pienamente i diritti e gli interessi di tutte le parti coinvolte», assicurandosi inoltre che abbiano determinati contenuti volti a garantire la trasparenza rispetto a determinate informazioni[144].

Va altresì rammentato, ad ulteriore supporto della natura rinforzata dell'invito che la Commissione rivolge alle piattaforme a partecipare alla elaborazione di un codice di condotta, che, secondo quanto previsto dal considerando 104, il rifiuto di adesione all'invito a partecipare all'elaborazione dei codici, senza adeguata motivazione, può deporre nella direzione di una violazione degli obblighi contemplati dal DSA. Sempre poi nell'ottica di un intervento rinforzato nell'elaborazione dei codici di condotta, è stabilito che «il comitato dovrebbe contribuire al conseguimento di una prospettiva comune dell'Unione riguardo all'applicazione coerente del… regolamento» anche attraverso la «redazione dei pertinenti modelli e codici di condotta»[145].

La proposta di regolamento sull'Intelligenza Artificiale (AIA), a sua volta, supporta ulteriormente le esigenze di "presidio pubblicistico". Nel richiamare le norme armonizzate per i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio (Art. 40), suscettibili di produrre la presunzione di conformità ai requisiti essenziali

chiave di prestazione per misurare il conseguimento di tali obiettivi e tengano debitamente conto delle esigenze e degli interessi di tutte le parti interessate, compresi i cittadini, a livello di Unione». Sull'importanza dei *Key Performance Indicators*, quale «elemento cruciale» nella co-regolamentazione «perché nessun codice di condotta può essere preso sul serio se non ha criteri seri e rigorosi per verificare se e come gli impegni assunti dai firmatari vengono poi tradotti in azioni concrete», cfr. O. POLLICINO, *Il nuovo Codice europeo contro la disinformazione,* in *lavoce.info,* 8 settembre 2022, p. 2.

[143] Cfr. il considerando 107, DSA.

[144] Articolo 46, c. 2, DSA: «La Commissione mira a garantire che i codici di condotta perseguano un'efficace trasmissione delle informazioni, che rispetta pienamente i diritti e gli interessi di tutte le parti coinvolte, nonché un ambiente competitivo, trasparente ed equo nella pubblicità online, conformemente al diritto dell'Unione e nazionale, in particolare in materia di concorrenza e protezione della vita privata e dei dati personali. La Commissione mira ad assicurare che i codici di condotta abbiano ad oggetto almeno: a) la trasmissione di informazioni detenute dai fornitori di servizi intermediari per la pubblicità online ai destinatari del servizio per quanto riguarda le prescrizioni di cui all'articolo 26, paragrafo 1, lettere b), c) e d); b) la trasmissione di informazioni detenute dai fornitori di servizi intermediari per la pubblicità online ai registri a norma dell'articolo 39; c) informazioni significative sulla monetizzazione dei dati».

[145] Cfr. il considerando 132.

di cui al capo II del regolamento stesso, stabilisce tuttavia – all'art. 41 – che laddove insufficienti «o… vi sia la necessità di rispondere a specifiche preoccupazioni in materia di sicurezza o di diritti fondamentali», la Commissione può intervenire mediante atti di esecuzione stabilendo essa stessa le specifiche comuni attuative dei requisiti di cui al capo II del regolamento.

In questi termini, sembra che il potere pubblico europeo, attraverso l'intervento della Commissione e di organismi indipendenti (il comitato europeo per la protezione dei dati ed il comitato per i servizi digitali) che istituzionalizzano il raccordo tra organi nazionali di controllo (in materia di protezione dei dati o di servizi digitali), cerchi di potenziare il proprio monitoraggio sulla sfera delle scelte regolamentari che le clausole generali contenute nella legislazione consegnano ai privati. Dal parere sulla conformità ed approvazione del codice previsti dal GDPR, al ruolo maggiormente attivo e di stretto monitoraggio, attraverso specifici indicatori, implementato dal DSA, per giungere alla possibilità di un intervento diretto della Commissione in luogo del deferimento a norme armonizzate laddove siano in questione diritti fondamentali: questi i termini del crescendo di salvaguardie di ordine pubblicistico volto – per converso – a tradursi in un restringimento dell'ambito di manovra dell'autonomia privata.

L'UE non rinuncia quindi alla collaborazione con il privato, per ragioni essenzialmente legate alla competenza/conoscenza del settore da regolare nonché per connesse ragioni di effettività della normativa, tanto più rilevanti in ambiti complessi come le nuove tecnologie. Intende tuttavia ritagliarsi un ruolo di garanzia preventiva, a tutela dell'interesse pubblico, in particolare laddove i rischi non siano più unicamente "individuali", riferiti all'interessato portatore dei dati personali (secondo la prospettiva del GDPR), bensì collettivi, qualificati ora "rischi sistemici significativi" sui diritti, sulla democrazia e sulla sicurezza prodotti da piattaforme o motori di ricerca di dimensioni molto grandi (per come disposto dall'art. 34, c. 1, DSA), ora "alti rischi" di danno per la salute, la sicurezza, o i diritti fondamentali derivanti da sistemi di intelligenza artificiale (art. 7, c. 1, AIA).

Questa la via scelta dall'UE per «regolare i nuovi regolatori»[146], per recuperare il *Rule of Law* mediante la ricostruzione del «pubblico attraverso il diritto»[147], indirizzando, coordinando e monitorando il potere privato secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà, ragionevolezza e *accountability*, tipici della dimensione pubblicistica[148], applicandoli – in questi casi – ai rapporti di "collaborazione normativa" pubblico/privato.

[146] Mutuando l'espressione da L. AMMANNATI, *I 'signori' nell'era dell'algoritmo,* in *Diritto Pubblico,* No. 2/2021, par. 3.

[147] In questi termini, G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? – Il Rule of Law e la governance del mondo,* Bologna, 2012, p. 195.

[148] S. CASSESE, *Chi governa il mondo?,* cit., pp. 42 ss.

4.2. La "proceduralizzazione" delle garanzie sottese alla riserva di legge

L'intervento ora descritto del potere pubblico (par. 4.1) si pone quindi in termini di presidio procedurale dello spazio di discrezionalità lasciato ai codici di condotta (come fatto, in termini più labili dal GDPR e, in termini rinforzati, dal DSA). In tal senso si presta ad essere concepito quale ulteriore implementazione della dottrina del *digital constitutionalism*[149], che trova nelle garanzie procedimentali[150] il baluardo contro "abusi di potere" da parte di poteri privati e che, nel caso della co-regolamentazione, verrebbero declinate sotto forma di "sorveglianza" della Commissione e delle autorità di controllo sia *ex ante* che *ex post* rispetto all'adozione dei codici.

Ora, pare legittimo chiedersi se garanzie così congegnate soddisfino le esigenze costituzionali di tutela dei diritti fondamentali. In merito, se è difficile traslare al piano sovranazionale gli aspetti formali della riserva di legge[151], è tuttavia possibile traslarne la *ratio* sostanziale, in termini di garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali[152]. Nello specifico, per quanto la materia regolata sia complessa ed in continua evoluzione e per quanto la co-regolamentazione sia presidiata dalla sorveglianza *ex ante* ed *ex post* di autorità pubbliche (Commissione, autorità di controllo), ciò non può tuttavia declinare lungo l'esclusivo crinale di salvaguardie procedimentali. Queste integrano senz'altro una condizione di garanzia essenziale, ma non sufficiente. Le procedure necessitano di essere ancorate a monte ad un *bedrock* di criteri normativi adeguatamente definiti, tanto più laddove, come nei casi in questione, siano coinvolti rischi "elevati" per diritti e libertà fondamentali. Un preliminare *"safe harbour",* quindi, che non può che risolversi nello sforzo del legislatore di dare maggiore consistenza a quelle che altrimenti rimangono mere clausole generali che consegnano al successivo e "casistico" contatto "negoziale" tra pubblico e privato la sostanza di veri e propri bilanciamenti tra istanze confliggenti di stampo costituzionale.

[149] O. POLLICINO, *L'impatto dell'IA sul diritto e sui diritti*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2020, p. 492; E. CELESTE, G. DE GREGORIO, *Digital Humanism: The Constitutional Message of the GDPR,* in *Global Privacy Law Review,* Vol. 3, n. 1/2022, p. 16.

[150] In modo del resto analogo a quanto avviene anche nei confronti delle autorità indipendenti, quando la fonte di legittimazione viene rinvenuta in adempimenti e controlli di ordine procedimentale, cfr. M. MANETTI, *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione,* cit..

[151] L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano,* cit., pp. 187 ss.

[152] R. BIFULCO, *Diritto costituzionale,* Torino, 2022, pp. 256 ss.

Ciò che si vuol dire è che in ragione della latitudine dei diritti e delle libertà coinvolti (non a caso le fonti europee discorrono di "rischio sistemico" – DSA – e di "alto rischio" – AIA –), uno sforzo di prioritaria definizione, nella normativa di origine pubblicistica (i.e. regolamenti dell'Unione Europea), dei criteri volti a calibrare con maggiore precisione l'intensità della tutela dei diritti fondamentali coinvolti, dovrebbe imporsi. Andrebbero quindi recuperati, a livello di Unione Europea, sia l'accordo inter-istituzionale sul legiferare meglio del 2003 che escludeva dalla co-regolamentazione ipotesi in cui fossero coinvolti diritti fondamentali o scelte politiche rilevanti, che l'originaria portata della giurisprudenza della Corte di Giustizia laddove, con le sentenze *Meroni* ed *Elliott*, intendeva tracciare limiti ben precisi ai poteri delegati ad organi e soggetti ulteriori rispetto alle istituzioni europee.

La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale sembra prendere contezza della problematica nello stabilire che nell'ipotesi in cui sussistano preoccupazioni per la sicurezza o i diritti fondamentali, la Commissione possa regolamentare i requisiti dei sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio, togliendo – conseguentemente – spazio agli organismi europei di normazione. Tuttavia, la relativa valutazione in merito alla sussistenza di tali «specifiche preoccupazioni» è rimessa alla valutazione discrezionale della Commissione medesima: forse anche qui, qualche criterio maggiormente definito, essendo in gioco interessi fondamentali, poteva essere stabilito a monte, nella legislazione. Che poi ed in ogni caso possa eccepirsi che la Commissione, così come le autorità di controllo, non soddisfano i tradizionali canoni della legittimazione democratica è altra e ben nota questione, nella quale non si vuole ora entrare, avendo lo scritto altra finalità. Nello specifico, ciò che, ai nostri limitati fini, rileva è evidenziare che, a fronte della deriva "privatistica" nella regolamentazione, le istituzioni pubbliche stanno – forse – provando a "mettersi in marcia per… riacciuffare il corso della storia"[153].

Si tratta in definitiva di recuperare il «dominio del diritto»[154], tanto più laddove – come nei casi trattati – siano in gioco diritti fondamentali. Il dominio, quindi, di un diritto che nonostante l'ipertrofico presente[155], sia suscettibile di "applicazione"[156] anziché limitato ad evanescenti clausole generali. Evitando quindi di aprire il campo a bilanciamenti rimessi alla "negoziazione" *ex post*

[153] G. AZZARITI, *Diritto o barbarie – Il costituzionalismo moderno al bivio,* cit., p. 40.

[154] N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica,* Napoli, 2007, p. 20. Analogamente, come osservato da M. FIORAVANTI, *Fine o Metamorfosi?,* cit., p. 62, si assiste al «disporsi degli interessi economici su una scala di fatto non raggiungibile con gli strumenti del diritto e della politica, laddove non c'è più un diritto da costruire, ma soltanto una tecnica da esplicare. Il diritto ha a lungo combattuto con l'arbitrio politico. Fino a quando esisterà, continuerà questa battaglia. Ma oggi il suo avversario principale non è più quello. Risiede piuttosto nella forza planetaria della tecnica e dell'economia».

[155] M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente – Globalizzazione e tempo delle istituzioni,* cit., p. 8.

[156] L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia – Teoria del garantismo costituzionale,* cit., p. 146

con i poteri privati, ed evitando, per conseguenza, di lasciare sforniti di un minimo di prioritarie certezze giuridiche i soggetti sui quali i menzionati "elevati" rischi ricadono.

I 20 ANNI DELLA "CLAUSOLA DI MAGGIOR FAVORE": UN BILANCIO CON RIGUARDO ALLO STATUTO DI AUTONOMIA DEL TRENTINO-ALTO ADIGE /SÜDTIROL[*]

MONICA ROSINI[**]

Sommario

1. Premessa breve. - 2. I criteri applicativi secondo la giurisprudenza costituzionale: a) divieto del trattamento deteriore. – 2.1. b) criterio della omogeneità delle disposizioni da comparare (?) e della valutazione "in concreto". - 2.2. c) criterio della considerazione complessiva e unitaria della funzione. - 2.3. d) Non-applicazione delle disposizioni di "minor favore". - 3. Gli esiti applicativi della "clausola di maggior favore" sulle competenze legislative della Regione Trentino-Alto Adige/*Südtirol* e delle Province autonome di Trento e Bolzano. - 3.1. Effetti ampliativi della specialità. - 3.2 Effetti sostanzialmente riduttivi. - 4. Lo Statuto di autonomia del Trentino-Alto Adige/*Südtirol*: 50 anni e sentirli tutti.

Abstract

The article analyses the so-called "major favour clause", introduced by the 2001 reform of ordinary regionalism, and its impact on the 1972 Statute of Trentino-Alto Adige/Südtirol. To this end, the paper aims to identify several criteria used by the Constitutional Court to apply such a clause and the results of its 20-year application on the legislative competences of the Trentino Alto Adige/Südtirol Region and the two Autonomous Provinces of Trento and Bolzano. The result is a complex picture that has led to uncertainty rather than a solid widening of the special autonomy.

Suggerimento di citazione

M. ROSINI, *I 20 anni della "clausola di maggior favore": un bilancio con riguardo allo Statuto di autonomia del Trentino-Alto adige/Südtirol,* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 3/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[*] Il presente contributo è una rielaborazione della relazione svolta in occasione del convegno *50 anni del secondo statuto di autonomia del Trentino - Alto Adige Südtirol* tenutosi l'11 giugno 2022 presso la Libera Università di Bolzano/Bozen.

[**] Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico presso la Facoltà di Economia e Management della Libera Università di Bolzano/*Bozen*.

Contatto: monica.rosini@unibz.it

© 2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 3/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Premessa breve

«Sino all'adeguamento dei rispettivi statuti»: questo, com'è noto, l'*incipit* dell'art. 10 della legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3 di riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione. Nelle intenzioni del legislatore costituzionale la previsione era chiaramente destinata ad avere natura transitoria in quanto chiamata a trovare applicazione unicamente nelle more dell'adeguamento dei cinque statuti speciali ai nuovi principi del regionalismo ordinario[1].

Quell'intendimento non ha, tuttavia, avuto seguito: a 20 anni dall'entrata in vigore della riforma del Titolo V della Cost. nessuno statuto speciale è stato riscritto, né – a quanto consta – lo sarà a breve[2]. Continua, pertanto, a trovare applicazione il citato art. 10, ai sensi del quale «le disposizioni della presente legge costituzionale si applicano anche alle Regioni a statuto speciale ed alle Province autonome di Trento e di Bolzano per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite».

In questi 20 anni è gravato principalmente sulla Corte costituzionale il compito di chiarirne modalità di applicazione ed esiti per le norme sostanziali e procedurali degli statuti speciali. Questo contributo si propone di analizzare le ricadute di quella che è stata prontamente definita "clausola di maggior favore" (o "di equiparazione"[3] o, ancora, di "adeguamento automatico"[4]) sullo Statuto di autonomia del Trentino-Alto Adige/*Südtirol,* nell'anno in cui si celebrano i 50 anni dalla sua entrata in vigore. Si sono, a tal fine, considerate le pronunce del giudice costituzionale relative alla Regione Trentino-Alto Adige/*Südtirol* e alle due Province autonome di Trento e Bolzano in cui la "clausola di maggior favore" è stata richiamata quale parametro del giudizio di legittimità costituzionale, nonché quelle relative ad altre Regioni ad autonomia differenziata ove

[1] Il carattere transitorio della disposizione si coglie chiaramente dai lavori parlamentari, relativamente ai quali si rinvia a A. AMBROSI *La competenza legislativa delle regioni speciali e l'art. 10 della legge cost. n. 3 del 2001*, in *Le Regioni*, n. 5, 2003, 826. Ne sottolinea la finalità «essenzialmente transitoria» anche Corte cost. 14 novembre 2006, n. 370, punto 4.2.1. del *Considerato in diritto.*

[2] Com'è noto, tutti gli statuti speciali sono piuttosto risalenti: legge cost. n. 2 del 1948 (St. Sicilia); n. 3 del 1948 (St. Sardegna); n. 4 del 1948 (St. Valle d'Aosta); n. 1 del 1963 (St. Friuli-Venezia Giulia) e D.P.R. 31 agosto 1972, n. 670 (Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige/Genehmigung des vereinheitlichten Textes der Verfassungsgesetze, die das Sonderstatut für Trentino-Südtirol betreffen).

[3] A. D'ATENA, *Le Regioni speciali e i "loro" enti locali, dopo la riforma del Titolo V*, in *www.issirfa.cnr.it*, 20 marzo 2003; nonché Corte cost. 14 novembre 2006, n. 370, punto 4.2.2. del *Considerato in diritto;* ord. 26 giugno 2009, n. 189; 19 giugno 2019, n. 148.

[4] F. TERESI, *Considerazioni estemporanee a proposito dell'"adeguamento automatico" degli statuti speciali a termini dell'art. 10 della legge costituzionale di modifica del Titolo V della Costituzione*, in *www.forumcostituzionale.it*, 10 dicembre 2001; A. RUGGIERI, *Forma e sostanza dell'«adeguamento» degli statuti speciali alla riforma del Titolo V (notazioni preliminari di ordine metodico-ricostruttivo),* in *Le Regioni,* 2003, 357; G. COINU, G. DEMURO, *Regioni a statuto speciale e clausola di adeguamento automatico,* in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2002*, Torino 2003, 101. Parla di «procedimento di adeguamento automatico» anche la già richiamata sent. n. 370 del 2006.

vertenti su questioni comuni o, comunque, estendibili alle altre specialità. Alcune indicazioni sono state poi tratte delle norme di attuazione, che da sempre svolgono un ruolo fondamentale nel consolidamento e ampliamento della autonomia trentina e altoatesina. Minimi, invece, gli spunti ricostruttivi che è stato possibile trarre dalla produzione normativa dei tre enti alla luce del nuovo e complesso quadro competenziale.

All'esito di questo percorso, si è tentato di offrire una lettura aggiornata dello statuto e una valutazione degli effetti della "clausola di maggior favore" sulla specialità della Regione e delle due Province autonome.

2. I criteri applicativi secondo la giurisprudenza costituzionale: a) divieto del trattamento deteriore

La formulazione «alquanto ambigua e confusa»[5] dell'art. 10 della legge cost. n. 3 del 2001 ne ha fatto un vero e proprio rompicapo e sollevato una complessa serie di problemi interpretativi nella individuazione delle previsioni del riformato Titolo V effettivamente latrici per le Regioni speciali di maggiori spazi di autonomia. Ciò, anche alla luce del fatto che, come non si è mancato di evidenziare, «a fronte di una riforma che ha completamente ribaltato i criteri di distribuzione delle materie tra Stato e Regioni, le parti della nuova legge costituzionale in cui si prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite alle autonomie speciali sono sostanzialmente quasi tutte»[6].

Il *modus operandi* del meccanismo di adeguamento automatico non è stato in alcun modo chiarito dal legislatore statale, per quanto l'art. 11 della legge 5 giugno 2003, n. 131 (c.d. Legge La Loggia) sia espressamente rivolto alla sua attuazione[7]. Tale disposizione si è, invero, limitata a ribadire la vigenza degli statuti speciali e delle relative norme di attuazione, nonché – e non poteva essere altrimenti – i contenuti dell'art. 10. Ha, poi, affidato alle Commissioni paritetiche previste dagli statuti speciali la proposta, in relazione alle ulteriori materie spettanti alla loro potestà legislativa *ex* art. 10, in merito all'adozione delle

[5] F. TERESI, *Considerazioni estemporanee a proposito dell'"adeguamento automatico" degli statuti speciali a termini dell'art. 10 della legge costituzionale di modifica del Titolo V della Costituzione*, cit. Parla di «stesura probabilmente infelice»: P. GIANGASPERO, *La transitorietà infinita: l'applicazione della clausola di maggior favore a quasi vent'anni dalla sua entrata in vigore,* in *www.forumcostituzionale.it,* 28 settembre 2019.

[6] Ancora F. TERESI, *Considerazioni estemporanee a proposito dell'"adeguamento automatico" degli statuti speciali a termini dell'art. 10 della legge costituzionale di modifica del Titolo V della Costituzione*, cit.; ma anche A. CONCARO, *Commento Articolo 11*, in P. CALVERI, E. LAMARQUE (a cura di*), L'attuazione del nuovo Titolo V, parte seconda, della Costituzione. Commento alla legge "La Loggia" (Legge 5 giugno 2003, n. 131),* Torino 2004, 303.

[7] Parla di limitatissima portata innovativa della previsione: G. PITRUZZELLA, *Regioni speciali e province autonome. Commento all'art. 11,* in G. FALCON (a cura di), *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131,* Bologna 2003, 213.

norme di attuazione per il trasferimento dei beni e delle risorse strumentali, finanziarie, umane e organizzative, occorrenti all'esercizio delle ulteriori funzioni amministrative.

In assenza di precise indicazioni da parte del legislatore e delle invocate proposte da parte delle Commissioni paritetiche, è gravato sull'interprete, e in particolare sul giudice costituzionale, l'onere di chiarire la portata e il contenuto del citato art. 10 e dare risposta ai relativi problemi applicativi.

Il primo e fondamentale criterio interpretativo evidenziato dalla giurisprudenza costituzionale è legato alla specifica funzione della norma di garantire alle Regioni speciali e alle Province autonome quegli spazi di maggiore autonomia previsti dalle norme contemplate dal nuovo Titolo V, in attesa della revisione dei singoli statuti speciali attraverso il procedimento introdotto dalla legge costituzionale 31 gennaio 2001, n. 2. Pertanto, le disposizioni della legge cost. 3 del 2001 «sono destinate a prevalere sugli statuti speciali di autonomia e sono evocabili solo per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie di quelle già attribuite e non per restringerle…»[8]. L'effetto della applicazione del Titolo V, in virtù della "clausola di maggior favore", non può in alcun modo risolversi in una restrizione dell'autonomia della Regione speciale. In tal modo, il legislatore costituzionale del 2001 ha perseguito l'obiettivo di evitare che il rafforzamento del sistema delle autonomie delle Regioni ordinarie, attuato dalla riforma del Titolo V, potesse determinare un divario rispetto a quelle Regioni che godono di forme e condizioni particolari di autonomia e, quindi, un tradimento della stessa *ratio* della loro previsione[9].

L'art. 10 pone, quindi, il divieto di trattamento deteriore per le autonomie differenziate, codificando un principio già ricavabile in via interpretativa dal complessivo sistema del regionalismo italiano: in tal senso, può richiamarsi la sent. n. 216 del 1985 che, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Provincia autonoma di Bolzano, evidenziava, in via generale, come in mancanza di specifiche disposizioni negli statuti e nelle norme di attuazione, il d.P.R. n. 616 del 1977 «ha rilevanza ermeneutica anche per disciplinare i rapporti tra Stato e Regioni differenziate, comprese le Province autonome di Trento e di Bolzano, ogni qual volta esso prevede poteri più ampi per le Regioni ordinarie, sull'ovvio rilievo che a queste non può essere riservato un trattamento più favorevole rispetto a quelle con statuto speciale; a queste ultime pertanto vanno estese le sue disposizioni, sempreché siano compatibili»[10]. O ancora la sent. 14 aprile 1988, n. 449, che, in materia di

[8] Corte cost. 1° aprile 2003, n. 103, punto 2 del *Considerato in diritto;* 13 novembre 2014, n. 255, punto 4.2 del *Considerato in diritto*.

[9] Cfr. Corte cost. 14 novembre 2006, n. 370, punto 4.2.1. del *Considerato in diritto*; nonché, più recentemente, Corte cost. 28 gennaio 2022, n. 23, punto 4.2 del *Considerato in diritto.*

[10] Corte cost. 22 luglio 1985, n. 216, punto 5 del *Considerato in diritto.*

comunicazione e trasporti, viste le previsioni contenute nel d.P.R. n. 616 del 1977, in riferimento alle Regioni a statuto ordinario, sottolineava che «ad eguale ampliamento deve pervenirsi per le Regioni a statuto speciale (comprese le Province autonome di Trento e Bolzano), per l'ovvio rilievo che a queste non può essere riservato un trattamento deteriore»[11].

Alla luce di questa specifica finalità della "clausola di maggior favore", la Corte richiede che l'invocazione nel giudizio di legittimità costituzionale delle disposizioni del Titolo V in luogo di quelle degli statuti speciali debba essere motivata indicando «le ragioni per le quali il parametro invocato garantirebbe una maggiore autonomia della Regione e sarebbe, perciò, applicabile in luogo di quelli statutari»[12]. Conseguentemente, la Corte si è pronunciata per l'inammissibilità delle questioni nel caso in cui la censura del ricorrente si sostanzi in un mero richiamo dei parametri costituzionali violati, accompagnato da un'apodittica motivazione circa la loro applicabilità in virtù della "clausola di maggior favore". A titolo esemplificativo, può citarsi la sent. n. 119 del 2019 in cui la Corte non ha ritenuto sufficiente la motivazione della censura governativa, che si limitava ad affermare che l'art. 5, n. 14), dello statuto speciale riconosce alla Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia competenza legislativa concorrente nella materia delle derivazioni d'acqua pubblica, ma che, poiché esse rientrano nella potestà legislativa residuale delle Regioni ordinarie ai sensi dell'art. 117, co. 4, Cost., opererebbe la clausola di maggior favore e da ciò discenderebbe «quale ulteriore conseguenza l'applicazione del regime ordinario anche in riferimento ai limiti che trova la potestà legislativa regionale in materia»[13]. Chi intenda avvalersi dei risultati applicativi della clausola al fine di contestare la legittimità costituzionale di una disposizione di legge statale o regionale è, invece, tenuto a dar conto della comparazione dei due regimi, delle sue ragioni e dei suoi esiti. Di tale raffronto, delle ragioni dell'assunta più ampia autonomia garantita in applicazione di un regime piuttosto che dell'altro, non vi era traccia nel richiamato ricorso statale contro la legge della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia[14]. La stessa pronuncia di inammissibilità è rintracciabile nella sent. n. 175 del 2006, a fronte dell'omessa indicazione dal parte del ricorrente statale anche dei parametri costituzionali ricavabili dal relativo statuto speciale, perché possa svolgersi un giudizio di preferenza tra diversi sistemi di autonomia occorre, infatti, «che vengano considerati i "due termini"

[11] Corte cost. 14 aprile 1988, n. 449, punto 2 del *Considerato in diritto.* Nello stesso senso: Corte cost. 25 luglio 1984; 5 maggio 1988, n. 511 e 15 novembre 1988, n. 1029. F. BENELLI, *Art. 10 Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3,* in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione,* Padova 2008, 1229.

[12] Corte cost. 16 maggio 2019, n. 119; 27 giugno 2017, n. 151; ord. 3 luglio 2007, n. 250. Cfr. P. CARETTI, G. TARLI, *Diritto regionale,* V ed., Torino 2019, 337.

[13] Punto 2 del *Considerato in diritto.*

[14] Si veda anche Corte cost. 14 novembre 2018, n. 198, punto 2.1.3 del *Considerato in diritto.*

della comparazione, in quanto soltanto all'esito di una disamina complessiva dei sistemi posti a raffronto è possibile ritenere che l'uno garantisca una forma di autonomia eventualmente "più ampia" rispetto all'altro»[15].

Questa funzione di garanzia della specialità regionale conferisce all'art. 10 legge cost. n. 3 del 2010 una «assoluta specialità» che lo rende insuscettibile sia di interpretazione estensiva sia di applicazione analogica. Tant'è che il meccanismo di adeguamento automatico ivi previsto risulta applicabile soltanto quando sia volto a garantire –all'esito di una valutazione complessiva– maggiore autonomia all'ente Regione e non anche agli enti territoriali minori. Il fine dal medesimo perseguito non è, infatti, quello di assicurare un apparato di più ampie garanzie al sistema delle autonomie complessivamente inteso, ma soltanto all'ente regionale (o provinciale). Questa restrizione del suo campo di operatività discende non solo dalla formulazione letterale della disposizione che fa esclusivo riferimento alle Regioni a statuto speciale (e non già agli enti territoriali minori), ma anche dalla circostanza che ad una ipotetica maggiore autonomia dell'ente locale potrebbe corrispondere una minore autonomia dell'ente regionale. L'eventualità che una stessa norma costituzionale, introdotta attraverso il meccanismo previsto dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, sia idonea ad incrementare gli spazi di autonomia degli enti territoriali minori e contestualmente ad incidere in negativo sull'autonomia regionale, contrasterebbe — nel ragionamento del giudice costituzionale — con la sua funzione di "salva-specialità". Per quanto gli enti territoriali minori siano titolari, dopo la riforma del Titolo V, di una sicura sfera di autonomia costituzionalmente garantita, non sono stati espressamente considerati dal legislatore costituzionale, che altrimenti ne avrebbe fatto menzione nell'art. 10, configurandolo come una più generale clausola "salva-autonomie".

Alla luce di tali considerazioni la sent. n. 370 del 2006 ha ritenuto non fondata la questione di legittimità sollevata dal Governo nei confronti della legge della Provincia autonoma di Trento 15 giugno 2005, n. 7, recante «Istituzione e disciplina del Consiglio delle autonomie locali», sotto il profilo della violazione dell'art. 123, ultimo comma, Cost. e dell'art. 10 legge cost. n. 3 del 2010, per essere stata tale istituzione disposta con legge ordinaria, anziché con fonte statutaria[16]. Nel contesto dell'autonomia speciale, il CAL, chiamato a rappresentare specificamente e/o esclusivamente gli enti locali minori, non gode della garanzia della obbligatoria istituzione con fonte statutaria *ex* art. 123 Cost., pur

[15] Corte cost. 28 aprile 2006, n. 175, punto 3 del *Considerato in diritto.*

[16] Cfr. sent. n. 370 del 2006, punto 4.2.2 del *Considerato in diritto* e A. AMBROSI, *I consigli delle autonomie locali nelle Regioni e Province speciali: la questione della fonte competenze,* in *Le Regioni,* n. 2, 2007, 363; nonché, criticamente, A. RUGGERI, *La Corte, la clausola di "maggior favore" e il bilanciamento mancato tra autonomia regionale e autonomie locali (a margine della sent. n. 370 del 2006),* in *www.forumcostituzionale.it,* 1° dicembre 2006.

non essendo escluso che Regioni speciali e Province autonome provvedano alla relativa istituzione tramite legge ordinaria[17].

Questa garanzia della specialità, con esclusione di trattamenti deteriori sia nei confronti dell'autonomia ordinaria, che dell'autonomia dei propri enti locali, pare costituire, quindi, il primo fondamentale canone interpretativo che deve guidare nell'applicazione della "clausola di maggior favore".

2.1. b) criterio della omogeneità delle disposizioni da comparare e della valutazione "in concreto"

La giurisprudenza costituzionale ha, poi, declinato alcune regole, più propriamente applicative, al fine di ridurre il rischio di risultati non coerenti e arbitrari, imputabili alla opinabilità della ricostruzione degli elementi della comparazione e dello stesso giudizio sulla maggior autonomia.

L'applicazione della "clausola di maggior favore" impone all'interprete il confronto tra l'autonomia fondata sugli statuti speciali e la nuova autonomia del regionalismo ordinario, che si presentano fortemente divergenti, sia in riferimento al riparto delle competenze legislative, sia alla allocazione delle funzioni amministrative, sia al sistema dei controlli. Tale divergenza complica la comparazione tra gli istituti, come ha sperimento il giudice costituzionale allorquando è stato chiamato a decidere sulla questione della sopravvivenza nel nuovo contesto costituzionale del procedimento di controllo delle leggi regionali siciliane.

La sent. n. 314 del 2003 ha individuato, quale condizione di operatività dell'art. 10 legge cost. n. 3 del 2001, la circostanza che il contenuto delle norme poste a confronto, «con riferimento all'autonomia prevista, si presti a essere valutato comparativamente, secondo una scala omogenea di grandezze»[18]. Ha, quindi, ritenuto impossibile accertare «se il sistema di impugnazione previsto dall'art. 127 Cost. configuri una "forma di autonomia più ampia" rispetto al sistema vigente di impugnazione delle leggi siciliane» perché «si tratta di sistemi essenzialmente diversi, che non si prestano a essere graduati alla stregua del criterio di prevalenza adottato dal menzionato art. 10», considerata la «eccentrità» del sistema di controllo applicato nella Regione Siciliana[19]. La prova di tale singolarità e diversità è offerta muovendo da una ricostruzione del

[17] Come ha fatto anche la Provincia autonoma di Bolzano con legge prov. 8 febbraio 2010, n. 4 («Istituzione e disciplina del consiglio dei comuni»).

[18] Corte cost. 21 ottobre 2003, n. 314, punto 2.1 del *Considerato in diritto.*

[19] Punto 3.2 del *Considerato in diritto.* Nello stesso senso: Corte cost. 5 dicembre 2003, n. 351. Cfr. M. BARBERO, *Brevi note alla sentenza della Corte costituzionale n. 314 del 2003 in tema di controllo sulle leggi della Regione Sicilia,* in *www.forumcostituzionale.it,* 30 ottobre 2003; F. TERESI, *La inaspettata cristallizzazione del sistema di sindacato costituzionale delle leggi siciliane prevista dallo statuto speciale in una discutibile sentenza della Corte costituzionale,* ivi, 2003.

relativo quadro normativo[20] e della «anomala prassi» successiva, arrivati a configurarlo come un controllo preventivo, quanto alla sua attivazione, ma con termini di promuovimento assai più stretti di quelli previsti per il controllo successivo delle leggi delle altre Regioni; come un controllo successivo quanto alla decisione, potendo la legge siciliana essere comunque promulgata e pubblicata decorsi i trenta giorni previsti dall'art. 29, co. 2, dello statuto; infine, come controllo promosso dal Commissario dello Stato nella Regione Siciliana, organo il cui titolare, per quanto nominato con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, sentito il Consiglio dei ministri, «esercita pur tuttavia un proprio potere di controllo e attivazione del giudizio costituzionale, avente natura essenzialmente giuridica, non spettantegli in qualità di tramite del Governo ma affidatogli direttamente da norma di rango costituzionale»[21]. Di qui l'impossibilità di assegnare la prevalenza ad uno dei due procedimenti, alla stregua della nozione di «forma di autonomia più ampia» adottata dall'art. 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001.

L'omogeneità degli istituti da comparare è stata, invece, pacificamente ravvisata dalla Corte costituzionale tra il sistema di controllo delle leggi regionali previsto dal novellato art. 127 Cost. e quello disciplinato dall'art. 55 dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige/*Südtirol*: da un lato, un controllo di tipo successivo promosso dal Governo entro sessanta giorni dalla pubblicazione della legge, dall'altro, la previsione del rinvio governativo e l'impugnazione in via preventiva della delibera legislativa regionale (o provinciale). Il primo è stato ritenuto dalla Corte rispondente a una logica di maggiore garanzia dell'autonomia legislativa regionale, rispetto al procedimento di controllo preventivo, previsto dalle norme statutarie speciali analogamente a quanto disposto dal previgente art. 127 Cost.[22] In particolare, tali procedimenti sono stati considerati confrontabili «sotto il profilo della più o meno ampia autonomia regionale», stante l'ingerenza che l'originaria disciplina costituzionale consentiva al Governo di esercitare nel procedimento legislativo regionale e che l'altro, oggi, esclude.

Il criterio della omogeneità delle disposizioni da comparare quale necessaria condizione di applicabilità della "clausola di maggior favore" non ha ricevuto particolari apprezzamenti in dottrina, che –all'opposto –ha individuato il presupposto applicativo della medesima proprio nella «*diversità* degli elementi costitutivi e dei tratti identificanti degli istituti comparati, al fine di stabilire quali di essi risultino maggiormente vantaggiosi per l'autonomia», altrimenti la

[20] Artt. 28 e 29 dello statuto speciale della Regione siciliana.

[21] Punto 3.2 del *Considerato in diritto.*

[22] Corte cost. 26 luglio 2002, n. 408; ma anche ordinanze 19 marzo 2002 n. 67; 23 luglio 2002, n. 377 e sent. 20 dicembre 2002, n. 533.

«specificità degli istituti è pur sempre tale da non consentire *in alcun caso* il confronto»[23]. Si tratta di critiche di cui il giudice costituzionale si è fatto carico un decennio più tardi, con il netto *overruling* sulla sopravvivenza del procedimento di impugnazione delle leggi siciliane operato dalla sent. n. 255 del 2014[24]. Con espressioni quasi identiche, il giudice costituzionale ammette che «l'art. 10 della legge cost. n. 3 del 2001 presuppone la diversità degli elementi costitutivi e dei tratti identificanti degli istituti comparati, rispettivamente previsti dalle norme costituzionali e da quelle statutarie, al fine di stabilire quali di essi risultino maggiormente vantaggiosi per l'autonomia». Sicché l'interprete, allorquando si controverta di istituti chiamati a svolgere la medesima funzione (come, ad esempio, il «sistema di impugnazione»), è tenuto ad effettuare il raffronto tra le norme costituzionali e quelle statutarie speciali[25].

Dopo questa pronuncia, il criterio dell'omogeneità degli istituti da comparare non è stato ulteriormente richiamato dalla giurisprudenza della Corte, che, in presenza di identità di funzione, non si è più sottratta alla comparazione tra le attribuzioni statutarie e quelle stabilite per le Regioni ordinarie nel nuovo Titolo V Cost.

L'oggettiva difficoltà di confronto tra formule linguistiche non immediatamente sovrapponibili e la non agevole verifica di quella più vantaggiosa[26], ha dato luogo ad una giurisprudenza costituzionale non sempre lineare, che, in alcuni casi, ha preferito operare confronti "in astratto" tra titoli di competenza, in altri, effettuare una valutazione "in concreto" dell'assetto delle singole materie o funzioni da comparare[27].

Il primo approccio è seguito, ad esempio, nella sent. n. 328 del 2009, avente ad oggetto la legge della Regione Trentino-Alto Adige/*Südtirol* sulla vigilanza degli enti cooperativi, in relazione alle disposizioni che individuavano e disciplinavano la figura professionale dei revisori cooperativi[28]. Il giudice costituzionale ha ricondotto tali previsioni alla materia concorrente "professioni" (*ex* art. 117, co. 3, Cost.), anziché alla competenza primaria in materia di "sviluppo della cooperazione e vigilanza delle cooperative" prevista dallo statuto speciale (art. 4, n. 9), fondandosi sull'astratto ragionamento che lo statuto di autonomia

[23] A. RUGGERI, *Il controllo sulle leggi e il «bilanciamento» mancato (nota a Corte cost. n. 314 del 2003),* in *www.forumcostituzionale.it,* 5 novembre 2003.

[24] A. RUGGERI, *Colpi di maglio della Consulta sul meccanismo di controllo delle leggi siciliane ("a prima lettura" di Corte cost. n. 114 del 2014),* in *Consulta online,* 2014.

[25] Corte cost. 12 novembre 2014, n. 255, punto 4.2 del *Considerato in diritto.*

[26] Cfr. S. BARTOLE, *Esiste oggi una dottrina delle autonomie regionali e provinciali speciali?,* in *Le Regioni,* n. 4, 2010, 863.

[27] I. RUGGIU, *Le «nuove» materie spettanti alle Regioni speciali in virtù dell'art. 10, legge costituzionale 3/2001,* in *Le Regioni,* n. 5, 2011, 806.

[28] Più esattamente, si trattava degli artt. 22 e 23 della legge reg. 9 luglio 2008, n. 5 («Disciplina della vigilanza sugli enti cooperativi»)

del Trentino-Alto Adige/*Südtirol* non attribuisce alla Regione competenze legislative in materia di professioni e, quindi, la previsione contenuta nel comma terzo dell'art. 117 Cost., realizzando in favore della predetta Regione una «forma più ampia di autonomia», è applicabile anche a quest'ultima[29]. L'inevitabile corollario di siffatta attribuzione di tipo concorrente è l'obbligo per l'ente regionale di rispettare i principi fondamentali posti con legge dello Stato, tra cui il principio secondo cui l'individuazione delle figure professionali, con i relativi profili e titoli abilitanti, è riservata, per il suo carattere necessariamente unitario, allo Stato.

L'astratta attribuzione di una nuova competenza, ridefinendo l'estensione di una competenza primaria statutaria, si traduce nel caso concreto nell'applicazione dell'ulteriore limite dei principi fondamentali della legislazione statale. Gli esiti si rivelano, quindi, riduttivi, più che ampliativi, della specialità, soprattutto ove si consideri che la figura professionale del revisore cooperativo era oggetto di disciplina regionale sin dalla legge regionale 29 gennaio 1954, n. 7 («Vigilanza sulle cooperative»), e successive modificazioni[30]. Il ricorso ad una comparazione "in astratto" comporta il rischio che l'inclusione di nuove materie negli elenchi statutari determini una limitazione dei contenuti di altre originariamente devolute ai legislatori speciali, realizzando un'operazione in contrasto con il divieto di trattamento deteriore (*infra* par. 3.2).

Questi esiti paradossali possono essere evitati attraverso una valutazione "in concreto" dell'assetto normativo delle singole materie oggetto di comparazione, nel quale un ruolo certamente rilevante assumono anche previsioni non formalmente contenute negli statuti, quali le disposizioni di attuazione degli statuti speciali, che svolgono un compito rilevante nel conformare le singole funzioni amministrative (e spesso anche legislative) delle Regioni speciali[31]. Così nella sent. n. 327 del 2006 − resa nel conflitto di attribuzione sollevato dalle Province autonome di Trento e Bolzano nei confronti dello Stato avverso il decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei trasporti 5 dicembre 2003, n. 392, recante una nuova normativa sui rischi di frane o valanghe relative alle funicolari aeree e terrestri in servizio pubblico destinate al trasporto di persone −la Corte àncora la competenza al quadro «disegnato dalle norme statutarie e di attuazione dello statuto»[32]. Difatti, l'art. 8, n. 18), dello statuto speciale e le relative norme di attuazione, contenute nel d.P.R. 19 novembre 1987, n. 527 (art. 1, comma 1), attribuiscono espressamente alla competenza legislativa provinciale le «comunicazioni e trasporti di interesse provinciale, compresi la

[29] Corte cost. 11 dicembre 2009, n. 328, punto 2.2. del *Considerato in diritto.*

[30] S. BARTOLE, *Esiste oggi una dottrina delle autonomie regionali e provinciali speciali?,* cit., 863.

[31] P. GIANGASPERO, *La transitorietà infinita: l'applicazione della clausola di maggior favore a quasi vent'anni dalla sua entrata in vigore,* cit., 7.

[32] Corte cost. 13 ottobre 2006, n. 327, punto 5 del *Considerato in diritto.*

regolamentazione tecnica e l'esercizio degli impianti di funivia». Parimenti, la sent. n. 80 del 2007 fonda sulle norme di attuazione la decisione circa la non spettanza allo Stato, e per esso al Ministro della salute, del potere di disporre, con efficacia nei confronti della Provincia autonoma di Bolzano, verifiche sulle liste di attesa[33].

Questa comparazione "in concreto" può condurre, talvolta, a risultati, *prima facie,* contraddittori come la preferenza per una competenza statutaria di tipo attuativo-integrativo rispetto ad una di tipo concorrente *ex* art. 117, co. 3, Cost. Così, nella sent. n. 21 del 2007 il giudice costituzionale riconduce la fattispecie al potere della Regione di emanare norme attuative e integrative in materia di istruzione e in materia di lavoro (art. 5 st. Sardegna), anziché norme di tipo residuale ("istruzione e formazione professionale") e concorrente ("tutela e sicurezza del lavoro")[34].

La necessità di un confronto "in concreto" ha indotto, in tempi più recenti, la sent. n. 65 del 2019 ad individuare il termine statutario della comparazione nel «blocco statutario di costituzionalità», stante la necessità, per quanto possibile di integrare le previsioni dello statuto speciale con le indicazioni desumibili dalla normativa di attuazione statutaria[35]. La comparazione va, quindi, effettuata di volta in volta tra il «blocco statutario», costituito dalle disposizioni degli statuti speciali e delle relative norme di attuazione, e il novellato quadro costituzionale delle attribuzioni delle Regioni ordinarie, privilegiando quello che pare più adeguato a conservare le peculiarità proprie ed esclusive delle autonomie regionali fondate sul primo comma dell'art. 116 Cost.

Il criterio della valutazione "in concreto" tra due discipline implica che «non si possano meccanicamente separare le norme del Titolo V attributive di autonomia … da quelle che completano lo 'statuto' regolativo di una certa funzione, quali possono essere le norme dell'art. 117, secondo comma, Cost., che riservano alla competenza esclusiva dello Stato determinate materie 'trasversali', o dell'art. 118 Cost., in materia di allocazione delle funzioni»[36]. Tale tipologia di comparazione è, quindi, completata dall'ulteriore principio della

[33] Corte cost. 16 marzo 2007, n. 80, che argomenta come la normativa statutaria e, segnatamente, quella di attuazione dello statuto, conferiscano alle Province autonome specifici poteri di verifica su tutta l'attività svolta dalle Aziende Unità sanitarie locali e dalle Aziende ospedaliere ed in genere dalle strutture di sanità pubblica (artt. 2, comma 2, e 3 del d.P.R. n. 474 del 1975), poteri che devono intendersi riferiti anche al settore concernente i tempi di attesa con riguardo all'attività di erogazione delle prestazioni di assistenza sanitaria.

[34] Corte cost. 2 febbraio 2007, n. 21 e I. RUGGIU, *Le «nuove» materie spettanti alle Regioni speciali in virtù dell'art. 10, legge costituzionale 3/2001,* cit., 791.

[35] Nel caso oggetto del giudizio tale operazione era volta a qualificare le attribuzioni regionali in tema di servizio idrico integrato. Corte cost. 29 marzo 2019, n. 65, punto 1.1 del *Considerato in diritto.* Cfr. S. PAJNO, *Il* "blocco statutario" *delle autonomie speciali e la disarticolazione del sistema delle fonti. Commento alla sent. n. 65 del 2019,* in *Federalismi.it,* n. 20, 2019.

[36] Corte cost. 16 maggio 2019, n. 119, punto 2 del *Considerato in diritto.*

necessaria considerazione complessiva ed unitaria della funzione o della materia presa in considerazione (o della "non frammentazione"[37]).

2.2. c) criterio della considerazione complessiva e unitaria della funzione

Fin dalla sent. n. 103 del 2003 il giudice costituzionale ha evidenziato che le forme di autonomia menzionate dall'art. 10 sono «da considerarsi (per la singola Provincia autonoma o Regione speciale) in modo unitario nella materia o funzione amministrativa presa in considerazione»[38]. Anche il frequente riferimento agli istituti (si pensi, ad esempio, al sistema di impugnazione) presuppone implicitamente la necessità, ribadita costantemente dalla giurisprudenza, di confrontare i medesimi nella loro completezza, e non settorialmente, con riguardo alle singole unità normative che li compongono[39].

Siffatto principio ha guidato la Consulta nella soluzione della controversa questione della sopravvivenza dei limiti alla potestà legislativa primaria, alla luce dei vincoli meno stringenti previsti dall'art. 117, co. 1, Cost. per la nuova potestà residuale delle Regioni ordinarie. Più nel dettaglio, le Regioni speciali e le Province autonome esercitano la loro potestà legislativa primaria in «armonia con la Costituzione» e i «principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica», nel «rispetto degli obblighi internazionali» e degli «interessi nazionali», nonché delle «norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica»[40]. Ai sensi del novellato art. 117 Cost., la potestà residuale delle Regioni ordinarie è, invece, chiamata a svolgersi – similmente a quella della Stato – nel rispetto della Costituzione, dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali. La circostanza che alcuni dei limiti previsti negli statuti speciali non siano stati puntualmente ripresi dal nuovo Titolo V ha dato luogo ad ipotesi ricostruttive tese ad estendere alla potestà primaria delle Regioni speciali lo stesso sistema di limiti previsto dal primo comma dell'art. 117 Cost., in quando espressione di maggior autonomia[41].

Per la giurisprudenza costituzionale, tuttavia, ogni competenza deve essere considerata, sia per il contenuto che per i limiti, all'interno del sistema in cui è inserita. Le competenze statutarie di tipo primario, implicanti una maggiore

[37] S. PARISI, *La potestà primaria alla deriva? Spunti ricostruttivi per ripensare un luogo comune,* in *Le Regioni,* n. 5, 2011, 826.

[38] Punto 2 del *Considerato in diritto.*

[39] C. PADULA, *L. cost. n. 3/2001 e statuti speciali: dal confronto fra norme al (mancato) confronto fra «sistemi»,* in *Le Regioni,* n. 2-3, 2004, 684.

[40] Cfr. art. 4 statuto Trentino-Alto Adige/*Südtirol* che fa menzione tra gli interessi nazionali della «tutela delle minoranze linguistiche locali».

[41] In tal senso: G. DEMURO, *Regioni ordinarie e Regioni speciali*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino 2001, 48; S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino 2002, 167; P. PINNA, *Il diritto costituzionale della Sardegna*, Torino 2003, 89; P. CALVIERI, *Diritto regionale*, Padova 2009, 130.

autonomia, non risultano in alcun modo intaccate dalla riforma del Titolo V, ma sopravvivono, «quanto meno, nello stesso ambito e negli stessi limiti definiti dagli statuti»[42].

Ne consegue che la sopravvivenza di una competenza statutaria di tipo primario implica l'applicazione anche dei "vecchi" limiti, così come configurati dagli statuti speciali[43]; al contrario, quando le Regioni speciali possono usufruire delle maggiori competenze previste dall' art. 117 Cost., queste devono essere valutate all'interno del quadro complessivo della riforma del Titolo V Cost., per cui valgono i nuovi limiti, inclusi i poteri che ha lo Stato di incidere nelle diverse materie, attraverso le proprie competenze trasversali[44].

Tra questi limiti, vi è anche il potere sostitutivo *ex* art. 120, co. 2, Cost. che fa «sistema con le norme costituzionali di allocazione delle competenze, assicurando comunque, nelle ipotesi patologiche, un intervento di organi centrali a tutela di interessi unitari». Tale sistema non potrebbe essere disarticolato, in applicazione della "clausola di maggior favore", nei confronti delle Regioni ad autonomia differenziata, dissociando il titolo di competenza dai meccanismi di garanzia ad esso immanenti[45].

In conclusione, la giurisprudenza costituzionale ritiene, ormai pacificamente, che l'applicazione della "clausola di maggior favore" debba avvenire sulla base di una valutazione necessariamente complessiva e pertanto comprensiva sia dei nuovi poteri che dei relativi limiti, espressi od impliciti, contenuti nel nuovo Titolo V. Con un'unica eccezione: in caso di coincidenza tra aree di potestà legislativa esclusiva delle Regioni (e Province autonome) e aree ora attribuite alla potestà legislativa residuale delle Regioni ordinarie la sent. n. 274 del 2003 ha riconosciuto l'applicazione soltanto dei limiti generali indicati dall'art. 117, co. 1, Cost. onde evitare che l'autonomia speciale sia «irragionevolmente ristretta entro confini più angusti di quelli che oggi incontra la potestà legislativa "residuale" delle Regioni ordinarie» (*infra* par. 3.1)[46].

2.3. d) Non-applicazione delle disposizioni di "minor favore"

La Corte costituzionale si è, infine, posta il problema dei rapporti che l'art. 10 viene a configurare tra norme del novellato Titolo V e norme statutarie,

[42] Corte cost. 13 febbraio 2003, n. 48, punto 2.1 del *Considerato in diritto.* A. RUGGERI, *Potestà legislativa primaria e potestà "residuale" a confronto,* in *Consulta online,* 2003.

[43] Per altri esempi: Corte cost. 4 luglio 2003, n. 227; 29 gennaio 2005, n. 62; 30 marzo 2012, n. 74; 12 luglio 2013, n. 187.

[44] Cfr. Corte cost. 24 luglio 2003, n. 274; 14 ottobre 2005, n. 383; 31 marzo 2006, n. 134.

[45] Corte cost. 19 luglio 2004, n. 236, punto 4.1 del *Considerato in diritto.*

[46] Corte cost. 24 luglio 2003, n. 274, punto 3.2 del *Considerato in diritto.* Più recentemente: Corte cost. 19 marzo 2021, n. 42; 31 marzo 2021, n. 58.

offrendo chiarimenti in merito alla sorte di quest'ultime allorquando siano espressione di "minor favore" per l'autonomia regionale.

In particolare, è stata la sent. n. 314 del 2003 a chiarire che la "clausola di maggior favore" configura un particolare rapporto tra norme degli statuti speciali e norme del Titolo V della seconda parte della Costituzione: «un rapporto di preferenza, nel momento della loro "applicazione", in favore delle disposizioni costituzionali che prevedono forme di autonomia "più ampie" di quelle risultanti dalle disposizioni statutarie»[47].

Il meccanismo *ex* art. 10 legge cost. n. 3 del 2001 consente, quindi, di derogare il criterio della specialità permettendo, caso per caso, alla norma generale successiva di prevalere sulle norme speciali precedenti. La conseguenza non è, tuttavia, l'abrogazione (tacita o implicita) delle norme degli statuti speciali che attribuiscono una autonomia più limitata rispetto a quella concessa dalla novella costituzionale alle Regioni ordinarie, ma la non ulteriore applicabilità[48].

La soluzione della non-applicazione non è una novità nell'ordinamento italiano, ma ripropone il modello utilizzato in caso di norme nazionali in contrasto con norme europee *self-executing*[49]. Le norme statutarie non applicate rimangono, quindi, in una sorta di quiescenza o −più correttamente −sospese nella loro efficacia[50], in attesa di abrogazione o di nuova applicazione.

Con due conseguenze.

In primo luogo, questa soluzione della non-applicazione complica decisamente la vita all'interprete e dei legislatori regionali e provinciali che si trovano di fronte a testi statutari che non corrispondono più al diritto statutario vivente, che ormai è un complesso *mix* di norme statutarie e costituzionali e di diritto giurisprudenziale.

In secondo luogo, la soluzione conferma il *favor specialitatis,* dal momento che garantisce alle Regioni speciali il ripristino della condizione originaria, in caso di futura abrogazione delle disposizioni della l. cost. n. 3 del 2001 preferite nell'applicazione in virtù della maggior autonomia attribuita. Una simile ipotesi si sarebbe verificata, con tutta probabilità, nel caso in cui la riforma

[47] Punto 3.1 del *Considerato in diritto.* Si veda anche: Corte cost. 28 aprile 2006, n. 175; 13 novembre 2014, n. 255.

[48] Nel senso dell'abrogazione della precedente disciplina statutaria: E. GIANFRANCESCO, *L'art. 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001 ed i controlli nelle regioni ad autonomia speciale (Corte cost. 23 luglio 2002 n. 377),* in *Giur. cost.,* n. 5, 2002, 3312; G. DI COSIMO, *Nuova disciplina del controllo sulle leggi regionali. Il caso delle Regioni a statuto speciale,* in *Ist. Fed.,* 2002, 362. Per un sintetico richiamo delle diverse posizioni dottrinali: F. BENELLI, *Art. 10 Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3,* cit., 1230.

[49] C. PADULA, *L. cost. n. 3/2001 e statuti speciali: dal confronto fra norme al (mancato) confronto fra «sistemi»,* cit., 684; E. LAMARQUE, *Il nuovo art. 127 della Costituzione e il giudizio di costituzionalità in via di azione,* in *Quad. cost.,* 2002, 96.

[50] G. COINU, *Sulla democrazia procedurale,* in *Le Regioni,* 5, 2003, 875.

costituzionale Renzi-Boschi fosse stata confermata nel referendum del 4 dicembre 2016 ed entrata in vigore: i relativi effetti[51] non avrebbero trovato applicazione nei confronti degli enti ad autonomia speciale (come espressamente previsto dall'art. 39, co. 4, del testo di legge costituzionale approvato dalle Camere) e l'abrogazione delle previsioni di "maggior favore" si sarebbe verosimilmente tradotta nella nuova applicabilità delle disposizioni statutarie "in quiescenza"[52].

3. Gli esiti applicativi della "clausola di maggior favore" sulle competenze legislative della Regione Trentino-Alto Adige/*Südtirol* e delle Province autonome di Trento e Bolzano

I maggiori problemi applicativi della "clausola di maggior favore" hanno riguardato le competenze legislative, rispetto alle quali la riforma del Titolo V ha introdotto le maggiori novità rispetto all'assetto originario e a quello tutt'ora previsto per le specialità. Com'è noto, la riforma ha operato non soltanto un ribaltamento del criterio di riparto delle competenze, prevendendo una competenza residuale-generale in favore delle Regioni ad autonomia ordinaria, accanto ad una competenza esclusiva statale enumerata e ad una competenza concorrente, ma anche una riscrittura degli ambiti competenziali e dei limiti che li astringono. A fronte di questa rivoluzione, gli statuti speciali sono rimasti fedeli all'assetto legislativo originario imperniato sulla enumerazione delle materie, assegnate a vario titolo alla competenza legislativa dell'ente regionale speciale.

Questo assetto si presentata ancor più complicato nello statuto del Trentino-Alto Adige/*Südtirol,* ove gli elenchi competenziali sono doppi, per l'attribuzione di funzioni legislative di tipo primario, concorrente e attuativo-integrativo sia all'ente regionale che agli enti provinciali, nonché per la previsione di competenze regionali o provinciali trasferite dallo Stato «per servizi relativi a materie estranee alle rispettive competenze» previste dallo statuto (art. 17)[53].

[51] La riforma, com'è noto, incrementava il numero di materie sottoposte alla competenza esclusiva dello Stato, eliminando le materie di competenza concorrente e riconoscendo allo Stato una sorta di "clausola di supremazia" in riferimento all'area presidiata dalla competenza residuale.

[52] Parla di una sorta di «ritorno agli statuti speciali» S. BARONCELLI, *Nuove prospettive. Le riforme costituzionali e le conseguenze sulle autonomie speciali e il Trentino Alto Adige*/Südtirol: *fra tendenze centralistiche, clausola di maggior favore e principio dell'intesa,* in ID. (a cura di), *Profili costituzionali del Trentino Alto Adige/Südtirol. Lezioni e materiali,* Torino 2015, 168.

[53] Artt. 4, 5, 6, 8, 9 e 10 dello statuto di autonomia. S. PAROLARI, *Dall''autonomia dinamica' all''autonomia partecipata': l'Alto Adige*/Südtirol *alla prova della riforma costituzionale,* in F. PALERMO, S. PAROLARI (a cura di), *Il futuro della specialità regionale alla luce della riforma costituzionale,* Napoli 2016, p. 59.

In attesa di un adeguamento del secondo statuto di autonomia, che non pare prossimo[54], i cataloghi statutari delle competenze devono essere riletti attraverso la lente della "clausola di maggior favore", avendo riguardo agli approdi della giurisprudenza costituzionale: il risultato è un quadro piuttosto complesso, in cui alle competenze che continuano ad avere un fondamento negli elenchi statutari, si affiancano quelle ricavabili dal testo costituzionale considerate espressione di una maggiore autonomia, oltre ad innestarsi — non previste — contaminazioni tre i due modelli. Questa complessa interazione tra assetto competenziale statutario e costituzionale, oltre ad aver imposto il frequente intervento del giudice costituzionale, ha indotto i legislatori regionali e provinciali a non sfruttare appieno il potenziale offerto dalla riforma, anche per la sostanziale assenza di norme di attuazione in grado di fornire solidi ausili interpretativi.

In riferimento alla specialità del Trentino-Alto Adige/*Südtirol*, l'applicazione dell'art. 10 legge cost. 3 del 2001 solleva l'ulteriore problema di individuare −data la sua architettura tripartita −quale istituzione, tra Regione e Province autonome, sia destinataria delle ulteriori competenze previste dal Titolo V. La soluzione più convincente è quella di utilizzare il *criterio della connessione* tra le materie, che tiene conto delle affinità tra gli elenchi costituzionali e gli ambiti materiali già assegnati rispettivamente alla Regione e alle Province. Nell'impossibilità di individuare materie "affini", le nuove competenze dovrebbero essere riconosciute alla Provincia che, in base allo Statuto del 1972, rappresenta il legislatore principale[55].

A fronte di tale complessità, che si traduce inevitabilmente in incertezza, l'unica analisi possibile è quella che muove dai singoli casi posti all'attenzione del giudice costituzionale e tenta di cogliere linee di sviluppo in grado di assumere valenza generale. Siffatta analisi, che − come detto −avrà ad oggetto

[54] Per quanto le due Province autonome abbiamo avviato un processo di ripensamento e di riscrittura dello statuto speciale con l'istituzione di una Convenzione in Alto Adige/*Südtirol* e di una Consulta in Trentino, le proposte elaborate non hanno avuto alcun seguito. In tema E. HAPPACHER, *La convenzione per l'autonomia: spunti per un'autonomia dinamica e partecipata dell'Alto Adige/*Südtirol, in *questa rivista,* n. 3, 2017; M. COSULICH, "*Parallele divergenti? Modello, metodo e merito nei lavori della Convenzione bolzanina e della Consulta trentina",* in *Osservatorio costituzionale*, no. 3, 2018, 145; ID., *La Consulta per lo Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige/*Südtirol: *una visione largamente condivisa del futuro dell'autonomia trentina*, in *questa rivista*, no. 3, 2018; M. ROSINI, *Il processo di adeguamento degli statuti speciali si rimette in moto? La Convenzione sull'Alto Adige/*Südtirol, in *questa rivista,* n. 2, 2015.

[55] O. PETERLINI, *L'autonomia che cambia. Gli effetti della riforma costituzionale del 2001 sull'autonomia speciale del Trentino-Alto Adige Südtirol e le nuove competenze in base alla clausola di maggior favore*, Bolzano 2010, 99; ID., *Südtirols Autonomie und die Verfassungsreformen Italien,* Wien 2012; E. HAPPACHER, *Südtirols Autonomie in Europa. Institutionelle Aspekte der Europäischen Integration,* Wien 2012. Si veda anche: A. D'ATENA, *La coesistenza di tre autonomie sullo stesso territorio. Il caso del Trentino-Alto Adige/*Südtirol, in *Giur. cost.,* n. 5, 2021, 2199.

principalmente il quadro competenziale del Trentino-Alto Adige/*Südtirol,* nell'anno del 50° compleanno del secondo statuto di autonomia, consente di individuare effetti sicuramente ampliativi delle funzioni legislative previste dallo statuto di autonomia, ma anche, all'opposto, effetti sostanzialmente riduttivi degli spazi di autonomia già riconosciuti[56].

3.1. Effetti ampliativi della specialità

Gli effetti ampliativi dell'autonomia speciale del Trentino-Alto Adige/*Südtirol* possono essere, riassuntivamente, individuati nella estensione dei cataloghi delle materie affidate ai legislatori regionale e provinciali, nell'ampliamento degli ambiti materiali già riconosciuti dagli elenchi statutari, nello "slittamento" verso l'alto delle competenze, quando la loro "posizione" nel Titolo V sia più favorevole di quella originaria[57].

In primis, la "clausola di maggior favore" ha consentito una estensione delle competenze legislative esercitabili dalle Regioni speciali, sia in termini di arricchimento degli elenchi già previsti, sia di riconoscimento della nuova competenza di tipo residuale, che va ad aggiungersi a quelle originarie.

Considerato che anche nel nuovo assetto costituzionale la distribuzione della funzione legislativa tra Stato e Regioni rimane operata dal criterio delle materie, non vi è dubbio che l'affidamento alla Regione di una nuova materia rappresenti una forma di autonomia, a prescindere dalla considerazione dei limiti che la astringono[58]. Pertanto, il riconoscimento alle Regioni differenziate della possibilità di legiferare in materia ulteriore rispetto a quelle già attribuite dagli elenchi statutari realizza una forma di autonomia più ampia che trova ingresso nel sistema della specialità in forza dell'art. 10 legge cost. 3 del 2001.

Ne è derivata l'integrazione del catalogo delle competenze concorrenti statutarie della Regione e delle Province autonome, con ulteriori ambiti materiali riconosciuti alle Regioni ordinarie *ex* art. 117, co. 3. Cost. È stata, quindi, riconosciuta alla Provincia autonoma di Bolzano competenza concorrente in

[56] In merito ai primi risultati di questo studio sia consentito rinviare a M. ROSINI, *Statute of Trentino-Alto Adige/Südtirol and "major favour clause": more or less autonomy? An evaluation 20 years after the reform of Title V of the Constitution,* in *Europa Ethinca,* vol. 79, n. 1-2, 2022, 81. Sugli effetti della riforma del Titolo V per la Provincia automa di Bolzano si veda anche G. AVOLIO, *Il riparto delle competenze legislative dopo la riforma del Titolo V,* in G. AVOLIO, F. PALERMO (a cura di), *La riforma del Titolo V, parte seconda, della Costituzione italiana. Analisi ed effetti per la Provincia autonoma di Bolzano,* Bolzano 2008, 11.

[57] Per un'analisi degli effetti accrescitivi determinati dalla "clausola di maggior favore": A. D'ATENA, *Diritto regionale,* IV ed., Torino 2019, 275; R. BIN, G. FALCON (a cura di), *Diritto regionale,* II ed., Bologna 2019, 359.

[58] A. AMBROSI, *La competenza legislativa delle regioni speciali e l'art. 10 della legge cost. n. 3 del 2001,* cit.

materia di "ordinamento della comunicazione"[59], che si aggiunge alla competenza legislativa primaria dell'ente in materia di "manifestazioni ed attività artistiche, culturali ed educative locali" anche con "i mezzi radiotelevisivi" (art. 8 n. 4). Le Province autonome si sono, altresì, viste attribuire potestà legislativa concorrente in materia di "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia" e, quindi, anche una potestà amministrativa più ampia – in quanto fondata sui principi dell'art. 118 Cost. – rispetto a quella ad esse spettante sulla sola base delle norme di attuazione in materia di demanio idrico, di opere idrauliche e di concessioni di grandi derivazioni a scopo idroelettrico, produzione e distribuzione di energia elettrica[60]. Costituiscono ulteriori integrazioni all'elenco statutario delle competenze concorrenti provinciali: "tutela e sicurezza sul lavoro"[61], "professioni"[62], "ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi"[63], "porti e aeroporti civili"[64], "commercio con l'estero"[65], da esercitarsi nei limiti che la Costituzione impone a questa potestà legislativa, a partire dai principi fondamentali stabiliti dalla legge dello Stato.

Parimenti, nel silenzio dello statuto di autonomia «deve ritenersi che valgano anche nei confronti delle autonomie speciali i principi e le regole che consentono attività internazionali delle Regioni, risultanti dal nuovo art. 117»[66].

Lo stesso meccanismo può essere invocato «ove fra le materie di competenza primaria delle Regioni ad autonomia speciale e delle Province autonome non siano elencate materie che siano invece riconosciute alla competenza residuale delle Regioni ordinarie»[67]. Ciò implica che, ogni volta la Corte ascrive a questa potestà una nuova materia, essa deve essere riferita ad entrambi i tipi di Regioni[68]. L'operatività di detta estensione costituisce, invero, un'affermazione

[59] Corte cost. 15 ottobre 2003, n. 312, punto 5.1 del *Considerato in diritto.*

[60] Corte cost. 14 ottobre 2005, n. 383; 1° aprile 2014, n. 64. Si tratta, invero, di un ampliamento rispetto alla competenza concorrente statutaria nel settore dell'energia (art. 9, n. 9).

[61] Corte cost. 14 ottobre 2005, n. 384.

[62] La già richiamata sentenza n. 328 del 2009.

[63] Cfr. Corte cost. 21 marzo 2006, n. 133: anche se resa in un giudizio promosso dalla Regione Friuli-Venezia Giulia, i relativi esiti possono essere estesi anche alle Province autonome, che già dispongono di una competenza statutaria concorrente "affine" in materia di "incremento della produzione industriale" (art. 9, n. 8).

[64] Corte cost. 7 ottobre 2005, n. 378, riguardante la Regione Friuli-Venezia Giulia. Occorre precisare che in materia di "porti lacuali" le Province autonome godono di potestà primaria a norma dello statuto (art. 8, n. 11). Peraltro, nel territorio è presente un unico porto lacuale, quello di Riva del Garda in Provincia di Trento.

[65] Per siffatta estensione del catalogo: O. PETERLINI, *L'autonomia che cambia. Gli effetti della riforma costituzionale del 2001 sull'autonomia speciale del Trentino-Alto Adige Südtirol e le nuove competenze in base alla clausola di maggior favore*, cit., 104.

[66] Corte cost. 28 luglio 2004, n. 238, punto 6 del *Considerato in diritto*.

[67] Corte cost. 19 luglio 2004, n. 239 punto 6 del *Considerato in diritto.*

[68] Corte cost. 10 maggio 2017, n. 98.

di principio che non è stata inverata dalla giurisprudenza costituzionale, anche per il fatto che «non di rado le materie di competenza primaria delle Regioni ad autonomia particolare o delle Province autonome coincidono con alcune delle materie di competenza residuale delle Regioni ad autonomia ordinaria»[69]. L'assenza di ipotesi applicative conferma la scarsa propensione del giudice costituzionale a riconoscere ambiti di legislazione autenticamente residuali[70].

In secundis, l'applicazione della "clausola di maggior favore" ha portato ad un ampliamento degli ambiti di disciplina di materie già contenute negli elenchi statutari, allorquando il loro contenuto è parso, in base alla formulazione letterale, meno ampio degli analoghi titoli previsti dall'art. 117 Cost. Siffatta comparazione ha portato, ad esempio, al riconoscimento in favore delle Province autonome della competenza legislativa concorrente in materia di "tutela della salute", prevista in favore delle Regioni ordinarie (art. 117, co. 3, Cost.), in quanto «assai più ampia» di quella conferita dagli statuti speciali in materia di igiene e sanità e assistenza ospedaliera (art. 9, n. 10)[71]; nonché espressiva dell'«intento di una più netta distinzione fra la competenza regionale a legiferare in queste materie e la competenza statale, limitata alla determinazione dei principi fondamentali della disciplina»[72]. Con questa nuova competenza, peraltro, si estendono alle Province autonome gli stessi limiti espressi e impliciti contenuti nel Titolo V, tra i quali il rispetto dei principi fondamentali in materia di coordinamento della finanza pubblica a tutela dell'unità economica e dell'equilibrio di bilancio[73].

Pur in assenza di precedenti giurisprudenziali, analogo ampliamento dovrebbe coinvolgere la competenza concorrente provinciale relativa a "attività sportive e ricreative con i relativi impianti ed attrezzature" (art. 9 n. 11), in virtù della parallela competenza *ex* art. 117, co. 3. Cost. in materia di "ordinamento sportivo"[74].

Infine, la clausola in commento ha consentito l'*upgrading* del titolo competenziale nelle materie che lo statuto di autonomia assegna(va) alla competenza attuativa-integrativa, concorrente e primaria, ma che nel Titolo V sono ascritte a tipologie legislative astrette da un più limitato corredo di limiti. Questo slittamento verso l'alto ha interessato la materia del "collocamento e avviamento

[69] Ancora punto 6 del *Considerato in diritto.*

[70] Per tutti S. PARISI, *La competenza residuale,* in *Le Regioni,* n. 2-3, 2011, 341.

[71] Corte cost. 7 giugno 2022, n. 139, punto 5.1 del *Considerato in diritto*; 20 gennaio 2022, n. 9; 2 novembre 2017, n. 231; 1° luglio 2015, n. 125.

[72] Corte cost. 31 marzo 2006, n. 134, punto 8 del *Considerato in diritto,* che richiama le sentenze 7 luglio 2005, n. 270 e 26 giugno 2002, n. 282; nonché Corte cost. 20 gennaio 2022, n. 9; 7 giugno 2022, n. 139.

[73] Corte cost. 6 marzo 2014, n. 39.

[74] Nel senso di una riconduzione della disciplina degli impianti e delle attrezzature sportive alla più ampia materia dell'"ordinamento sportivo" si esprime Corte cost. 12 ottobre 2004, n. 424.

al lavoro", rubricata dallo statuto di autonomia quale competenza terziaria provinciale (art. 10), ma ritenuta dalla Corte rientrante nella materia concorrente della "tutela e sicurezza del lavoro"[75]; la "la polizia urbana e rurale", che da competenza concorrente provinciale (art. 9, n. 1) è elevata a competenza residuale[76]; il "commercio", che da competenza concorrente provinciale (art. 9, n. 3) diventa competenza residuale.

Lo stesso meccanismo opera in caso di confronto tra competenza primaria statutaria e competenza residuale *ex* art. 117, co. 4 Cost., poiché la seconda incontra una cornice di limiti meno intensa (*supra* par. 2.2.) e tale da configurare un'autonomia più ampia: è il caso del "commercio" in riferimento al quadro statutario della Regione Friuli-Venezia Giulia, dal quale era contemplato come competenza primaria[77]; dell' "ordinamento degli uffici provinciali e del personale ad essi addetto" ritenuta di minor favore rispetto alla competenza legislativa residuale nella materia "ordinamento e organizzazione amministrativa regionale"[78]; o ancora della "formazione professione"[79]

3.2 Effetti sostanzialmente riduttivi

L'art. 10 della legge cost. 3 del 2001 consente, come detto, l'estensione alle Regioni speciali e alle Province autonome delle disposizioni del Titolo V limitatamente alle parti che prevedono forme di autonomia più ampie. Per i restanti profili – quelli che non si traducono in una maggiore autonomia – rimangono ferme le previsioni statutarie. Quindi, non può che sopravvivere la competenza legislativa primaria statutariamente prevista, quando la medesima materia sia assegnata dal Titolo V alla competenza esclusiva statale o concorrente (art. 117, co. 2 e 3, Cost.). Lo stesso vale per le competenze concorrenti o attuative-integrative che siano caratterizzate da un regime costituzionale meno favorevole.

Sono, tuttavia, soprattutto le competenze primarie a svolgere una funzione di "resistenza" all'applicazione della "clausola di maggior favore", impedendo che l'attribuzione della materia stessa (o di parte di essa) alla competenza

[75] Corte cost. 28 gennaio 2005, n. 50 punti 4, 5 e 6 del *Considerato in diritto.*

[76] Corte cost. 6 maggio 2010, n. 167, che, muovendo dalla considerazione che l'art. 5 dello statuto del Friuli-Venezia Giulia elenca tra le materie di potestà concorrente la "polizia locale" e che in seguito alla riforma del Titolo V le Regioni ordinarie hanno potestà legislativa residuale in ordine alla polizia amministrativa locale, ha affermato che «in base all'art. 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001, deve ritenersi estesa alla regione Friuli-Venezia Giulia la competenza legislativa residuale in tale materia, ferme restando le competenze esclusive statali, in particolare quella in tema di ordine pubblico e sicurezza».

[77] Corte cost. 10 maggio 2017, n. 98.

[78] Corte cost. 19 marzo 2021, n. 42. Nonché: 21 dicembre 2018, n. 241; 24 aprile 2020, n. 77; Corte cost. 21 dicembre 2020, n. 273; 31 marzo 2021, n. 58.

[79] Corte cost. 13 ottobre 2006, n. 328.

esclusiva dello Stato abbia ripercussioni sulla sfera di autonomia già riconosciuta dallo statuto speciale[80]. È il caso, ben noto, della materia di competenza primaria "ordinamento degli enti locali e delle relative circoscrizioni" (art. 4, n. 3), che «non è intaccata dalla riforma del Titolo V, parte II, della Costituzione, ma sopravvive, quanto meno nello stesso ambito e negli stessi limiti definiti dagli statuti», in virtù della minor autonomia del quadro competenziale disegnato dalla Costituzione per le Regioni ordinarie in cui assume rilievo la materia *ex* art. 117, comma 2, lett. p), "legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane"[81].

Parimenti, rimane ferma la competenza legislativa primaria in materia di "lavori pubblici di interesse provinciale" (art. 8, n. 17), in quanto a fronte di una «specifica attribuzione statutaria in tale ambito materiale», il Titolo V non reca alcuna espressa indicazione ai "lavori pubblici"[82], che «non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono» e pertanto possono essere ascritti, di volta in volta, a potestà legislative statali o regionali[83].

L'intangibilità delle materie statutarie affidate alla competenza primaria delle Regioni speciali non è, tuttavia, un dogma assoluto, ma è destinata ad infrangersi nel caso, già segnalato (*supra* 3.1)*,* di una coincidenza delle medesime con materie attribuite alla potestà legislativa residuale delle Regioni ordinarie. Non solo. Ci sono altri modi, meno evidenti, capaci di intaccare questa intangibilità e di rendere il sistema statutario – suo malgrado – permeabile alle novità introdotte dal nuovo Titolo V della Costituzione. Guardando alla giurisprudenza costituzionale, i meccanismi attraverso cui questo può avvenire sembrano sostanzialmente due.

Il primo è dato dalle materie trasversali di competenza esclusiva dello Stato che riescono a limitare la potestà primaria assumendo la veste di «principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica» e delle «norme fondamentali delle riforme economico-sociali», ovvero dei limiti che astringono la potestà legislativa primaria delle Regioni speciali (art. 4 st. autonomia). Si tratta, a ben vedere, di un vero e proprio *leitmotiv* della giurisprudenza costituzionale, rintracciabile fin dalle pronunce immediatamente successive alla novella costituzionale del 2001: così la sent. n. 227 del 2003 già qualificava quali «norme fondamentali delle riforme economico-sociali» le disposizioni della legge 11

[80] F. MARCELLI, V. GIAMMUSSO, *La giurisprudenza costituzionale sulla novella del titolo V*, Senato della Repubblica, Servizio Studi n. 44, Roma 2006, p. 104; M. ROSINI, *La funzione legislativa delle regioni speciali e il suo "adeguamento automatico" all'art. 117 Cost. nella giurisprudenza costituzionale,* in *questa rivista,* n. 3, 2010.

[81] Corte cost. 13 febbraio 2003, n. 48, punto 2.1 del *Considerato in diritto.*

[82] Corte cost. 12 luglio 2013, n. 187.

[83] Corte cost. 1° ottobre 2003, n. 303.

febbraio 1992, n. 157 che individuano specie cacciabili e periodo venatorio, con conseguente declaratoria di incostituzionalità della legge della Provincia autonoma di Trento[84] nella parte in cui pretendeva di individuare specie cacciabili ulteriori e periodi venatori più ampi di quelli previsti a livello nazionale.

Dunque, si applica il regime statutario che attribuisce la competenza in materia di caccia alle Province autonome, ma esso è inciso da un limite: si tratta dell'art. 18 della legge n. 157 del 1992 contenente norme fondamentali di riforma economico-sociale[85].

Anche la potestà legislativa primaria in materia di "ordinamento degli enti locali e delle relative circoscrizioni", capace di estendersi alla disciplina del relativo personale, deve operare in «armonia con la Costituzione e i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica», sia che si vogliano disciplinare le modalità di instaurazione dei rapporti di lavoro sia che si intendano dettare norme in tema di status del personale dipendente. Tale limite importa, perciò, l'obbligo di rispettare i principi desumibili dall'art. 97 Cost., con particolare riferimento a quelli di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione nonché dell'accesso mediante concorso «[a]gli impieghi nelle pubbliche amministrazioni». Alla luce di tali principi è stata dichiarata illegittima la disciplina recata dall'art. 148-*bis* del codice regionale degli enti locali del Trentino-Alto Adige/*Südtirol,* che restituiva, per la sola Provincia autonoma di Trento, una figura di segretario comunale (o di altro ente locale) «non … conform[e] a tali principi, sin dal momento dell'instaurazione del rapporto di lavoro»[86].

La recente sent. n. 23 del 2022 evidenzia come che nel caso di impugnazione, in via principale, della legge di una Regione a statuto speciale o di una Provincia autonoma, la mancata indicazione delle competenze statutarie non inficia di per sé l'ammissibilità della questione, qualora «siano evocate disposizioni statali espressione di competenze trasversali e configurabili, quindi, quali norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica, che

[84] Più esattamente, si trattava, dell'art. 29, commi 2, 4, 7 e 9, della legge della Provincia autonoma di Trento 9 dicembre 1991, n. 24 («Norme per la protezione della fauna selvatica e per l'esercizio della caccia»), come sostituito dall'art. 32 della legge provinciale 23 febbraio 1998, n. 3 («Misure collegate con la manovra di bilancio di previsione per l'anno 1998»).

[85] Nello stesso senso, in riferimento ad una analoga legge della Regione Sardegna, si era già espressa: Corte cost. 20 dicembre 2002, n. 536. Cfr. S. PARISI, *La potestà primaria alla deriva? Spunti ricostruttivi per ripensare un luogo comune,* cit., 834.

[86] Nel caso di specie, infatti, la legge regionale consentiva l'accesso alle funzioni di segretario comunale senza alcuna forma di effettiva selezione concorsuale, aperta e di natura comparativa (questi ultimi considerati elementi essenziali del concorso pubblico: sentenze n. 299 del 2011 e n. 225 del 2010). Abolito il sistema dei concorsi banditi su base locale, infatti, per essere nominati segretari comunali nella Provincia autonoma di Trento sarebbe stato sufficiente essere iscritti all'albo di nuova istituzione. Corte cost. 11 maggio 2021, n. 95, punto 6.1 del *Considerato in diritto.*

costituiscono un limite alla potestà legislativa primaria delle Regioni speciali»[87]. Viene, pertanto, ritenuto ammissibile il mero richiamo di parte ricorrente alle materie trasversali *ex* art. 117, co. 2, lettere e) ed l), Cost., in quanto non volto a negare la competenza primaria della Provincia autonoma di Trento (art. 8, nn. 1 e 17), ma ad orientare, quale paradigma ermeneutico, l'individuazione dei limiti che tale competenza è tenuta a rispettare. Nell'ambito del codice dei contratti pubblici, corpo normativo dal contenuto riformatore di un rilevante settore della vita economico-sociale, sono, infatti, identificabili norme fondamentali che si impongono quali limiti alla citata competenza legislativa primaria della Provincia autonoma, incarnando istanze di disciplina uniforme a livello nazionale ascrivibili alla tutela della concorrenza e all'ordinamento civile. La Corte ha, quindi, individuato, quali norme fondamentali di riforma economico-sociale nell'ambito del codice dei contratti pubblici, quelle «che attengono, da un lato, alla scelta del contraente (alle procedure di affidamento) e, dall'altro [lato], al perfezionamento del vincolo negoziale e alla correlata sua esecuzione»[88].

Le Regioni speciali e le due Province autonome sono, pertanto, tenute al rispetto delle prescrizioni legislative statali di carattere generale di riforma economico-sociale o recanti principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica incidenti su materie assoggettate dagli statuti al regime della competenza legislativa piena o primaria[89]. E sono alcuni titoli di intervento statali *ex* art. 117, co. 2, Cost. ad individuare *ex se* tali limiti.

Le materie trasversali di competenza esclusiva dello Stato − dalla tutela dell'ambiente all'ordinamento civile, dalla tutela della concorrenza alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale − sono generalmente latrici di istanze unitarie capaci di transitare nei regimi speciali, tramite il "cavallo di Troia" dei limiti previsti dagli statuti alla potestà legislativa primaria. Così, il limite dei principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica include anche i principi dell'ordinamento civile[90]; alle norme fondamentali

[87] Corte cost. 28 gennaio 2022, n. 23, punto 4 del *Considerato in diritto.* Nello stesso senso: Corte cost. 26 novembre 2020, n. 255; 13 febbraio 2020, n. 16; 9 luglio 2019, n. 166; 21 giugno 2019, n. 153; 15 novembre 2018, n. 201; 11 maggio 2017, n. 103.

[88] Corte cost. 12 febbraio 2010, n. 45; nonché 9 luglio 2019, n. 166; 18 ottobre 2016, n. 263; 8 marzo 2013, n. 36; 30 marzo 2012, n. 74; 7 dicembre 2011, n. 328; 10 giugno 2011, n. 184; 7 aprile 2011, n. 114; 17 giugno 2010, n. 221.

[89] Corte cost. 25 ottobre 2017, n. 229; 24 giugno 2010, n. 233; 29 maggio 2009, n. 164; 10 febbraio 2006, n. 51; 19 novembre 2002, n. 536.

[90] Corte cost. 30 marzo 2012, n. 74.

delle grandi riforme economico-sociali sono state ricondotte la tutela della concorrenza[91] e dell'ambiente[92].

Nel proporre tale ricostruzione la Corte la àncora sovente alla propria pregressa giurisprudenza: così in materia di "caccia", già numerose pronunce[93], al fine di garantire un nucleo minimo di salvaguardia della fauna selvatica, riconoscevano alle Regioni la facoltà di modificare l'elenco delle specie cacciabili soltanto «nel senso di limitare e non di ampliare il numero delle eccezioni al divieto generale di caccia»[94]. Parimenti, l'art. 117, co. 2, lettera l), Cost. ha codificato il limite del «diritto privato», consolidatosi nella giurisprudenza anteriore alla riforma costituzionale del 2001, e «fondato sull'esigenza, connessa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti fra privati»[95].

Nel riconfigurare il sistema dei limiti della potestà legislativa primaria delle Regioni speciali, la Corte ha, di fatto, assimilato il trattamento per tali Regioni e le Regioni di diritto comune, sterilizzando le differenze tra di esse, almeno quanto al concreto atteggiarsi dei limiti[96].

Una specifica considerazione meritano i principi fondamentali fissati dalla legislazione dello Stato nell'esercizio della competenza concorrente di "coordinamento della finanza pubblica", che si applicano anche alle autonomie speciali «in quanto funzionali a prevenire disavanzi di bilancio, a preservare l'equilibrio economico-finanziario del complesso delle amministrazioni pubbliche e anche a garantire l'unità economica della Repubblica, come richiesto dai principi costituzionali e dai vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea», tanto più cogenti nel quadro delineato dalla legge costituzionale n. 1 del 2012[97]. Le autonomie speciali, nonostante siano titolari di autonomia finanziaria più ampia di quella riconosciuta dall'art. 119 Cost. alle Regioni ordinarie[98], devono comunque assicurare il concorso agli obiettivi di finanza pubblica, al fine di garantire la sostenibilità del sistema nel quale esse stesse sono inserite.

[91] Corte cost. 12 luglio 2013, n. 183.

[92] Corte cost. 12 ottobre 2017, n. 212.

[93] Corte cost. 14 maggio 1999, n. 168; 24 luglio 1998, n. 323; 22 luglio 1996, n. 272; 13 febbraio 1995, n. 35; 19 dicembre 1990, n. 577; 27 ottobre 1988, n. 1002.

[94] Corte cost. 4 luglio 2003, n. 227, che richiama sentt. n. 272 del 1996 e n. 1002 del 1988.

[95] Corte cost. 28 luglio 2004, n. 282; 16 giugno 2005, n. 234; 31 luglio 2020, n. 189.

[96] S. PARISI, *La potestà primaria alla deriva? Spunti ricostruttivi per ripensare un luogo comune,* cit., 832.

[97] Corte cost. 23 maggio 2018, n. 103, punto 6.1 del *Considerato in diritto*. Nonché, *ex multis*: Corte cost. 2 novembre 2017, n. 231; 14 luglio 2017, n. 191; 27 giugno 2017, n. 151; 30 marzo 2017, n. 62; 25 febbraio 2016, n. 40; 19 novembre 2015, n. 239; 15 luglio 2015, n. 156; 15 maggio 2015, n. 82; 13 giugno 2014, n. 175; 6 marzo 2014, n. 39.

[98] Corte cost. 15 aprile 2008, n. 102.

I principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica possono anche consistere in limiti complessivi all'autonomia di spesa delle Regioni o Province autonome o, più in generale, nella riduzione del debito pubblico, a condizione che lascino agli enti stessi «ampia libertà di allocazione delle risorse tra i diversi ambiti e obiettivi di spesa…, senza prevedere in modo esaustivo strumenti e modalità per il perseguimento dei suddetti obiettivi in modo che rimanga uno spazio aperto[99], e non ledano il canone generale della ragionevolezza e proporzionalità dell'intervento normativo rispetto all'obiettivo prefissato[100].

La competenza in materia di coordinamento della finanza pubblica consente, dunque, allo Stato di imporre alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome limiti analoghi a quelli che valgono per le Regioni a statuto ordinario, ma solo «nelle more delle trattative finalizzate al raggiungimento degli accordi che si rendano necessari»[101]. Tali principi sono, infatti, a regime individuati nel rispetto del «principio dell'accordo, inteso come vincolo di metodo (e non già di risultato) e declinato nella forma della leale collaborazione»[102]. Questo metodo è funzionale sia al raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica nel rispetto dei vincoli europei, sia a evitare che il necessario concorso delle Regioni comprima oltre i limiti consentiti l'autonomia finanziaria ad esse spettante.

In questo contesto, l'autonomia finanziaria della Regione Trentino-Alto Adige/*Südtirol* e delle Province autonome è stata sicuramente favorita dall'accordo concluso con lo Stato in data 15 ottobre 2014 (c.d. Patto di garanzia), recepito nella legge 23 dicembre 2014, n. 190, che ha escluso, fino al 2022, la possibilità di modifiche peggiorative, salvo esigenze eccezionali di finanza pubblica e per importi predeterminati già nelle clausole del patto.

Per concludere, occorre richiamare un secondo meccanismo di interferenza del riformato Titolo V della Costituzione sulle autonomie speciali: la reinterpretazione degli elenchi statutari alla luce della definizione delle nuove materie affidate alla competenza esclusiva dello Stato o concorrente. Tale conseguenza

[99] Cfr. Corte cost. 24 luglio 2013, n. 236; Corte cost. 15 luglio 2015, n. 156.

[100] Occorre, tuttavia, ricordare che la Corte ha più volte affermato che la legge dello Stato non può imporre vincoli alla spesa sanitaria delle Province autonome di Trento e Bolzano, considerato che lo Stato non concorre in alcun modo al finanziamento del servizio sanitario provinciale, che si sostenta totalmente con entrate provinciali. Cfr. Corte cost. 30 dicembre 2009, n. 341 e A. BRANCASI, *Il finanziamento dell'ente coordinato come condizione per l'esercizio della potestà di coordinamento della finanza pubblica*, in *www.forumcostituzionale.it,* 12 ottobre 2016.

[101] Corte cost. 15 luglio 2015, n. 156, punto 4.1 del *Considerato in diritto.*

[102] Corte cost. 21 dicembre 2020, n. 273. Nello stesso senso: Corte cost. 31 marzo 2021, n. 58; 23 maggio 2018, n. 103; 10 aprile 2014, n. 88; 19 luglio 2012, n. 193; 10 maggio 2012, n. 118. Cfr. F. GUELLA, *"Accordi" imposti unilateralmente e "transitorietà" rinnovabile all'infinito: l'inevitabile mal funzionamento della leale collaborazione in un sistema costruito su categorie ambigue,* in *Le Regioni,* n. 5-6, 2018 1022.

è da addebitare, essenzialmente alla assenza di corrispondenza tra gli elenchi, statutari e costituzionale, nonché alla previsione di materie sconosciute rispetto a quelle degli statuti.

È il caso – già richiamato (*supra* par. 2.1) – della materia di competenza primaria della Regione "sviluppo della cooperazione e vigilanza sulle cooperative" (art. 4, n. 9), il cui nuovo contenuto è tale da escludere la disciplina della figura professionale del revisore cooperativo, alla luce della competenza concorrente *ex* art. 117, co. 3, Cost. in materia di "professioni", con un arretramento rispetto ai contenuti della previgente legislazione regionale[103].

4. Lo Statuto di autonomia del Trentino-Alto Adige/Südtirol: 50 anni e sentirli tutti

Il percorso svolto ha evidenziato come la transitorietà della "clausola di maggior favore" abbia, in realtà, assunto i caratteri di una transitorietà "infinita", stante la perdurante immobilità dei procedimenti di adeguamento degli statuti speciali. La principale conseguenza è un quadro delle competenze legislative delle Regioni speciali e delle Province autonome sicuramente complesso e incerto.

La ricostruzione di questo quadro è, per la maggior parte, gravata sulla Corte costituzionale, che, si è fatta (e continua a farsi) carico del processo di attuazione della riforma del Titolo V, anche per le Regioni speciali. Per quanto tale contributo si connoti per il carattere casistico e la naturale inidoneità ad offrire indicazioni di carattere generale ai legislatori delle autonomie differenziate, l'analisi delle pronunce consente di ricavare alcuni criteri applicativi della clausola, nonché i più rilevanti esiti derivanti dalla sua applicazione. Questi ultimi sono stati analizzati con particolare riguardo allo statuto di autonoma del Trentino-Alto Adige/*Südtirol,* in cui gli elenchi delle competenze legislative sono duplicati, in virtù della sua ben nota architettura tripartita.

La domanda che, in conclusione, si pone è se le promesse della "clausola di maggior favore" siano state mantenute, ovvero se la relativa applicazione abbia effettivamente salvato le autonomie speciali da un processo di svilimento della loro autonomia, garantendo l'adeguamento automatico delle loro attribuzioni alle forme di autonomia più ampie riconosciute dalla riforma costituzionale del 2001 alle Regioni ordinarie. In breve: più o minor autonomia grazie alla "clausola di maggior favore"?

La risposta al quesito pare agevole e senza dubbio positiva in riferimento, ad esempio, al tema dei controlli, che ha portato ad un rafforzamento dell'autonomia speciale grazie all'applicazione del sistema di controllo successivo previsto dall'art. 127 Cost., in luogo di quello di tipo preventivo previsto dall'art.

[103] S. BARTOLE, *Esiste oggi una dottrina delle autonomie regionali e provinciali speciali?,* cit., 863.

55 Statuto di autonomia o all'abolizione dei controlli sugli atti amministrativi[104].

Ove si abbia, invece, riguardo alle competenze legislative, la risposta non può che essere più complessa e articolata, imponendo di distinguere tra i risultati dell'applicazione della "clausola di maggior favore" e quelli derivanti dalla complessiva interazione tra il sistema del regionalismo ordinario e quello/i della/e specialità. La Regione e le Province autonome possono usufruire senz'altro delle maggiori competenze, anche se soltanto quando sia possibile effettuare un confronto tra le diverse attribuzioni (mancanza della competenza o competenze comparabili) e, in questo caso, la nuova competenza attribuita deve essere considerata nel suo complesso (con il contenuto e i limiti del sistema in cui è inserita). In tutti gli altri casi rimangono ferme le particolari attribuzioni che si possono ricavare dallo statuto speciale e già concretano forme di autonomia più ampie.

Questo, però, non è stato sufficiente ad impedire il riproporsi del processo di appiattimento delle autonomie speciali sull'autonoma ordinaria che aveva operato prima della riforma costituzionale[105]. Ciò avviene, soprattutto, attraverso la legislazione statale nelle materie trasversali (tutela della concorrenza, ordinamento civile, tutela dell'ambiente, livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali) che, alla luce della consolidata giurisprudenza costituzionale, dà corpo e sostanza ai limiti statutari alla potestà legislativa primaria della Regione e delle Province autonome. Intensità non minore hanno mostrato i limiti derivanti dai principi fondamentali in materia di "coordinamento della finanza pubblica" o, ancora, la capacità delle nuove materie *ex* art. 117 Cost. di determinare una reinterpretazione *in peius* degli ambiti materiali attribuiti alla specialità (*supra* par. 3.2).

Tutte queste interferenze evidenziano come il rapporto tra sistema costituzionale e sistema statutario non sia declinabile esclusivamente in termini di separazione, ma anche di "contaminazione", perlopiù foriera di una restrizione dei margini dell'autonomia speciale e di un appiattimento delle differenze tra i due modelli di regionalismo. In diversi casi (basti pensare alla caccia) la potestà residuale è del tutto analoga alla potestà primaria nella stessa materia prevista dagli statuti speciali o, ancora, la potestà primaria risulta limitata dalle materie trasversali statali.

[104] Invero, per la Regione Trentino-Alto Adige/*Südtirol* e le due Province autonome la soppressione del controllo è stata formalmente prevista dal d.lgs. 14 settembre 2011, n. 166, recante «Norme di attuazione dello Statuto speciale per la Regione Trentino-Alto Adige recanti modifiche ed integrazioni al decreto del Presidente della Repubblica 15 luglio 1988, n. 305, in materia di controllo della Corte dei conti».

[105] A. D'ATENA, *Passato, presente… e futuro delle autonomie regionali speciali,* in *Rivista AIC,* n. 4, 2014, 8.

Quanto precede ci pone, quindi, di fronte ad una evoluzione significativa sotto il profilo sostanziale degli statuti speciali, pur in assenza di una revisione formale complessiva. Lo statuto di autonomia del Trentino-Alto Adige/*Südtirol* non è più quello di 50 anni fa e la sua lettera non corrispondere più al diritto vivente statutario, come interpretato dal giudice delle leggi.

La soluzione definitiva della complessità interpretativa che ne consegue potrebbe venire soltanto dalla riscrittura dello statuto di autonomia, che, come detto, le due Province avevano tentato di intraprendere attraverso l'elaborazione di proposte di modifica da parte di organi *ad hoc*, chiamati a raccogliere le istanze della società civile (*supra* par. 3). Dopo tale insuccesso, non sono, allo stato, in atto tentativi di riscrittura, forse per il timore che la procedura di revisione statutaria, non ispirata al principio dell'intesa, possa dar luogo a previsioni meno favorevoli rispetto a quelle attuali[106]. Tuttavia, solo ripensando la complessiva configurazione della propria autonomia, all'interno di un quadro di rapporti Stato – Regioni, che è profondamente mutato, la Regione e le due Province autonome potranno fare chiarezza anche sull'ampiezza e consistenza delle proprie competenze legislative.

Nelle more di questa *best solution,* una possibile soluzione temporanea alle problematiche poste dalla "clausola di maggior favore", e dalla interazione tra modello costituzionale e modello/i statutario/i passa dalle norme di attuazione. Le potenzialità di tale strumento non sono state, ad oggi, adeguatamente sfruttate, per quanto l'art. 11 della Legge La Loggia non abbia mancato di riconoscere alle Commissioni paritetiche previste dagli statuti delle Regioni a statuto speciale, «in relazione alle ulteriori materie spettanti alla loro potestà legislativa» ai sensi dell'art. 10 della legge cost. n. 3 del 2001, il potere di «proporre l'adozione delle norme di attuazione per il trasferimento dei beni e delle risorse strumentali, finanziarie, umane e organizzative, occorrenti all'esercizio delle ulteriori funzioni amministrative»[107].

L'importanza di tale fonte nella definizione delle competenze, anche legislative, delle Regioni speciali è ben evidenziata dalla giurisprudenza costituzionale che in molte decisioni ha fondato il riconoscimento delle competenze statutarie proprio sul dettato esplicito delle norme di attuazione[108]. Come in più occasioni evidenziato, queste ultime possono anche avere un contenuto *praeter legem*, «nel senso di integrare le norme statutarie, anche aggiungendo ad esse

[106] R. TONIATTI, *Amending the Amending Procedure,* in *Europa Ethinca,* vol. 79, n. 1-2, 2022, 49.

[107] Tra le poche norme di attuazione adottate: D.lgs. 12 aprile 2006, n. 168 («Norme di attuazione dello statuto speciale della regione Trentino-Alto Adige in materia di controlli igienico-sanitari sulle merci all'importazione ed assistenza sanitaria negli istituti penitenziari»). I. RUGGIU, *Regioni speciali, norme di attuazione e clausola di adeguamento (art. 10, l. cost. 3/2001),* in R. BIN, L. COEN (a cura di), *L'impatto del Titolo V sulle Regioni speciali: profili operativi,* Udine, 2012, 23.

[108] S. PARISI, *La potestà primaria alla deriva? Spunti ricostruttivi per ripensare un luogo comune,* cit., 863.

qualche cosa che le medesime non contenevano», con il «limite della corrispondenza delle norme alla finalità di attuazione dello statuto»[109].

In questi vent'anni, tuttavia, l'uso delle norme di attuazione in funzione di consolidamento delle nuove competenze derivanti dall'applicazione della "clausola di maggior favore" è stato limitato, anche in riferimento alla Regione Trentino-Alto Adige/*Südtirol* e alla Provincia autonome, che da sempre hanno fatto ampio uso di tale strumento per ampliare la loro autonomia. Una sola, significativa, eccezione è rintracciabile con riguardo alle competenze provinciali in materia di grandi derivazioni a scopo idroelettrico, elevate al rango di potestà concorrente *ex* art. 117, co. 3, Cost., in virtù dell'applicazione della "clausola di maggior favore". In coerenza con questa interpretazione, sono state adottate nuove norme di attuazione che hanno riformulato l'art. 1-*bis* del d.P.R. n. 235 del 1977[110], sfruttando la nuova base legittimante di cui le precedenti devoluzioni di portata esclusivamente amministrativa, non potevano giovarsi[111]. Ovviamente il riconoscimento del regime costituzionale ha comportato l'estensione del relativo "statuto" regolativo, inclusa l'interferenza delle materie trasversali[112].

Questa interferenza può essere superata soltanto attraverso una revisione delle norme statutarie: di qui la modifica dell'art. 13 dello statuto di autonomia, per quanto attraverso la procedura semplificata e negoziata dettata dall'art. 104 dello statuto stesso[113]. L'articolo novellato attribuisce ora alle Province autonome una peculiare competenza legislativa in materia di concessioni per grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico, assoggettata ad una serie di limiti che, dal punto di vista testuale, non coincidono del tutto con quelli indicati nelle altre norme dello statuto che delineano la potestà legislativa primaria della Regione e delle Province (artt. 4 e 8). Di qui l'interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale, ai sensi della quale «l'art. 13 dello statuto non autorizza in alcun modo le Province autonome a superare i limiti fissati dall'art. 4 del medesimo statuto per l'esercizio di una competenza legislativa primaria»[114].

[109] Corte cost. 6 maggio 2009, n. 132.

[110] D.lgs. 15 aprile 2003, n. 118 («Norme di attuazione dello statuto speciale della regione Trentino-Alto Adige che integrano e modificano disposizioni in materia di concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico») e d.lgs. 7 novembre 2006, n. 289 («Norme di attuazione dello statuto speciale della regione autonoma Trentino-Alto Adige/*Südtirol*, recanti modifiche al decreto del Presidente della Repubblica 26 marzo 1977, n. 235, in materia di concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico»).

[111] F. GUELLA, S. MANICA, *A metà del guado, dalla norma di attuazione alla legge costituzionale: competenze sull'energia idroelettrica e revisione dello Statuto del Trentino-Alto Adige/*Südtirol, in *Le Regioni,* n. 2, 2018, 346.

[112] Corte cost. 25 febbraio 2014, n. 28.

[113] Legge 27 dicembre 2017, n. 205, parr. 833 e 834. Parla di «singolare intervento riformatore»: Corte cost. 10 maggio 2022, n. 117.

[114] Corte cost. 10 maggio 2022, n. 117, punto 6 del *Considerato in diritto.*

La vicenda è sicuramente emblematica delle potenzialità delle norme di attuazione nel consolidamento delle nuove acquisizioni di competenza realizzate per il tramite della "clausola di maggior favore", ma anche, più in generale, nonché nel preservare l'intangibilità delle materie statutarie. Le norme di attuazione possono costituire un importante strumento per blindare l'autonomia speciale e le nuove attribuzioni conquistate. Ma – come ancora evidenzia il caso richiamato – il peso del mantenimento della specialità non può gravare solo su tale fonte: soltanto una riforma delle regole costituzionali degli statuti speciali può essere in grado di frenare il fenomeno di graduale assimilazione dei due modelli di regionalismi, ordinario e speciale. La vicenda delle competenze provinciali in materia di grandi derivazioni d'acqua evidenzia, altresì, come questo ripensamento della specialità non possa essere di natura puntuale, stante il rischio di introdurre nuove incongruenze e difficoltà interpretative. Quello che serve è un ripensamento complessivo della specialità che passi attraverso una riconfigurazione del quadro competenziale, e sia capace di coniugare le novità del regionalismo ordinario con le perduranti esigenze di differenziazione, alla base della previsione della/e specialità.

UNA FONTE A GEOMETRIA VARIABILE: LA DIRETTIVA SUL DISBRIGO DEGLI "AFFARI CORRENTI"

ENRICO CAMPELLI[*]

Sommario

1. Il tema. – 2. Struttura e tipologia della direttiva. – 3. Gli spazi rivendicati: una analisi dei contenuti delle direttive. – 4. Conclusioni e attualità: un perimetro variabile.

Abstract

The essay aims to organically analyze the directive for current affairs in the Italian system of legal sources. An instrument of difficult normative categorization, the directive on current affairs provides important evidence of the multiple transformations happening nowadays between Parliament and Government. The following pages aim precisely at the analysis of an instrument designed to guarantee the principle of institutional continuity and which, in the Italian legal system, has in recent decades come to be consolidated and expanded also and above all due to political factors.

Suggerimento di citazione

E. CAMPELLI, *Una fonte a geometria variabile: la direttiva sul disbrigo degli "affari correnti"*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[*] Assegnista in Diritto Pubblico Comparato presso il Dipartimento di Scienze Umanistiche e Sociali dell'Università di Sassari e *Chargé d'enseignement* presso SciencesPo, Menton Campus.

Contatto: enrico.campelli.ec@gmail.com.

© 2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 3/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Il tema

Il 21 luglio u.s. Il Presidente della Repubblica ha - come è prassi - invitato il Primo Ministro dimissionario Mario Draghi a rimanere in carica per il "disbrigo degli affari correnti". La ritualità di questa formula ben nota non deve indurre a semplificazioni. Va ribadito infatti che appunto di *prassi* si tratta, ancorché consolidata, che la locuzione "disbrigo degli affari correnti" non appare in alcun luogo della carta costituzionale, e che l'esatto significato da attribuirle è materia di discussione.

Di tale misura, peraltro, ben si comprende la necessità. Anche nelle sempre più comuni fasi di transizione politico-istituzionale tra Governi, il principio di continuità resta infatti, un punto fermo degli ordinamenti costituzionali contemporanei. L'idea che si debba sempre garantire la continuità degli organi costituzionali nell'esercizio delle loro funzioni è infatti ormai ben radicata nel diritto pubblico contemporaneo, e diretta conseguenza delle passate esperienze europee. Le pagine che seguono si propongono per l'appunto l'analisi di uno strumento preposto ad assolvere una simile funzione di continuità e che nell'ordinamento italiano è negli ultimi decenni venuto a consolidarsi e dilatarsi: la circolare che definisce l'ambito in cui legittimamente operare per il disbrigo degli affari correnti. Si tratta di una direttiva destinata ai Ministri, Viceministri e Sottosegretari, che viene approvata da parte del Presidente del Consiglio dei ministri contestualmente alle sue dimissioni, con l'obiettivo di determinare il perimetro di intervento del Governo (e delle relative strutture) circoscrivendolo, appunto, agli affari correnti, ossia a quelli necessari, perché già in itinere o dovuti a causa di obblighi di varia natura, o a quelli straordinari, perché dettati da urgenze, esigenze e necessità indefettibili.

Prima di procedere a questa analisi, tuttavia, è indispensabile una sia pur breve riflessione sulla natura formale dell'atto in analisi. Non sfuggirà infatti che nelle righe precedenti esso – in continuità, per così dire, con l'uso corrente – sia stato definito con due termini, *circolare* e *direttiva*, che la dottrina considera in effetti nient'affatto equivalenti e dunque non reciprocamente sostituibili. Sebbene dunque la prassi linguistica corrente – talvolta anche nelle comunicazioni ufficiali – tenda ad usare indifferentemente l'una o l'altra di tali denominazioni, è qui necessario soffermarsi specificamente sui criteri che la dottrina ritiene, a questo riguardo, tipologicamente significativi. Si tratta per la verità di un dibattito reso particolarmente complesso dal fatto che la stessa definizione di direttiva risulta essere «*fra le meno "limpide" del nostro ordinamento*»[1], un esempio di quei «*concetti elastici, volutamente indefiniti, che emergono nelle fasi di transizione, allorché l'evoluzione fattuale e normativa*

[1] R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Giuffrè, Milano, 1988; cit. da E. CATELANI, voce "Direttiva" in *Dizionario di Diritto Pubblico*, S. CASSESE (a cura di), Giuffrè, Milano, 2006, 1854.

dell'ordinamento pone l'interprete e l'operatore pratico di fronte a nuovi fenomeni difficilmente inquadrabili nelle categorie dommatiche tradizionali»[2]. Soprattutto in ambito amministrativo, il potere di direttiva sembra in effetti essere collocato in una "zona d'ombra" del diritto[3], tra attività legislativa e attività amministrativa[4]. Essa – specificamente intesa in riferimento al potere di indirizzo politico del Presidente del Consiglio[5], come stabilito dalla legge n. 400[6] del 23 agosto 1988 – si colloca, come è stato autorevolmente osservato[7], in uno spazio di relativamente elastica distinzione fra l'atto politico puro ed il puro atto amministrativo, e costituisce piuttosto «un quadro assiologico per governare in modo evolutivo l'amministrazione»[8], «*un ricettacolo di fenomeni alquanto diversi*»[9] in un contesto contrassegnato da molteplici livelli di mediazione, tipici e irrinunciabili dell'agire politico. Si tratta dunque di uno strumento intersoggettivo di *soft law*, privo di efficacia diretta, al quale non pertiene l'esercizio di un potere ordinatorio o di avocazione come è proprio di un rapporto gerarchico. In estrema sintesi è plausibile ritenere che il criterio più affidabile per una distinzione relativamente efficiente fra la nozione di direttiva – come intesa dalla legge predetta[10] – e quella di circolare, sia da connettere precisamente al problema dell'efficacia, come è dimostrato dal dibattito dottrinale che si è in particolare concentrato su questo elemento, individuando nella circolare un prevalente – ancorché non esclusivo - intento regolativo (con la relativa possibilità di sanzione rispetto all'eventuale violazione da parte dell'organo destinatario) ed alla direttiva un prevalente carattere di indirizzo, la cui efficacia è legata a una quantità di fattori di natura politico-

[2] Cfr. M. CLARICH, *La nozione di direttiva: problemi ricostruttivi e tendenze recenti*, in *Studi in onore di V. Palazzolo*, Giuffrè, Milano,1986, 228 e ripreso successivamente in F. MERUSi e M. CLARICH, voce "Direttiva", in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1990, 1.

[3] Cfr E. LONGO, *La mutazione del potere di direttiva del Presidente del Consiglio nella prassi più recente*, in *Osservatorio sulle fonti*, n.1/2009, 2.

[4] Cfr V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Giuffrè, Milano, 1957, 78 e riportato da F. MERUSI e M. CLARICH, voce "Direttiva", in *Enciclopedia Giuridica*, op. cit., 1 e F. MERUSI, F., *Le direttive governative nei confronti degli Enti di gestione*, Giuffré, Milano, 1965.

[5] Sulla disciplina normativa degli organi di governo e su come si esplica la funzione di indirizzo politico si veda, innanzitutto, E. CATELANI, *Poteri e organizzazione del governo nel contesto degli ordinamenti pluralistici contemporanei*, Tipografia editoriale pisana, Pisa, 2017.

[6] *Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*; cfr. in particolare l'art 5: *Attribuzioni del Presidente del Consiglio dei ministri.*

[7] E. CATELANI, *Contributo allo studio delle direttive interorganiche*, Giappichelli, Torino, 1999.

[8] E. CATELANI, voce "Direttiva" in *Dizionario di Diritto Pubblico*, S. CASSESE (a cura di), Giuffrè, Milano, 2006, p.1858.

[9] F. MERUSI e M. CLARICH, voce "Direttiva", in *Enciclopedia Giuridica*, op. cit., 1.

[10]Cfr. E. CATELANI, *Nuove tendenze nell'uso delle direttive interorganiche,* in U. De SIERVO (a cura di)*, Osservatorio sulle fonti,* Giappichelli, Torino, 1996, 247 ss.

amministrativa non interamente prevedibili[11]. In questo senso va allora riconosciuto che l'atto relativo al "disbrigo degli affari correnti" costituisce un particolare tipo di direttiva[12], che in quanto emessa dal Presidente del Consiglio del Ministri, manifesta nel più alto grado un intento programmatorio, progettuale e di indirizzo, fissando precise linee di condotta che autorità inferiori devono seguire. E ben si comprende come, al di là della "fluttuante" terminologia con la quale può essere occasionalmente indicato, tale atto – precisamente in quanto direttiva priva di potere sanzionatorio – non possa prevedere per sé altro che un livello di efficacia fortemente *critico*, esposto cioè a una rete di mediazioni e tensioni politiche che per un Governo giunto al termine del proprio mandato, spesso sulla base di marcati contrasti parlamentari, non può che presentarsi come particolarmente delicata e complessa.

Per quanto riguarda specificamente l'oggetto di queste note un'altra precisazione preventiva è necessaria. Si tratta della circostanza che sul *perimetro* degli affari correnti - la cui natura politica risulta di immediata evidenza - il diritto positivo non si esprime, e che non esiste quindi una codificazione chiara della materia a cui affidarsi. È proprio da questa mancanza che nasce, come accennato, la consolidata prassi per cui è il Presidente del Consiglio stesso, tramite direttiva, a tracciare i variabili confini dell'ordinaria amministrazione. Precisamente questa *geometria variabile*, che trae origine da esigenze potenzialmente in contrasto, tra l'esigenza di rispettare il sistema delle fonti del diritto e quella di dotare l'amministrazione di uno strumento rapido e "informale" per affrontare le transizioni, ha causato una progressiva dilatazione dello strumento della direttiva e, di riflesso, del ruolo di chi ne decide il perimetro. È questo, con tutte le limitazioni del caso, l'oggetto di studio delle pagine proposte.

È il caso, inoltre, di ribadire come il vasto tema della stabilità politica e amministrativa sia assolutamente centrale all'interno delle complesse dinamiche di un ordinamento democratico. Sono sufficienti, a rimarcare la centralità del tema, le parole di Leopoldo Elia, quando scrive (intendendo il concetto nei suoi termini formali e sostanziali) che:

«Lo studioso di diritto costituzionale deve prendere atto di questo favor *della stabilità, quale emerge dal sistema normativo, e deve trarne tutte le conseguenze in ordine agli inevitabili dubbi cui dà luogo la complessa disamina dei rapporti*

[11] Va esplicitamente osservato che si pone a questo proposito la delicata questione della eventuale validità di atti adottati in violazione di quanto previsto dalla direttiva o se la gestione delle eventuali violazioni vada considerata esclusivamente all'interno della dialettica politica. Questa seconda ipotesi peraltro sembra discendere direttamente dal più volte richiamato potere di indirizzo come caratterizzazione prevalente della direttiva. È precisamente in riferimento a tale caratterizzazione che può parlarsi di una "geometria variabile" in relazione alla fonte in questione.

[12] E. LONGO, *La mutazione del potere di direttiva del Presidente del Consiglio nella prassi più recente*, in *Osservatorio sulle fonti*, op. cit.

interorganici"[13]*. Sebbene l'instabilità governativa non possa essere considerata disgiuntamente dagli altri fenomeni della vita costituzionale, è parimenti indubbio che essa possiede una dimensione autonoma capace di provocare danni specifici al regolare funzionamento delle istituzioni.»*[14]

Non è certamente casuale, in ordine al tema della stabilità, ricordare, tra gli altri elementi, anche il fatto che la Costituzione italiana non preveda una scadenza per il Governo, a differenza di altri organi. Tale disposizione deriva dalla necessità per il Paese di avere sempre un Governo in carica e quindi dall'impossibilità che non vi sia un organo incaricato dell'esercizio esecutivo. Se per le altre cariche sono infatti previste figure supplenti, una simile fattispecie non è prevista per il Governo.

A questo stesso proposito è dunque certamente utile, anche alla luce della recente applicazione dell'art.88 della Costituzione da parte del Presidente della Repubblica Mattarella e il conseguente scioglimento delle Camere, un approfondimento circa le trasformazioni maturate nei rapporti istituzionali nel periodo in cui il Governo opera in "ordinaria amministrazione". Si tratta infatti di un periodo che, seppure normalmente assai limitato nel tempo, è solo apparentemente marginale nel contesto dei rapporti fra Parlamento e Governo. Una analisi delle diverse direttive a riguardo risulta infatti fortemente indicativa di una progressiva rimodulazione dei rapporti tra Governo e Parlamento: fenomeno - quest'ultimo - chiaramente riscontrabile, con modalità ovviamente specifiche, in buona parte degli ordinamenti contemporanei, e quindi meritevole di un attento approfondimento proprio in quanto indicatore critico di processi sotterranei e spesso nascosti, anche in riferimento alle stesse fonti del diritto.

I poteri riconosciuti al Governo dopo lo scioglimento delle Camere[15] e nel breve periodo dell'attesa di fiducia dopo la nomina del nuovo Presidente del Consiglio vengono normalmente compresi nel labile concetto di "ordinaria amministrazione". Secondo un'espressione assai frequente sia nella prassi parlamentare che nei testi legislativi, il Governo deve dunque limitare il suo operato al "disbrigo degli affari correnti" (*affaires courantes, l'aufende Geschäfte*)[16],

[13] L. ELIA, *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1958, 8.

[14] *Ibidem*, 12

[15] Va precisato, peraltro, come si vedrà più avanti, che vanno considerati in questa prospettiva anche i casi di direttive di Governi dimissionari in corso di legislatura e direttive di Governi sfiduciati in Parlamento.

[16] Si vedano, tra gli altri, B. S. MARKESINIS, *The Theory and Practice of Dissolution of Parliament*, Cambridge University Press, 1972; B. PETRONE, *La crisi di Gabinetto nello Stato parlamentare*, Roma, 1921; M. GALIZIA, *Crisi di gabinetto*, in Enciclopedia del diritto, volume XI, Milano, 1962; E. BULMER, *Dissolution of Parliament*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA), Stoccolma, 2nd edition, 2017 e P. SCHLEITER e T. G. FLEMING, *Parliamentary Prorogation in Comparative Context*, The Political Quarterly, Vol. 91, N. 3, luglio-settembre, 2020.

garantendo una continuità nell'azione amministrativa ma astenendosi dall'approvazione di atti di indirizzo politico. Tale sostanziale limitazione deriva evidentemente dalla mancanza di un ufficiale rapporto di fiducia in essere con il Parlamento (in fase di formazione del Governo dopo le elezioni, ma anche nel periodo finale della legislatura, soprattutto quando si ricorre ad uno scioglimento anticipato delle Camere) e non consente al Governo d'impegnare lo Stato in decisioni che non hanno il supporto dei rappresentanti del corpo elettorale. Si tratta, quindi, di un potere privo di una piena e completa legittimazione democratica.

La difficile composizione tra i due principi caratterizzanti del disbrigo degli affari correnti (correttezza istituzionale e continuità amministrativa) pone, come è evidente, una serie di questioni aperte e nient'affatto secondarie. In primo luogo, i potenziali conflitti istituzionali sull'attività di un Governo dimissionario. Una possibilità decisamente concreta a fronte di fasi emergenziali generalizzate, in cui la gravità e l'imprevedibilità dei contesti, e la conseguente rilevanza delle decisioni da prendere, spesso in contesti più ampi di quello nazionale, rendono decisamente più sfumato il confine su cui si regge la prassi di "affari correnti", dimostrandone piuttosto tutta l'instabilità e "mobilità".

La prassi del "disbrigo degli affari correnti", e gli sbiaditi confini che caratterizzano l'istituto, sono dunque la risultante di un compromesso tra necessità opposte. La prima, tipica di ogni ordinamento democratico, è che un Governo uscente non possa condizionare le attività dell'Esecutivo che sta per entrare in carica[17]. Per un principio di "correttezza istituzionale" - peraltro concetto anch'esso privo di una chiara formulazione formale - la compagine governativa uscente deve astenersi dal varare misure che possano andare in contrasto con una nuova maggioranza politica. Nello stesso tempo, va però assicurata una continuità dei poteri pubblici, specialmente di fronte a crisi di Governo che - evento tutt'altro che raro nell'attuale contesto europeo - possono protrarsi anche per mesi prima di giungere a soluzione[18]. Oppure di fronte a situazioni emergenziali che richiedono scelte immediate ed esecutive. Eventualità, questa, addirittura protagonista delle dinamiche costituzionali europee recenti. È proprio nella continua ridefinizione del perimetro di intervento del Governo in queste zone temporali grigie e "laterali" che è possibile tracciare una analisi di

[17] Si veda a questo proposito G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, F. PALLANTE, *Lineamenti di diritto costituzionale*, Le Monnier Università, Milano, 2014, 371.

[18] Si veda, per esempio, la direttiva emanata dal presidente Paolo Gentiloni il 29 dicembre 2017, contestualmente allo scioglimento delle Camere della XVII Legislatura, che ha spiegato i suoi effetti molto a lungo, fino al 1° giugno 2018. Viceversa, come si vedrà, infatti, alcune crisi parlamentari risoltesi nell'arco di pochissimi giorni, non hanno reso necessario il ricorso alle direttive relative al disbrigo degli affari correnti.

vecchi e nuovi rimodellamenti di poteri sotterranei tra i diversi organi costituzionali.

La determinazione dell'esatta portata di tali esigenze e quindi dell'ambito di competenza del Gabinetto dimissionario è problema assai dibattuto in dottrina. Alcuni interpretano la formula in senso restrittivo, distinguendo rigidamente tra atti amministrativi, i soli che sarebbero consentiti ad un Governo dimissionario, ed atti politici, assolutamente non legittimati[19]. Tuttavia, nella difficoltà di tracciare una linea di demarcazione così netta nella realtà, e nella consapevolezza che la distinzione fra atti politici ed atti amministrativi è «tutt'altro che pacifica»[20], è da sottolineare come all'Esecutivo dimissionario non possa ritenersi sottratta la funzione di Governo la quale, per sua stessa natura, non può subire soluzioni di continuità. Di conseguenza non possono ritenersi vietati al Gabinetto dimissionario quegli atti politici con cui si esercita la funzione di Governo.

Una seconda direzione per identificare chiaramente il perimetro di azione della "ordinaria amministrazione" è quello che fa riferimento alla distinzione fra attività vincolata ed attività discrezionale[21]. Anche questo percorso non sembra tuttavia bastevole per cogliere la complessità del presente, giacché sembra inevitabilmente implicare l'impossibilità, per il gabinetto dimissionario, di esercitare anche "semplici" poteri amministrativi, posto che ad ogni potere inerisce un margine più o meno ampio di discrezionalità, quanto meno relativamente ai modi con i quali condurne concretamente l'esercizio[22].

Una terza ipotesi interpretativa si sforza invece di analizzare letteralmente la formula "affari correnti": tali vengono considerati da taluno gli affari che sono stati iniziati dal Gabinetto precedentemente alle dimissioni e che non possono essere interrotti senza grave pregiudizio per l'interesse statale; da altri invece si ritiene che siano quelli urgenti, quelli cioè di cui non è possibile il rinvio e che debbono essere compiuti senza indugio dai ministri in carica. Entrambe le interpretazioni non sono però esenti da dubbi, laddove la visione degli "affari correnti" come "affari pendenti" risulta eccessivamente lassa, implicitamente ammettendo la possibilità che il Gabinetto porti discrezionalmente a

[19] Si vedano a questo proposito le posizioni di V. MICELI, *Le crisi di gabinetto: studio di diritto e di politica costituzionale*, Milano, Società Editrice Libraria,1904, 93; B. PETRONE, *La crisi di gabinetto nello Stato Parlamentare*, op. cit., 41 e E. CATELANI, *Poteri e organizzazione del governo nel contesto degli ordinamenti pluralistici contemporanei*, Tipografia Editrice Pisana, Pisa, 2017, 68 ss.

[20] P. VIRGA, *La crisi e le dimissioni del gabinetto*, Giuffrè, Milano, 1948. 52

[21] Si veda a questo proposito A. CRISCUOLI, *Il Gabinetto dimissionario (studio giuridico)*, in *Riv. Diritto Pubblico*, 1919, 56 ss.

[22] Per un'analisi più approfondita della nozione di discrezionalità sviluppatasi nell'ambito del diritto amministrativo si vedano soprattutto la ricostruzione fornita da M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939 e F. ROCCO, *Discrezionalità e controlli sul suo esercizio (Spunti e rilievi dogmatici)*, in *Il Foro Italiano*, Vol. 77, N. 1, 1954.

compimento quegli atti iniziati prima della presentazione delle dimissioni. La seconda è invece eccessivamente ristretta, poiché non è realistico, soprattutto in una ottica di diritto europeo e di diritto "oltre lo Stato"[23], ridurre la competenza del Governo dimissionario ai soli provvedimenti di urgenza. Quello che emerge dal dibattito dottrinale, nelle diverse sfumature delle posizioni, è in definitiva il consenso circa la necessità di porre un limite alle attività di indirizzo politico. Come riporta Rescigno, il Governo potrà: *«(…) compiere gli atti dovuti (obbligatori) e tutti quelli la cui proroga comporterebbe un apprezzabile danno dello Stato, mentre dovrà astenersi, sul piano della correttezza politica, da tutti quegli atti discrezionali che possono essere rinviati al futuro governo senza apprezzabile danno»*[24].

Manca, in ogni caso, un criterio rigorosamente preordinato o un generale consenso sul perimetro del "disbrigo degli affari correnti". L'orientamento prevalente, in linea con i contenuti delle direttive di cui si dirà, è dunque quello di considerare la formula il «*frutto di un autolimite di correttezza istituzionale*»[25] affidato alla piena discrezionalità del Governo o di una «*norma inespressa*»[26]. Proprio analizzando i limiti ai quali è sottoposta l'attività degli organi costituzionali che si trovino in regime di *prorogatio,* e dopo aver rilevato un primo ordine di limiti di natura propriamente giuridica (la cui violazione, pertanto, comporta, secondo i principi generali, l'illegittimità dell'atto), D'Orazio descrive un secondo ordine di limiti che, *«all'opposto dei precedenti, non sono fondati su espressi o impliciti divieti normativi, ma che sono tradizionalmente ricondotti ad un "complesso di principi e di regole" sia pure non scritte e persino non giuridiche, ma del pari tendenzialmente generali ed applicabili nei reciproci rapporti tra gli Organi costituzionali; regole non sempre omogenee, aventi una diversa carica di precettività di tipo deontologico, latamente elastiche e giuridicamente non sanzionate, almeno in modo diretto, e rientranti nella omnicomprensiva e corrente definizione di correttezza istituzionale»*[27].

2. Struttura e tipologia della direttiva

La prassi dei Presidenti del Consiglio di delimitare i poteri del proprio Governo tramite direttiva non è di facile sistematizzazione normativa. La prima difficoltà, tipica dell'ordinamento italiano, rimanda alla mancanza esplicita di

[23] Cfr S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

[24] G. U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, XIII ed., Zanichelli, Bologna, 2010, pag. 421 e ss. Sullo stesso tema si vedano anche P. CARETTI e U. De SIERVO, *Diritto costituzionale e pubblico*, III ed., Giappichelli, Torino, 2012 e R. BIN e G. PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, XIX ed., Giappichelli, Torino, 2019.

[25] Come formulato da O. PINI, *Il principio di continuità dei poteri pubblici e della funzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2020.

[26] R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011.

[27] G. D'ORAZIO, *Prorogatio* (dir. Costituzionale), Enciclopedia del diritto, 1988.

atti normativi sovra-ordinati rispetto alla pratica delle direttive e che aiutino nell'impervia operazione di perimetrarne il contenuto. Come già detto, in mancanza di una formalizzazione normativa stabile, almeno per quanto riguarda il contesto italiano, la definizione del perimetro di intervento del Governo è rimessa ad una direttiva interna, una comunicazione del Presidente del Consiglio ai membri del Governo che può presentare importanti variazioni in termini di contenuto. Tuttavia, nonostante si tratti di una prassi mai completamente uguale a sé stessa, i "confini di azione" stabiliti dall'Esecutivo sono ritenuti vincolanti. La seconda difficoltà, appunto, si connette direttamente all'ampia discrezionalità dello strumento, la cui natura auto-regolata genera atti molto diversi tra loro, utili tuttavia - dal punto di vista analitico - a "fotografare" i diversi momenti politici e istituzionali che li hanno generati. Un terzo ordine di difficoltà proviene infine dalla natura stesse delle direttive come atti interorganici interni alla Presidenza del Consiglio e quindi non pubblicati in *Gazzetta Ufficiale* (e che ne sottolinea il carattere di *interna corporis)*.

Fatte salve queste difficoltà preliminari, sono 8(10) le direttive adottate negli ultimi 20 anni e cioè, a partire dalla direttiva della Presidenza Amato II del marzo 2001, quelle dei governi Berlusconi (2006), Prodi (2008), Monti (2012), Letta (2014), Renzi (2016), Gentiloni (2017), Conte (2019), Conte (2021), fino alla recentissima direttiva della Presidenza Draghi del luglio 2022. E 'importante notare in questa sede come i brevissimi intervalli temporali intercorsi tra l'Esecutivo Letta e quello Renzi e poi quello Gentiloni non abbiano reso necessario ricorrere alla direttiva oggetto di questo studio, avvalorando la tesi che uno strumento con una simile flessibilità possa invece risultare determinante nella transizione istituzionale e politica di crisi di lunga durata[28] (si veda per questa fattispecie la direttiva Gentiloni).

Una analisi comparata delle direttive consente di individuare similitudini e differenze negli atti in esame. Nonostante, come detto, vasto sia il perimetro contenutistico, che verrà analizzato nelle pagine successive, dal punto di vista della struttura le direttive degli ultimi venti anni si ripetono secondo uno

[28] Nel primo caso, infatti, Enrico Letta si è recato dal Presidente della Repubblica per rassegnare dimissioni irrevocabili il 14 febbraio 2014, con il Segretario del PD Matteo Renzi investito dal Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano del mandato esplorativo per formare un nuovo Governo già il 17 febbraio, sciogliendo la riserva il 21 febbraio, presentando il suo Esecutivo e provvedendo al giuramento il 22 febbraio.

A seguito del risultato referendario, negativo per il Governo, Renzi ha invece rassegnato le dimissioni nelle mani del presidente della Repubblica Sergio Mattarella il 5 dicembre, il quale però le accetterà formalmente solo dopo l'approvazione definitiva da parte del Senato della legge di stabilità 2017 il 7 dicembre. Dopo numerose consultazioni da parte dei diversi partiti, il presidente della Repubblica Mattarella affida al ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale Paolo Gentiloni l'incarico di formare un nuovo Governo, incarico che lo stesso Gentiloni accetta, come da consuetudine, con riserva l'11 dicembre 2016 e sciogliendola già il giorno successivo.

schema semi-fisso: Come primo punto, il Presidente del Consiglio individua gli obiettivi che l'Esecutivo intende perseguire in nel periodo di tempo del disbrigo degli affari correnti; vi è poi il chiarimento dei limiti all'attività normativa e l'enunciazione degli atti che potranno essere adottati nel regime "limitato"; le eventuali nomine che possono essere fatte con i conseguenti limiti, le indicazioni relative alle relazioni internazionali che devono essere mantenute e gestite. Simili sono anche i richiami alle attività normative necessarie a non mancare scadenze europee o per l'emanazione di decreti-legge e per i decreti legislativi.

Variabili sono, ovviamente, i contenuti, soprattutto per ragioni legate alla contingenza politica. Sono precisamente queste differenze - in quanto indicatori chiave del contesto politico-istituzionale originario della crisi - ad essere al centro di questa breve analisi ed a costituire la vera variabile critica. «*L'espressione affari correnti non ha una definizione giuridica vincolante, ma si riempie di contenuto a seconda della prassi e delle necessità del momento. In linea generale si tratta non solo della ordinaria amministrazione ma anche della risposta a eventi straordinari come è il caso un sisma che rende indispensabile l'adozione di un decreto-legge. Così pure rientra nella definizione di affari correnti la presentazione di un disegno di legge di conversione di un decreto-legge in scadenza o l'adozione un decreto legislativo, soprattutto nel caso in cui la delega è in scadenza. L'espressione si identifica comunque «in negativo». Il Governo non può dare attuazione al suo programma di Governo o implementare grandi scelte strategiche*».[29]

«Il problema degli affari correnti non è il concetto in sé per sé, ma il contesto parlamentare in cui si trova ad operare il Governo. [..] Gli affari correnti sono un concetto elastico. Ma la politica può tirarlo in tutte le direzioni che vuole..o che non vuole»[30].

Prima di procedere ad una analisi dei contenuti delle direttive, ed allo scopo di fornire alcune indicazioni metodologiche, è bene notare un ulteriore elemento che consente di profilare una vera tipologia di tali atti. In effetti, un importante fattore capace di restringere o allargare il perimetro di intervento dell'Esecutivo in *prorogatio* deve essere individuato nelle cause che hanno portato alle dimissioni del Governo. Sono infatti tre gli scenari che configurano poteri decrescenti per l'esecutivo in via di sostituzione: direttive di Governi in carica allo scioglimento delle Camere, direttive di Governi dimissionari in corso di legislatura e direttive di Governi sfiduciati in Parlamento. È proprio in riferimento a questi tre scenari, ognuno ovviamente con specificità

[29] Così M. LUCIANI intervistato da A. GAGLIARDI, *Disbrigo degli affari correnti: cosa può fare il Governo dimissionario*, ne *Il sole 24 ore*, 21 agosto, 2019.

[30] Così S. CECCANTI, in D. BIANCO, *Draghi in affari correnti. Cosa può fare e cosa no, secondo il costituzionalista Ceccanti,* in *HuffPost*, 21 luglio, 2022.

assolutamente proprie, che verrà tratteggiata una analisi comparata dei diversi atti, laddove una analisi esclusivamente temporale delle direttive sembra essere meno indicativa, e scientificamente meno produttiva. La variabilità del tema, declinata in base ai diversi scenari possibili, è ben riportata da Elisabetta Catelani, quando afferma che «*l'esperienza più recente può consentire infatti anche di distinguere il Governo dimissionario conseguente a mozione di sfiducia o a dimissioni del Presidente del Consiglio, da quello che invece mantiene fino alla fine un rapporto di fiducia con un Parlamento in prorogatio, distinguendo poi gli ulteriori limiti che sorgono dopo le elezioni e prima che il nuovo Governo sia nominato*»[31].

3. Gli spazi rivendicati: una analisi dei contenuti delle direttive

In riferimento alle direttive di Governi in carica al momento dello scioglimento delle Camere, è evidente che l'Esecutivo limiti le proprie funzioni perché legato ad un Parlamento il cui mandato si è concluso, in base quindi ad un fisiologico principio di ricambio democratico e non per una crisi politica della maggioranza (espressa o meno tramite voto di sfiducia). Proprio da un simile scenario di transizione istituzionale "naturale", consegue una maggiore libertà di azione nell'attività normativa (pur limitata), in particolare rispetto all'emanazione dei decreti legislativi. Negli ultimi venti anni, in questa fattispecie rientrano le direttive dei Governi Amato (2001), Berlusconi (2006) e Gentiloni (2017), le quali non mancano di specificare immediatamente, nel testo, che certamente lo scioglimento delle Camere impone al Governo una ridefinizione dei poteri, ma che la fiducia delle Camere non è venuta a mancare, «*come se si volesse subito sottolineare che il rapporto con la maggioranza del Parlamento rimane inalterato, anche se le funzioni sono inevitabilmente ridotte*»[32].

«*Lo scioglimento anticipato delle Camere, disposto dal Presidente della Repubblica, apre una particolare fase della vita costituzionale*» - è l'incipit di tutte e tre le direttive –

- «*caratterizzata dal richiamato scioglimento del Parlamento e, allo stesso tempo, dalla permanenza in carica del Governo, cui non è venuta meno la fiducia del Parlamento stesso*» (direttiva Amato);
- «*caratterizzata dalla prorogatio parlamentare e dalla permanenza in carica del Governo, cui non è venuta a mancare la fiducia del Parlamento*» (direttiva Berlusconi);

[31] E. CATELANI, *Poteri del Governo in "ordinaria amministrazione" e rapporti con il Parlamento fra norme costituzionali, regolamenti parlamentari e direttive del Presidente del Consiglio*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018, pag.3.

[32] E. CATELANI, *Poteri del Governo in "ordinaria amministrazione" e rapporti con il Parlamento fra norme costituzionali, regolamenti parlamentari e direttive del Presidente del Consiglio*, op. cit., pag. 4.

- «*caratterizzata dall'attività delle Camere in regime di prorogatio e, allo stesso tempo, della permanenza in carica del Governo, cui non è venuta meno la fiducia delle stesse Camere*» (direttiva Gentiloni).

Nei tre documenti in oggetto è specificato come l'attività di Governo verta sul perseguimento di tre finalità: dare attuazione alle leggi approvate dal parlamento ivi comprese le leggi delega, in particolare qualora il rinvio alla prossima legislatura non consentisse il rispetto dei termini della delega medesima; assicurare la prosecuzione dell'attività europea ed internazionale (con le direttive Amato e Berlusconi che specificano: «*con particolare riferimento alla fase di preparazione dei prossimi Consigli europei e del vertice g8, nonché all'attuazione delle politiche concordate a livello comunitario ed internazionale*»); garantire la continuità dell'azione amministrativa, «*con particolare riguardo ai provvedimenti ovvero alle iniziative finalizzati all'attuazione degli obbiettivi di politica economica e finanziaria, nonché al rispetto degli obblighi e dei parametri comunitari*» e, come aggiunge la direttiva Gentiloni, «*all'attuazione tempestiva di specifiche disposizioni di legge.*» In riferimento all'attività normativa viene chiarito che «*si provvederà, entro i limiti indicati, all'attuazione delle leggi, con particolare riferimento all'esercizio delle deleghe legislative e all'emanazione di regolamenti governativi e ministeriali previsti dall'attuazione delle leggi stesse*».

Proprio la direttiva Gentiloni riesce ad illustrare la non completa coincidenza tra "disbrigo degli affari correnti" e "ordinaria amministrazione": in quell'occasione, nel corso di una crisi prolungatasi molti mesi, il Governo Gentiloni ha provveduto ad emanare un numero decisamente consistente di decreti legislativi (ventisei), di varia natura. Proprio l'incertezza legata ai tempi della crisi e conseguentemente alla necessità di ricalibrare il perimetro dell'intervento governativo, ha spinto per una auto-legittimazione del Governo, che ha emanato anche decreti legislativi con delega non scaduta, indipendentemente dalla reale urgenza nell'adozione degli stessi. Se è evidente che nella nozione di affari correnti sia compresa anche l'emanazione di decreti legislativi, è altrettanto chiaro che l'imprevisto protrarsi della crisi di Governo abbia causato in questo caso un dilatarsi del perimetro di intervento dello stesso, legittimando in modo ampio anche atti lontani dall'essere in scadenza.

Per quel che riguarda le direttive di Governi dimissionari durante il corso della legislatura, il Governo si limiterà ad adottare solo atti urgenti e ad assicurare la continuità amministrativa. Il limite trova in questo caso la sua origine nel venir meno della base parlamentare su cui il mandato esecutivo si basava (pur in assenza di un esplicito voto di sfiducia). Oltre agli atti Monti e Conte, ricade in questa fattispecie anche la recentissima direttiva emanata da Draghi, di cui si dirà più avanti. In questi tre documenti, viene chiarito a conclusione del testo che «*tutti i Ministri sono invitati a predisporre sollecitamente ogni utile elemento e documentazione circa l'organizzazione ed il funzionamento dei*

Dicasteri e dei Dipartimenti cui sono preposti, nonché sullo stato delle attività e delle iniziative in corso, al fine di una completa e tempestiva informazione nei confronti della Presidenza del Consiglio; sono altresì invitati a fornire un elenco con tutte le attività amministrative in corso di esecuzione o comunque in scadenza» e, nella sezione dei testi relativa all'attività normativa viene specificato che «*resta subordinata all'assenso della Presidenza del Consiglio dei Ministri l'emanazione di regolamenti, direttive o circolari ministeriali*».

Sempre relativamente all'attività normativa viene sottolineato che: «*ai soli fini di evitare la scadenza dei termini, si provvederà agli adempimenti prescritti dalla Costituzione, dalla legge n. 400 del 1988 e dalle leggi di delega per l'approvazione, anche in esame preliminare, di decreti legislativi*».

Nel caso invece di un Governo esplicitamente sfiduciato in Parlamento tramite voto, il perimetro di azione dell'Esecutivo è, ovviamente, ulteriormente ristretto. E' questo il contesto in cui nasce la direttiva Prodi del 2007 che, riproponendo quanto già stabilito nelle direttive adottate dai precedenti Presidenti del Consiglio dimissionari, precisa che «*non saranno adottati regolamenti governativi o ministeriali, salvo che la legge preveda termini per la loro emanazione (...) o quest'ultima sia richiesta come condizione di rispetto degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea o di operatività delle pubbliche amministrazioni; saranno, comunque, approvati soltanto i regolamenti per i quali risulti già in stato avanzato il procedimento di adozione*». Come nelle altre direttive, la possibilità di emanare decreti legislativi è mantenuta, ma in quest'unico caso si precisa che «*qualora sia intervenuto il previsto parere parlamentare, si provvederà in coerenza con lo stesso*». Così da rendere, come nota Catelani, «*il parere delle Commissioni parlamentari competenti da meramente obbligatorio a vincolante*»[33].

Esistono peraltro piccoli dettagli-chiave che bene inquadrano gli atti in analisi e dimostrano quanto i documenti oggetto di queste pagine non possano essere analizzati esclusivamente come strumenti di diritto positivo ma sia necessaria altresì una lettura, questa volta di tipo cronologico, capace di inquadrarle in specifici momenti politici istituzionali del nostro ordinamento. Oltre ai riferimenti, già citati, «*alla preparazione dei prossimi Consigli Europei e del Vertice G8, nonché all'attuazione delle politiche concordate a livello comunitario ed internazionale*» e previsti dalle direttive Amato e Berlusconi (con quest'ultima che aggiunge la dicitura «*nel quadro degli organismi di cooperazione*»), le successive direttive - Prodi e Monti - nate da esperienze parlamentari molto diverse, sono le uniche a porre l'accento, nella delineazione delle prerogative governative, sui problemi dell'occupazione, degli investimenti pubblici e sui

[33] E. CATELANI, *Poteri del Governo in "ordinaria amministrazione" e rapporti con il Parlamento fra norme costituzionali, regolamenti parlamentari e direttive del Presidente del Consiglio*, op. cit., pag 5.

processi di liberalizzazione e di contenimento della spesa pubblica, con un ovvio rimando al largo dibattito, europeo ed italiano, tanto centrale nell'esperienza Monti. Il testo Prodi è inoltre l'unica a menzionare esplicitamente i contratti nazionali di lavoro tra gli atti urgenti. Il documento Conte I è il primo ad avere uno specifico riferimento ai procedimenti amministrativi con termini perentori, tra cui il *golden power*, riferimento mantenuto nella successiva direttiva, la prima a contenere riferimenti all'emergenza sanitaria globale, quando nella sezione "Governo", sancisce che: «*Il Governo rimane impegnato nel disbrigo degli affari correnti, nell'attuazione delle determinazioni già assunte dal Parlamento e nell'adozione degli atti urgenti, ivi compresi gli atti legislativi, regolamentari ed amministrativi, necessari per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e ogni relativa conseguenza.*» Interessante notare come a partire dai testi relativi agli Esecutivi Conte, non vi sia più alcun riferimento nelle direttive alle relazioni sindacali, previsto in tutti gli atti fino al 2019.

In ottica comparativa, il documento Draghi del 21 luglio 2022, ultimo in ordine cronologico, acquisisce una rilevanza specifica nell'analisi proposta. In linea con uno progressivo allargamento del perimetro di intervento governativo, già emerso nelle più recenti esperienze dell'Esecutivo Conte e precedentemente ravvisabile nell'intensa attività normativa del Governo Gentiloni, il testo in oggetto allarga ulteriormente lo spazio di intervento concesso al Governo dimissionario, anche in ragione di elementi di instabilità internazionale ineludibili dal punto di vista politico-istituzionale.

Il testo appena citato prevede infatti, nelle sue primissime righe, uno spazio di intervento necessariamente ampio per il Governo che «*rimane impegnato nel disbrigo degli affari correnti, nell'attuazione delle leggi e delle determinazioni già assunte dal Parlamento e nell'adozione deli atti urgenti, ivi compresi gli atti legislativi, regolamentari e amministrativi necessari per fronteggiare le emergenze nazionali, le emergenze derivanti dalla crisi internazionale e la situazione epidemiologica da COVID-19. Il Governo rimane altresì impegnato nell'attuazione legislativa, regolamentare e amministrativa del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale per gli interventi complementari (PNC)*».

Rilevanti le novità inserite in merito all'attività normativa e alle relazioni internazionali. Relativamente alla prima il testo precisa che «*il Consiglio dei Ministri non esaminerà nuovi disegni di legge, salvo quelli imposti dagli obblighi internazionali e comunitari, compresi quelli legati all'attuazione del PNRR e del PNC. Qualora ricorrano i presupposti di cui all'art. 77 della Costituzione, potrà procedersi all'adozione di decreti-legge. Si provvederà agli adempimenti prescritti dalla Costituzione, dalla legge n.400 del 1988 e dalle leggi di delega per l 'approvazione, anche in esame preliminare, di decreti legislativi, compresi quelli previsti dal PNRR e dal PNC. Non saranno adottati regolamenti governativi o ministeriali, salvo che la legge imponga termini per la loro emanazione o quest'ultima*

sia richiesta come condizione di rispetto degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea o di operatività delle pubbliche amministrazioni, ovvero siano necessari per l'attuazione delle leggi già approvate dal Parlamento e per l'attuazione del PNRR e del PNC. Potranno, comunque, essere approvati i regolamenti per i quali risulti già in stato avanzato il procedimento di adozione. Resta subordinata all'assenso della Presidenza del Consiglio dei Ministri l'emanazione di regolamenti, direttive o circolari ministeriali».

Da rilevare anche le aggiunte sul tema delle relazioni internazionali, resesi necessarie dal protrarsi della crisi ucraina. A questo proposito il testo sancisce che: «*le missioni all'estero dei componenti del Governo saranno subordinate ad autorizzazione della Presidenza del Consiglio. È garantita la partecipazione italiana, anche a livello governativo, alle riunioni per Commissioni a livello tecnico o preparatorie di riunioni obbligatorie, nonché alle riunioni ministeriali e ai vertici, previsti in sede di Unione Europea e di organizzazioni internazionali incluse ONU, NATO, OCSE, OSCE, INCE, di Consiglio d'Europa e di G7 e G20. Saranno subordinate all'autorizzazione della Presidenza del Consiglio le missioni internazionali finalizzate a negoziati o alla firma di accordi internazionali anche correlati alla situazione di crisi internazionale e alle sue conseguenze».*

Nel conferire a Mario Draghi l'incarico di formare il nuovo Governo, il Presidente Mattarella ha specificato che non dovesse identificarsi in "nessuna formula politica". L'idea era dunque quella di un Governo di natura tecnica, un Esecutivo guidato – completamente o in gran parte – da figure esterne alle forze politiche, voluto dal Capo dello Stato per traghettare il Paese fuori dall'attuale fase di crisi sanitaria, economica e sociale. Nella storia repubblicana, i precedenti di figure esterne chiamate a guidare Governi cosiddetti tecnici sono quattro: Ciampi, Dini, Monti e Draghi. Le caratteristiche delle direttive sugli affari correnti nelle esperienze Monti e Draghi sembrano confermare come il perimetro delle prerogative governative sia più ampio in caso di Esecutivi tecnici, ma simili esperienze devono ovviamente essere analizzate relativamente ai contesti che le hanno generate[34]. Non ci si può dunque esimere dal sottolineare la circostanza che il maggior spazio rivendicato nella direttiva Draghi sia in grande misura funzione di una congiuntura storica particolarmente aspra, fra una profonda crisi economica in atto, una emergenza sanitaria senza precedenti, ed un conflitto - potenzialmente mondiale - nel cuore dell'Europa. Come si è infatti avuto modo di approfondire nelle pagine precedenti, seppure con

[34] Si vedano a questo proposito, tra gli altri, N. LUPO, *Il (minacciato) Governo neutrale: l'ultima evoluzione del Governo tecnico?*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2018; F. DURANTI, *Governi tecnici comparati*, in *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, n.2, 2019;N. LUPO, *Un governo 'tecnico-politico'? Sulle costanti nel modello dei governi 'tecnici', alla luce della formazione del governo Draghi*, in *Federalismi*, n.8, 2021; C. SICCARDI, *Organi tecnici e produzione normativa*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022.

confini variabili, è proprio la "politicità" del Governo ad essere sacrificata nella fase di transizione istituzionale. Non è quindi un caso, bensì una implicazione politico-istituzionale virtualmente ineliminabile, il fatto che le prerogative di un Esecutivo tecnico - per propria natura posto di fronte a problemi urgenti di ampia portata che sembrano richiedere efficaci e immediati interventi operativi piuttosto che complesse mediazioni politiche - siano in grado di esercitare maggiore resistenza alle limitazioni imposte dalla incerta fase degli affari correnti.

4. Conclusioni e attualità: un perimetro variabile

Nel caso delle dimissioni del Governo Draghi, il Presidente della Repubblica, nel messaggio in cui annunciava lo scioglimento delle Camere, ha da un lato riconosciuto l'esistenza di importanti limiti all'agire di un Governo dimissionario, ma ha altresì affermato come quest'ultimo abbia tutti gli strumenti per operare, sottintendendo, soprattutto per un Esecutivo trasversale come quello Draghi, un perimetro di intervento piuttosto ampio. Le ragioni del dilatarsi di questo perimetro travalicano ovviamente l'esperienza dell'esecutivo Draghi e trovano le loro radici in delicati processi in corso, il primo e più rilevante dei quali riguarda un progressivo cambiamento del ruolo del Presidente del Consiglio[35] e dello strumento della direttiva, soprattutto dopo l'approvazione della legge n.400 del 1988[36], vero "spartiacque" nello studio delle direttive[37]. Il carattere informale e rapido che caratterizza lo strumento in questione, congiuntamente ad una scarsa regolamentazione legislativa della stessa, ne ha fatto «*un mezzo di esercizio di poteri amministrativi (e spesso anche normativi), tali da sfuggire a qualsivoglia forma di controllo, e da insinuarsi all'interno del sistema delle fonti del diritto, provocandone talune dilatazioni*»[38]. Proprio questi nuovi scenari che, come detto, avevano trovato spazio in esperienze simili (per esempio la direttiva del Governo Gentiloni, a cui quella di Draghi si lega idealmente), aprono ora - in combinato disposto con le necessità di contrastare gli effetti di una profonda crisi economica, di non mancare l'appuntamento con le

[35] Per una rapida disamina si vedano L. DELL'ATTI, *Elementi costituzionali dell'organo presidente del consiglio dei Ministri. Un aggiornamento alla luce dell'esperienza dei governi Conte*, in AIC, n.3/2021; R. PALENCA TABULAZZI, *Il ruolo del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esperienza repubblicana tra spinte riformiste e conservatorismi*, in Amministrazione in Cammino e S. CASSESE, A. MELLONI, A. PAJNO, *I presidenti e la presidenza del Consiglio dei ministri nell'Italia repubblicana,* Laterza Edizioni, Roma-Bari, 2022.

[36] Per una analisi più approfondita si rimanda a A. RAZZA (a cura di), *La Presidenza del Consiglio dei Ministri a trent'anni dalla legge n. 400 del 1988*, Atti del Convegno di Studi del 20 febbraio 2018, Roma, Università LUISS Guido Carli; G. TARLI BARBIERI, *La disciplina del ruolo normativo del Governo nella legge n. 400 del 1988, ventinove anni dopo*, in Osservatorio sulle fonti, n. 1/2018 e S. Troilo, *La struttura del governo*, in Osservatorio sulle fonti, n. 1/2019.

[37] E. CATELANI, *Nuove tendenze nell'uso delle direttive interorganiche,* in U. DE SIERVO (a cura di)*, Osservatorio sulle fonti,* op. cit., 251.

[38] D. RISO, *Le circolari a contenuto normativo*, in *LexItalia.it*.

scadenze relative al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, garantire una risposta efficace all'attuale fase pandemica e intervenire con strumento di lungo periodo nell'attuale, delicatissimo, contesto geopolitico - nuovi spazi di interpretazione sul ruolo della direttiva in generale, e sulle prerogative governative in casi analoghi.

Nel quadro di un progressivo ricalibramento del sistema delle fonti, la direttiva gioca oggi un ruolo di crescente protagonismo, ma dai caratteri inediti e ambivalenti. Nella prassi, infatti, il crescente uso di tali strumenti è direttamente collegabile alla legge n.400 del 1988[39], con la quale non solo si è regolata l'attività di un organo "uno e trino"[40] come il Governo, ma si è delineato l'ordinamento stabile della Presidenza del Consiglio, portando in tal modo a conclusione i tentativi di attuazione dell'art. 95, comma 3, della Costituzione. Nella fase attuale si assiste chiaramente ad una chiara disattenzione dell'art.17 della legge n.400[41], che ha fissato determinati parametri formali per l'emanazione di atti normativi di livello secondario, ulteriormente aggravata anche dall'impossibilità di reiterare senza limite i decreti-legge (sancita dalla sentenza 360/1996 della Corte Costituzionale). In un simile contesto, la direttiva rischia di divenire il mezzo utile ad aggirare le rigidità parlamentari e a superare le emergenze non più sanabili attraverso la reiterazione dei decreti-legge a cui si è ricorsi per molto tempo.

In base all'analisi proposta, il Governo Draghi rientra ovviamente nello scenario di quei Governi dimissionari durante il corso della legislatura, nonostante il fatto che, come si è detto, ogni misura di questo tipo è «*figlia delle ragioni di contesto che animano la fase storico-politica di cui essa è espressione*»[42] e una comparazione tra strumenti così variabili presenti evidenti limiti. Se infatti da un lato la natura agile e informale delle direttive può risultare risolutiva di alcune rigidità tipiche degli ordinamenti costituzionali e quindi utilissima nei complessi contesti di crisi e transizione, è proprio la sua connaturata variabilità a sancirne un carattere prettamente politico attribuito al Presidente del Consiglio. Pur avendo il legislatore tentato di fornire una lettura armonica e flessibile fra i princìpi monocratico e collegiale nella fisiologia dei rapporti intra governativi, il chiaro *favor* verso il secondo di questi trova ricaduta giuridica concreta nell'art. 2 comma primo della 400/1988, che recita: «*Il Consiglio dei ministri determina la politica generale del Governo e, ai fini dell'attuazione di essa,*

[39] Cfr A. RAZZA (a cura di), *La Presidenza del Consiglio dei Ministri a trent'anni dalla legge n. 400 del 1988*, op.cit.

[40] G. AMATO, F. BRUNO, *La forma di governo italiana. Dall'idea dei partiti all'Assemblea Costituente*, in Quaderni costituzionali, 1981, n. 1, pag. 84

[41] Cfr. U. De SIERVO, *Il potere regolamentare alla luce dell'attuazione dell'art.17 della legge n.400 del 1988*, in *Diritto pubblico*, n.1/96 pag.63.

[42] F. CLEMENTI, *L'operatività è una garanzia per il ruolo internazionale dell'Italia*, Il sole 24 ore, 23 luglio 2022.

l'indirizzo generale dell'azione amministrativa; delibera altresì su ogni questione relativa all'indirizzo politico fissato dal rapporto fiduciario con le Camere» e di nuovo all'art. 5, comma secondo, lett. B che attribuisce al Presidente "solo" il coordinamento e la promozione «*dell'attività dei ministri in ordine agli atti che riguardano la politica generale del Governo*». È dunque riconosciuto e confermato che, nell'esercizio delle sue attribuzioni di coordinamento e promozione rispetto all'attività del Governo, il Presidente del Consiglio rivesta la figura, di origine liberale, del *primus inter pares*, e goda di potere di direttiva politica assimilabile all'atto di indirizzo politico[43].

Si è fatto cenno in precedenza, nel discutere i confini possibili dell'incerta area degli "affari correnti", ad un'interpretazione che, sulla base di una stretta contrapposizione tra atti politici ed atti amministrativi, individuerebbe in questi ultimi il solo spazio di azione pienamente legittimo. Si è già obiettato circa la difficile sostenibilità di una dicotomia tanto drastica, ma è interessante osservare che da questi stessi elementi possa ricavarsi una prospettiva ulteriore da cui considerare il fenomeno nella sua interezza, attraverso l'evoluzione cui sembra andare incontro in questi anni il ruolo della Presidenza del Consiglio dei ministri. Quest'ultima è infatti posta dall'ordinamento italiano in una posizione decisamente particolare, costituendo precisamente il luogo in cui interagiscono al più alto livello, influenzandosi vicendevolmente, Governo e pubblica amministrazione. Esattamente a causa di questa specifica collocazione funzionale di cui si è già detto, organizzazione e articolazione interna della Presidenza del Consiglio sono state fortemente condizionate da questioni di carattere generale relative all'ordinamento nel suo complesso che ne hanno reso impossibile una definizione stabile dell'identità costituzionale. Si tratta di processi di diversa origine che sembrano tuttavia confluire verso un effetto complessivo dai tratti largamente omogenei. Vanno innanzitutto richiamati a questo proposito i tanto discussi margini di ambiguità a carico dell'art. 95 della Costituzione, il quale è ben lontano dall'asserire con definitiva chiarezza la preminenza del principio monocratico rispetto al principio collegiale[44]. Il dibattito ha così prodotto interpretazioni di segno opposto, tendenti ad enfatizzare di volta in volta la prevalenza della figura istituzionale del Presidente oppure, alternativamente, quella del Consiglio dei ministri, in una generale "*situazione di incertezza*"[45]. Un andamento di questo genere, sostanzialmente ondivago, ha finito

[43] E. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Giuffrè, Milano, 1961.

[44] A questo proposito si veda P. CIARLO, *Art. 95*, in *Commentario della Costituzione*, diretto da G. BRANCA - A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1994.

[45] Sul punto, L. PALADIN, *Governo italiano*, in Enc. Dir., Vol. XIX, Milano, 1976, 691 e ss. e P. A. CAPOTOSTI, *Presidente del*

Consiglio dei Ministri, in Enc. Dir., Vol. XXXV, Milano, 1986; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Tomo I, 1969, 523 e ss. Un'interpretazione favorevole alla prevalenza del principio

per costituire un impedimento rilevante tanto all'assunzione da parte della Presidenza di un ruolo da struttura "forte", quanto alla rappresentazione ed all'aspettativa istituzionale circa una struttura siffatta: il luogo propriamente deputato cioè, a porsi come l'effettivo centro propulsivo delle strategie di governo, e delle relative funzioni di coordinamento e indirizzo. Tale processo ha viceversa rimarcato una seppur relativa centralità del Consiglio, producendo a sua volta aspettative e in parte consuetudini di tipo diverso. Ma anche i profondi mutamenti intercorsi nella struttura e nella funzione del sistema dei partiti, dai tempi lontani del "bipartitismo imperfetto" ad oggi, hanno notevolmente inciso sull'organizzazione della Presidenza del Consiglio. «*Essendo stato il Governo a lungo basato su politiche di coalizione, la figura del Presidente del Consiglio assunse progressivamente i caratteri propri più di un mediatore e di un garante dell'equilibrio tra i partiti di maggioranza che di un vero e proprio leader di Governo*»[46]. Il declino del modello del Governo di coalizione rispetto al modello maggioritario (processo iniziato nei primi anni Novanta dello scorso secolo, anche sulla base di spinte populiste interne ed internazionali, forse non ancora adeguatamente studiate e comprese) ha comportato al contrario una dinamica in qualche modo speculare. Ne è derivato infatti un potenziamento della figura e del ruolo del Presidente del Consiglio, non più mediatore fra strategie ed interessi contrapposti (o comunque ampiamente diversificati) ma, per così dire, leader a tutto tondo di una maggioranza (relativamente) ampia, stabile e resa tendenzialmente omogena dalla convergenza rispetto a linee guida condivise, e pertanto adeguatamente in grado di esercitare le funzioni di indirizzo e di coordinamento di cui al dettato costituzionale. In ragione poi di un effetto di "trascinamento" ben noto agli studiosi delle istituzioni e della burocrazia, ciò ha comportato anche un correlativo "irrobustimento" della struttura organizzativa deputata ad assistere l'esercizio di queste funzioni, appunto la Presidenza. Infine, anche processi di natura più propriamente amministrativa, funzionale e burocratica che strettamente politica intervengono a segnare della propria impronta una così interconnessa costellazione di fattori. Una struttura burocratica a elevata complessità, inoltre, comporta pressoché inevitabilmente una pratica di crescente autonomizzazione delle funzioni di indirizzo da quelle prettamente gestionali e operative, e dal punto di vista che qui interessa ciò ha comportato - anche per quanto riguarda le funzioni ed il *modus operandi* della stessa Presidenza del Consiglio - la possibilità di un più specifico e costante focus sulle proprie prerogative circa le funzioni di indirizzo e coordinamento.

monocratico è anche quella di A. PREDIERI, *Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei Ministri*, Firenze, 1951, 80 ss.

[46] L. FIORENTINO, *La presidenza del Consiglio dei ministri: Organizzazione e funzionamiento*, in *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública* n. 5-2, pag.132.

Tutto ciò conduce direttamente ad un altro dei processi cui si faceva sopra riferimento, che si accompagna al cambiamento del ruolo del Presidente del Consiglio e dello strumento della direttiva, e che con essi si interseca. Si tratta di una dinamica che attiene al complesso rapporto che intercorre tra burocrazia e politica - già a suo tempo oggetto specifico della riflessione di Max Weber. È infatti indispensabile, a proposito dell'analisi delle frasi transitorie e degli affari correnti, accennare brevemente anche al ruolo ministeriale e alla relazione che intercorre tra un Ministro, esponente ed incaricato "politico" di un ministero, ed il Direttore Generale dello stesso, rappresentante amministrativo fondamentale per il quotidiano funzionamento della macchina ministeriale[47]. A differenza dell'esponente politico dell'Esecutivo, ed in una ottica di "burocratizzazione permanente" (in cui, per così dire, burocraticità batte politicità)[48], la macchina amministrativa - e quindi i Direttori Generali - non sono limitati nelle fasi di transizione e affari correnti e possono operare, relativamente alle loro funzioni, molto più agevolmente rispetto al vertice ministeriale. Sembra dunque riproporsi, sia pure *mutatis mutandis*, un processo analogo a quello in cui un Esecutivo di natura tecnica trova negli affari correnti limitazioni minori al proprio mandato rispetto ad un Esecutivo di natura politica. La natura tecnica di alcuni recenti esecutivi ha dunque chiaramente inciso anche nella struttura e nell'operatività ministeriale. Laddove, infatti, i vertici ministeriali venivano caratterizzati, nella pratica, dal dualismo rappresentato da una presenza politica ed una burocratico-amministrativa, l'attenuarsi del carattere politico ai vertici dei dicasteri in ragione del progressivo irrobustirsi dello spazio di una figura "prettamente" tecnica, ha spesso generato riformulazioni di poteri e nuovi equilibri nella gestione delle strutture ministeriali, rimarcando una mobilità, spesso poco considerata, tipica anche del corpo amministrativo. È dunque necessario ricordare l'ammonimento di Cassese, quando scrive che le scienze applicate alla pubblica amministrazione tradizionali assumevano tradizionalmente un corpo amministrativo immobile perché prigionieri del motto "i Governi passano, l'amministrazione resta": il diritto amministrativo - infatti - cambia e non se ne comprende l'evoluzione capisce se non si padroneggiano le regole del mutamento.

Sul piano più specificamente giuridico-politico, si può forse sottolineare in conclusione come il recente ritorno a Governi di grandi coalizioni (con le

[47] Si accenna qui, molto brevemente, ad un tema rilevante che necessita di uno specifico approfondimento, non possibile peraltro in questa sede. Esso viene qui richiamato per mere ragioni di completezza espositiva.

[48] Si veda a questo proposito S. CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, lezione per gli allievi della "Ecole Normale Superieure" di Parigi, 14 novembre 2002 e S. CASSESE, *Verso un nuovo diritto amministrativo?*, Lezione per festeggiare il 60° anniversario della Scuola di specializzazione in studi sulla pubblica amministrazione - Spisa, Bologna, 26 ottobre 2015.

esperienze Conte e Draghi) fornisca a questo proposito più di un'occasione di riflessione e dibattito sul ruolo istituzionale di un Presidente del Consiglio, chiamato a gestire fasi politiche sempre più complesse, in un quadro istituzionale e forse reputazionale sensibilmente mutato. Si tratta infatti di un inedito percorso, che vede da un lato l'apparente *deminutio* del ruolo, con il Presidente relegato a meo portavoce dell'ampio ventaglio di partiti che formavano la maggioranza, soprattutto nell'Esecutivo Conte, e il suo opposto con la Presidenza Draghi, dove è risultato evidente l'elevazione del suo ruolo leaderistico nel corso dell'evolversi dell'emergenza pandemica prima e dell'attuale fase di crisi internazionale e gestione del PNRR. In un contesto dunque che, almeno dottrinalmente, prevede una cornice di *primus inter pares,* è innegabile che tale principio sia più formale che sostanziale e che al dilatarsi del perimetro di intervento previsto nelle direttive, corrisponda sempre più una figura del Presidente politicamente *forte,* a cui, anche a causa del contesto emergenziale che stiamo vivendo, viene richiesto di assolvere una funzione di leader ben superiore ai binari costituzionalmente preposti.

Se, come si è detto, struttura e contenuto degli atti in analisi - linguaggio, sottolineature e riferimenti espliciti - possono essere assunti come indicatori delle specificità politiche della situazione corrente e dunque come indizi di processi evolutivi anche di natura istituzionale, la direttiva Draghi assume dunque una rilevanza specifica. Essa mostra infatti, con particolare evidenza, non solo le criticità del perimetro che questo strumento assume in relazione alle contingenze politiche, nazionali ed internazionali, ma anche indizi significativi circa processi modificativi in atto per quanto riguarda il ruolo della Presidenza e la rappresentazione pubblica di essa, forse anticipatori di più estese istanze di ridefinizione.

Può dunque essere utile tornare in conclusione alle parole di Elia, quando si sofferma sui due significati in cui parola continuità può essere intesa. «*Un primo significato attiene alla continuità in senso formale e cioè alla necessità che vi sia in ogni tempo un titolare (primario o vicario) degli organi di governo*". "*Un secondo significato del termine continuità si riferisce a quella che chiameremo continuità in senso sostanziale e cioè, per essere più chiari, al concetto di stabilità. Con quest'ultima parola si vuole intendere che esiste una esigenza per la quale non è solo necessaria l'esistenza continua di un qualsiasi titolare dell'organo, ma è desiderabile, entro limiti di accertare, anche la durata, per un periodo di tempo sufficientemente lungo del medesimo titolare nell'ufficio cui è preposto*»[49].

[49] L. ELIA, *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, op. cit., pag. 3.

Ebbene, i processi in corso sembrano consegnare, al discusso strumento della direttiva sul disbrigo degli affari correnti, anche un ruolo in qualche misura nascosto, che consiste nel consentire - nella stabilità e nella continuità costitutive di un sistema democratico - anche un margine di adattabilità e di farsi così mezzo, per così dire, di una essenziale *stabilità in movimento*.

LA RIFORMA CARTABIA-BONAFEDE SULLA COSTITUZIONE DEL CSM E I SUOI RIFLESSI A LIVELLO REGOLAMENTARE

LORENZO DE CARLO*

Sommario

1. Introduzione - 2. Il nuovo aumento del numero dei componenti del CSM. – 3. I possibili adattamenti del Regolamento: tra modifiche obbligate e opportunità. – 4. Conclusioni.

Abstract

This essay addresses the recent reform of the composition of the High Council of the Judiciary and the consequent future possible adjustments to the institution's internal regulations in order to ensure the efficient fulfilment of its functions, since the number of members has been increased from 24 to 30. Moreover, this paper examines the attempts to correct and limit the dysfunctional phenomena related to the distortion of the role of the associations within the judiciary and its effects on the activities of the Council.

Suggerimento di citazione

L. DE CARLO, *La riforma Cartabia-Bonafede sulla costituzione del CSM e i suoi riflessi a livello regolamentare,* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 3/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Allievo ordinario di Scienze Giuridiche nella Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento "Sant'Anna" di Pisa.

Contatto: lorenzo.decarlo@santannapisa.it.

© 2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 3/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Introduzione

Tra i molteplici temi affrontati dalla riforma Cartabia-Bonafede (l. n. 71/2022) vi sono la costituzione e il funzionamento del Consiglio Superiore della Magistratura, rispetto ai quali, anche sull'onda dei numerosi scandali che hanno coinvolto l'ordine giudiziario e il suo organo di autogoverno negli ultimi anni, è stata percepita la pressante esigenza, sia a livello partitico sia di opinione pubblica, di apportare una serie di correttivi che permettessero di eliminare o quantomeno di attenuare alcune dinamiche degenerative legate al fenomeno delle correnti.

Si è rilevata, infatti, la necessità di allentare i legami che intercorrevano tra i membri togati del Consiglio e le associazioni dei magistrati, le quali rischiavano di perdere la propria funzione di elaborazione, confronto e definizione della politica giudiziaria in favore di logiche legate alla spartizione degli incarichi, che generavano altresì indebite commistioni con la sfera partitica (si veda il c.d. caso Palamara).

2. Il nuovo aumento del numero dei componenti del CSM

Fin dal testo originario del disegno di legge presentato nel settembre 2020 dal Ministro della Giustizia del Governo Conte II Alfonso Bonafede (la versione definitiva, all'esito di un processo di revisione, è stata poi approvata durante il Governo Draghi, con Marta Cartabia in carica come Guardasigilli), tra le previsioni messe in campo vi era anzitutto un aumento del numero dei componenti elettivi del CSM, dopo che la riforma Castelli (l. n. 44/2002) lo aveva ridotto da 30 a 24 con un'operazione letta alternativamente come volta ad un efficientamento dell'organo mediante il suo snellimento e come tentativo di contrastarne l'espansione delle prerogative e di conseguenza di ridurne le potenzialità di intervento[1]. D'altronde, non è una novità la frequente modifica del numero dei componenti del Consiglio, che dal 1958 ad oggi ha subito numerose variazioni, anche in funzione di mutevoli esigenze e visioni politiche sulle funzioni e sull'inquadramento costituzionale di quest'ultimo[2].

A detta dei proponenti, l'obiettivo perseguito con l'innalzamento a 30 del numero dei consiglieri, in singolare controtendenza con il *trend* improntato alla riduzione dei membri dei vari organi elettivi registratosi negli ultimi anni[3],

[1] Sulle ragioni alla base della riduzione del 2002 si veda F. PICOZZI, *La riduzione del numero dei componenti del C.S.M.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, disponibile all'indirizzo www.forumcostituzionale.it, 2002, 1-2.

[2] F. DAL CANTO, *Note minime sul disegno di legge Bonafede di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, disponibile all'indirizzo www.osservatorioaic.it, 1, 2021, 179-180.

[3] Si pensi alla l. cost. n. 1/2020 sulla diminuzione del numero dei parlamentari. Analoga dinamica si è verificata diffusamente con riguardo ai consiglieri regionali, nonché al superamento dell'elezione diretta dei consiglieri provinciali.

è quello di favorire un "funzionamento più celere ed efficiente", sconfessando di fatto la *ratio* della riforma Castelli, e di permettere di "svolgere le funzioni costituzionalmente ad esso assegnate con maggiore tempestività e rigore"[4]. Tale soluzione è stata valutata positivamente da chi ritiene che una composizione più numerosa possa permettere una maggior rappresentatività dell'organo (sebbene su quest'ultimo concetto il dibattito sia molto acceso, si veda anche la sentenza n. 142 del 1973 della Corte Costituzionale, che ha affermato che si possa al massimo parlare di "organo a composizione parzialmente rappresentativa"[5]) e in generale un miglior espletamento delle sue molteplici e indubbiamente ponderose funzioni, considerando che il CSM arriva ad assumere ogni anno decine di migliaia di deliberazioni e decisioni di varia natura[6]. Dall'altro lato, dal punto di vista economico, alcune osservazioni critiche hanno riguardato l'aumento delle risorse necessarie per l'incremento del numero dei consiglieri, non solo a livello dei singoli indennizzi di carica, ma anche dell'inevitabile aumento del personale di supporto, a maggior ragione in un contesto in cui la riforma è stata approvata con la clausola "senza oneri aggiuntivi", che dunque renderebbe necessario distrarre fondi da altre destinazioni potenzialmente più meritevoli[7].

Dunque, l'art. 21 della riforma in esame va a modificare il primo comma dell'art. 1 della legge istitutiva del CSM (l. n. 195/1958), aumentando da 16 a 20 il numero dei membri togati e da 8 a 10 quello dei laici. La stessa disposizione aggiunge al comma in oggetto anche una formula di natura generale che sancisce lo svolgimento delle funzioni "in piena indipendenza e imparzialità" da parte dei componenti del CSM, con distinzione dei magistrati eletti solo per categoria di appartenenza. Non v'è chi non veda come tale previsione, seppur improntata a principi pienamente condivisibili, risulti di difficile applicazione pratica, limitandosi a una petizione di principio dai contenuti piuttosto generici.

Ben più impattante sarebbe risultata la previsione dell'art. 27, lett. *b)*, del ddl Bonafede, poi espunta: si disponeva, infatti, in funzione anti-correntizia, il divieto di costituire gruppi interni al CSM, assai spesso coincidenti con le

[4] Camera dei Deputati, *Disegno di legge n. 2681*, presentato il 28 settembre 2020, p. 20.

[5] Si vedano, *ex multis*, V.M. CAFERRA, *Rappresentatività del c.s.m. ed autonomia della magistratura*, in A.D. DE PALMA (a cura di), *Il C.S.M.: ieri, oggi, domani. Confronto a più voci e senza ipocrisie su passato, presente e futuro dell'organo di autogoverno della magistratura italiana*, Cacucci Editore, Bari, 2011; F. DAL CANTO, *Il Consiglio superiore della magistratura tra crisi e prospettive di rilancio*, in *Giustizia Insieme*, disponibile all'indirizzo www.giustiziainsieme.it, 2 novembre 2021.

[6] M. PATARNELLO, *Assetto, struttura e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura nel tormentato percorso della riforma Cartabia*, in *Questione Giustizia*, disponibile all'indirizzo www.questionegiustizia.it 2-3, 2022, 38-39.

[7] A. MANTOVANO, *Elezione componente togata del CSM: ecco cosa c'è da sapere*, in *Centro Studi Rosario Livatino*, disponibile all'indirizzo www.centrostudilivatino.it, 2 luglio 2022.

associazioni dei magistrati. Si mirava, dunque, quantomeno ad attenuare il collegamento tra le c.d. "correnti" e l'operato dei componenti togati del Consiglio, che sovente si presentano all'esterno in forma aggregata a seconda dell'adesione ad una o all'altra associazione, generando il sospetto di un'ingerenza diretta delle articolazioni interne all'ANM nei lavori dell'organo di autogoverno della magistratura[8]. Tuttavia, è altrettanto vero che la costituzione di gruppi interni al CSM non è prevista da alcuna fonte, né primaria né regolamentare, e l'attuale sistema elettorale non permette la presentazione di candidature aggregate in liste caratterizzate da un'esplicita adesione a un'associazione: secondo parte della dottrina, anche tale divieto, qualora approvato, non avrebbe sortito effetti pratici rilevanti[9].

3. I possibili adattamenti del Regolamento: tra modifiche obbligate e opportunità

Proprio in ragione della perdurante variabilità del numero dei membri del Consiglio, nel Regolamento non sussistono molte previsioni contenenti soglie numeriche che necessiterebbero inevitabilmente di un adattamento alla nuova composizione per garantirne l'operatività, una di queste è l'art. 4, come si vedrà *infra*. Tuttavia, se il rischio di favorire dinamiche ostruzionistiche fosse percepito come assai cogente, potrebbe essere incrementata la soglia minima di tre consiglieri generalmente fissata come precondizione per l'esercizio di alcune prerogative e per l'attivazione di meccanismi interni al Consiglio. Nello specifico, tale soglia è contemplata:

- Nell'art. 27, comma 2, in materia di esclusione della pubblicità della seduta o di parti di essa qualora sulle esigenze di pubblicità prevalgano "ragioni di salvaguardia del segreto della indagine penale o di tutela della riservatezza della vita privata del magistrato o di terzi, in particolare nel caso di trattamento di dati sensibili";
- Nell'art. 45, commi 4, 5 e 9, rispettivamente per la richiesta di votazione ad appello nominale, per l'opposizione alla richiesta di votazione per scrutinio segreto con conseguente deliberazione del Consiglio sulle modalità, e per la richiesta di votazione per alzata di mano con sistema elettronico;
- Nell'art. 80, comma 9, sull'aumento di un terzo dei tempi di discussione sulle questioni pregiudiziali e sui punti all'ordine del giorno.

[8] *Funditus*, in senso critico, S. PANIZZA, *Sulla possibilità di costituire gruppi tra i componenti del Consiglio superiore della magistratura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2020; ID., *Il Consiglio superiore della magistratura nel quadro costituzionale, tra crisi e prospettive di riforma*, in A. CIRIELLO, G. GRASSO, F. DAL CANTO (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Poligrafico e Zecca dello Stato Italiano, Roma, 2022, 100-101.

[9] F. DAL CANTO, *Note minime sul disegno di legge Bonafede di riforma dell'ordinamento giudiziario*, cit., 180.

Analogamente, potrebbe essere rivisto il numero minimo di sei consiglieri necessari per la richiesta *ex* art. 45, comma 6, r.C.S.M. di effettuare deliberazioni a scrutinio segreto attinenti ai diritti inviolabili *ex* artt. 13, 14, 15 e 24 Cost., nonché quello di sette *ex* art. 46, comma 4, relativa alla domanda di parere immediato e non vincolante alla Commissione per il Regolamento del Consiglio sulle questioni regolamentari sorte in corso di seduta.

Da un altro punto di vista, potrebbe essere preso in considerazione un innalzamento del numero massimo di cinque componenti del Consiglio per formare i gruppi di lavoro per l'elaborazione della Relazione sullo stato dell'amministrazione della giustizia *ex* art. 43, comma 3; tuttavia, in questo caso si tratta semplicemente di un'integrazione di un'aggregazione temporanea e dall'ambito di operatività circoscritto e non di un aggravio dei requisiti richiesti per l'esercizio di un diritto.

È necessario invece trattare separatamente il tema della sezione disciplinare, anch'essa caratterizzata da una ridefinizione del numero dei membri *ex* art. 4, comma 4, della l. n. 195/1958, e di conseguenza della composizione delle Commissioni consiliari. Nello specifico, l'art. 22 della riforma Cartabia-Bonafede prevede per i membri effettivi della sezione disciplinare la possibilità di appartenere solo a un'altra Commissione, stante però l'incompatibilità rispetto a quelle per il conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi, per le valutazioni di professionalità e in materia di incompatibilità nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e di applicazione dell'art. 2, comma 2, del r.d.lgs. n. 511/1946. Ne deriva che, stante l'attuale distribuzione di competenze[10], sarebbero interdette ai componenti della sezione disciplinare la Prima, la Quarta e la Quinta Commissione. Si evidenzia, dunque, il senso dell'aumento del numero dei componenti del Consiglio: tramite questa operazione è stato possibile differenziare rigidamente le funzioni, evitando possibili indebite commistioni tra valutazioni legate alla carriera e all'ambito disciplinare, senza tuttavia arrecare eccessivo pregiudizio all'efficienza delle singole Commissioni, che potranno dunque mantenere l'attuale composizione di sei membri *ex* art. 51, comma 3, r.C.S.M. (fatte salve la Commissione per il bilancio del Consiglio e quella per il Regolamento di amministrazione e contabilità) senza che sia indispensabile la partecipazione dei singoli consiglieri a un numero troppo alto di organismi interni. Tuttavia, si è osservato, alla base dell'intervento in oggetto vi sarebbe il malcelato proposito di separare la funzione

[10] Si veda a tal proposito la raccolta ragionata delle delibere del CSM in materia di competenze delle Commissioni, disponibile all'indirizzo https://www.csm.it/documents/21768/121302/competenze+delle+Commissioni+_+raccolta+ragionata+delle+delibere+del+CSM.pdf/fe3d5233-0da4-147f-5365-16b46a6ad333.

disciplinare dal resto delle attribuzioni del CSM[11], magari con l'istituzione di una Corte *ad hoc*, come proposto in passato.

È stata eliminata invece la previsione, originariamente inclusa nel ddl Bonafede, di comporre le Commissioni mediante estrazione a sorte dei consiglieri: rimane dunque la nomina da parte del Presidente del Consiglio Superiore su proposta del Comitato di Presidenza *ex* art. 3 della l. n. 195/1958 e in base ai criteri fissati dall'art. 51, commi 1 e 2, r.C.S.M. Sul punto, tuttavia, il rinnovo delle Commissioni avverrà ogni sedici mesi, non più ogni dodici.

Entrando nel dettaglio, l'art. 23, comma 1, della l. n. 71/2022 va a ridisegnare la fisionomia della sezione disciplinare. Si aumenta anzitutto da quattro a cinque il numero dei membri supplenti (nello specifico, tra di essi saranno due e non uno i giudici di merito, la componente più rappresentata tra i togati), aprendo la possibilità di nominarne altri ai fini di garantire l'indefettibilità dell'organo in caso di incompatibilità plurime (si veda la sent. n. 262/2003 della Consulta). Si procede poi a chiarire l'attribuzione della presidenza della sezione per l'intera durata della consiliatura al Vicepresidente del CSM, espungendo la possibilità di sostituirlo per il componente eletto dal Parlamento. Infine, riprendendo in parte l'art. 4, comma 3, r.C.S.M., con l'obiettivo di minimizzare la discrezionalità in materia, si dispone la predeterminazione da parte del presidente della sezione disciplinare dei criteri per la sostituzione dei componenti di quest'ultima, che può avvenire solo in caso di incompatibilità, di astensione o di altro motivato impedimento.

Sarà di conseguenza necessario adattare l'art. 4 dell'attuale Regolamento alla nuova disciplina. In particolare, al comma 1 si prevede l'elezione di ben quattordici supplenti: la previsione parrebbe già soddisfare adeguatamente le esigenze di garanzia di funzionalità dell'organo, ma sarà necessario adeguare la soglia numerica alle nuove ipotesi di incompatibilità con ben tre Commissioni. Da definire, invece, la questione della vicepresidenza *ex* comma 2: la riforma ha eliminato l'automatica sostituzione del Vicepresidente del Consiglio impossibilitato con l'unico laico componente della sezione, senza disporre altro in materia, ma certo è che, considerando anche il testo del Regolamento e la disciplina dei subentri che attualmente delinea, pare assai arduo sottrarre questa funzione ad un membro eletto dal Parlamento, effettivo o supplente che sia.

Un adattamento puntuale (e indifferibile) alla disciplina della legge istitutiva del CSM, e in particolare all'art. 5, comma 1, è operato dall'art. 24, che porta rispettivamente da dieci a quattordici e da cinque a sette il numero minimo di membri togati e laici presenti per la validità delle deliberazioni.

[11] M. PATARNELLO, *Assetto, struttura e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura nel tormentato percorso della riforma Cartabia*, cit., p. 39.

4. Conclusioni

In conclusione, si può osservare che la riforma Cartabia-Bonafede non ha apportato interventi eccessivamente impattanti sulla costituzione e sul funzionamento del CSM. Non si può non osservare con favore come il legislatore abbia rifuggito dalla tentazione di adottare misure "punitive" nei confronti dell'organo di autogoverno della magistratura, magari facendo leva sulla diffusa e comprensibile indignazione seguita ai numerosi scandali che hanno coinvolto i vertici dell'ordine giudiziario negli ultimi anni.

Si è evitato, infatti, il ricorso allo strumento del sorteggio (almeno per quanto riguarda il funzionamento interno; certamente è stato introdotto nel sistema elettorale, ma solo in una fase prodromica all'effettiva votazione) e, in generale, gli interventi posti in essere sono stati caratterizzati da un'ottica di contemperamento tra contrapposte esigenze, senza sacrificare eccessivamente l'effettiva funzionalità e la possibilità di esercitare le competenze del CSM sull'altare della percezione di autonomia e indipendenza interna dei membri. Un obiettivo, quest'ultimo, certamente meritevole di perseguimento, ma che correttamente non è stato sfruttato per sferrare attacchi alle prerogative costituzionali del Consiglio, come poteva trasparire dal testo presentato in Aula nel 2020.

IL RICONOSCIMENTO DEI CERTIFICATI DI NASCITA STRANIERI IN CASO DI FILIAZIONE OMOGENITORIALE. RIFLESSIONI SU UNA NECESSARIA QUANTO COMPLESSA DISCIPLINA, A PARTIRE DALLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

MARTA PICCHI*

Sommario

1. Premessa. – 2. I recenti interventi della Corte di giustizia dell'Unione europea, …. – 3. Segue: … in linea con gli indirizzi delle istituzioni europee. – 4. Un raffronto con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 5. Gli arresti della giurisprudenza costituzionale …. – 6. Segue: … e della Corte di cassazione. – 7. Riflessioni conclusive.

Abstract

The issue of the recognition of foreign birth certificates in the case of same-sex parenthood has seen repeated interventions by case-law of merit and legitimacy, the Constitutional Court and the European Court of Human Rights. Recently, the Court of Justice of the European Union addressed the issue of protecting the citizenship rights of the children of same-sex couples when there are regulatory differences between Member States.

This paper reconstructs the case-law on the matter, reflecting on the outstanding aspects and the contribution made by the Court of Justice of the European Union in this area.

Suggerimento di citazione

M. PICCHI, *Il riconoscimento dei certificati di nascita stranieri in caso di filiazione omogenitoriale. Riflessioni su una necessaria quanto complessa disciplina, a partire dalla recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Firenze. Contatto: marta.picchi@unifi.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV – Fascicolo 3/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Premessa

La Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) ha affrontato il tema degli *status* giuridici costituiti all'estero[1] principalmente in merito al diritto al nome, affermando il principio di mutuo riconoscimento degli *status* personali e familiari legittimamente acquisiti in un altro Stato membro ed escludendo, in linea di principio, il diritto degli altri Stati membri di sottoporli ad una diversa valutazione, a meno che la prevalenza di norme interne si imponga per ragioni imperative di interesse generale[2]. In particolare, una limitazione al mutuo riconoscimento dello *status* personale è conforme alle norme sulla libertà di circolazione delle persone quando sia diretta a tutelare un interesse essenziale per lo Stato – come i principi di ordine pubblico internazionale – che sia legittimo e meritevole di essere perseguito dal punto di visto dell'ordinamento UE e purché sia rispettato il principio di proporzionalità.

Di recente, la CGUE ha dovuto affrontare la questione della tutela dei diritti di cittadinanza dei figli di coppie omoaffettive laddove vi siano differenze normative tra gli Stati membri, fondate su tradizioni giuridico-valoriali diverse, connotanti la stessa identità nazionale. Infatti, si è pronunciata sulla compatibilità del limite alla libertà di circolazione, derivante dal principio di ordine pubblico, con il diritto alla vita privata e familiare (art. 7 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*), da leggere congiuntamente all'obbligo di tener conto del superiore interesse del minore (art. 24, comma 2, *Carta*). Difatti, nell'arco di sei mesi, due pronunce[3] si sono occupate della questione del

[1] Per una ricostruzione, si rinvia a E. NALIN, *Dialogo tra Corti europee e giudici nazionali in tema di maternità surrogata: verso un bilanciamento tra limite dell'ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 1/2022, p. 237 (spec. p. 251 ss.).

[2] Cfr. CGUE, sed. plen., sentenza 2 ottobre 2003, causa C-148/02 (*Garcia Avello c. Belgio*) e, Grande Sezione, sentenza 14 ottobre 2008, causa C-353/06 (*Grunkin e Paul c. Germania*), ove è stato affermato il diritto dei figli dei ricorrenti a conservare il proprio cognome nella formulazione acquisita in un altro Stato membro.

[3] V. CGUE, Grande Sezione, sentenza 14 dicembre 2021, causa C-490/20 (*V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*), e Sezione X, ordinanza 24 giugno 2022, causa C-2/21 (*Rezecznik Praw Obywatelskich*). Fra i commenti alla prima pronuncia, si vedano: M.C. BARUFFI, *La maternità surrogata nella prospettiva del mercato interno*, in *La cittadinanza europea*, 1/2021, p. 230 ss. (spec. p. 241 ss.); C. BENANTI, *Lo Stato membro che non riconosce la doppia genitorialità dello stesso sesso, è comunque obbligato a rilasciare al minore, suo cittadino, il documento di identità*, in *Familia*, 7 febbraio 2022; M. BASSETTI DE ANGELIS, *Il minore registrato come figlio di due donne coniugate in uno Stato membro ospitante ha diritto di ottenere il documento d'identità o il passaporto dallo Stato dell'Unione di cui sia cittadino senza previa emissione di un nuovo atto di nascita*, *ivi*, 4 marzo 2022; G. MILIZIA, *Il riconoscimento della filiazione arcobaleno non lede l'identità nazionale e la famiglia tradizionale*, in *Diritto & Giustizia*, 235/2021, p. 7; G. PIZZOLANTE, *Il riconoscimento degli* status *familiari ai fini dell'esercizio dei diritti che discendono dalla libera circolazione*, in *Ilfamiliarista.it*, 18 maggio 2022; B. GUASTAFERRO, *Diritti di cittadinanza dei minori figli di coppie* same sex*, tra genitorialità e identità nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2022, p. 173; E. NALIN, *Dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, cit., p. 237; A. STAMATOPOULOS, *La reconnaissance des actes de naissance mentionnant comme parents deux personnes de mêmes sexe dans l'Union européenne: analyse à la lumière de la jurisprudence de la Cour de*

godimento della libertà di circolazione da parte di minori nati in seguito al ricorso alla procreazione medicalmente assistita (PMA) da parte di coppie *same sex*.

Questo breve contributo intende confrontare gli arresti della CGUE con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, quella costituzionale e di legittimità per riflettere sugli aspetti ancora insoluti, riguardanti la tutela del superiore interesse del minore.

2. I recenti interventi della Corte di giustizia dell'Unione europea, …

La prima vicenda riguarda una bambina nata in seguito al ricorso alla PMA da parte di una coppia di donne. Le madri sono una cittadina bulgara e una cittadina del Regno Unito, sposatesi a Gibilterra e residenti in Spagna, dove è avvenuta anche la nascita della loro figlia. L'atto di nascita della bambina, rilasciato dalle autorità spagnole, menziona la cittadina bulgara come «madre A» e l'altra come «madre». In seguito, la madre di origini bulgare ha chiesto al Comune di Sofia di rilasciarle un atto di nascita per la figlia, documento necessario per il conseguente rilascio di un documento d'identità bulgaro.

Il Comune di Sofia ha però rigettato la richiesta e la cittadina bulgara ha proposto ricorso innanzi al Tribunale amministrativo di Sofia[4]. Quest'ultimo si

justice (commentaire de l'arrêt C-490/20 V.M.A. contre Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»), in *Cahiers de l'EDEM – Louvain Migration Case Law Commentary*, Avril 2022; S. PROGIN-THEUERKAUF, M. BERGER, *Personenfreizügigkeit von Regenbogenfamilien*, in *sui generis*, 2022, p. 35. Per un commento ad entrambe le pronunce si rinvia a M. PICCHI, *Il godimento dei diritti connessi alla libertà di circolazione da parte del figlio di una coppia* same sex*, registrato in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza dei genitori, secondo la Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Familia*, 16 settembre 2022.

[4] Inizialmente il Comune di Sofia ha invitato la richiedente a fornire precisazioni sulla maternità della bambina e sull'identità della madre biologica, tenuto conto che il modello di atto di nascita prevede uno solo spazio per la "madre" e un altro per il "padre". L'istante si è però rifiutata di comunicare le informazioni richieste, posto che la legislazione bulgara non contempla alcun obbligo in tal senso. Il Comune di Sofia ha così respinto la domanda per mancanza di indicazioni riguardanti l'identità della madre biologica della minore e per il fatto che la menzione in un atto di nascita di due genitori di sesso femminile è contraria all'ordine pubblico della Repubblica di Bulgaria che non autorizza il matrimonio tra due persone del medesimo genere. Avverso il rigetto è stato proposto ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo della città di Sofia, che ha poi proposto domanda pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 4, paragrafo 2, TUE, degli artt. 20 e 21 TFUE e degli artt. 7, 9, 24 e 25 della *Carta*. Il giudice rimettente muove dal fatto che la bambina, ancorché priva di un atto di nascita rilasciato dalle autorità bulgare, abbia la cittadinanza bulgara e ritiene che, sebbene il rifiuto in questione non abbia alcun impatto giuridico sulla cittadinanza bulgara e sulla cittadinanza europea della minore, tuttavia potrebbe rendere più difficile il rilascio di un documento d'identità bulgaro e, di conseguenza, ostacolare l'esercizio del diritto alla libera circolazione e il pieno godimento dei suoi diritti di cittadino dell'Unione. Il Tribunale di Sofia ha chiesto anche se l'obbligo eventualmente imposto alle autorità bulgare di emettere un atto di nascita con la menzione di due madri quali genitori della minore sia tale da pregiudicare l'ordine pubblico e l'identità nazionale della Repubblica di Bulgaria, giacché quest'ultima non ha previsto la possibilità di menzionare in un atto di nascita due genitori dello stesso sesso. A ciò si aggiunga che la disciplina della filiazione assume un'importanza fondamentale nella tradizione

è rivolto in via pregiudiziale alla CGUE, chiedendo se il diritto dell'Unione obblighi uno Stato membro a rilasciare un atto di nascita, al fine di ottenere un documento d'identità secondo la disciplina di tale Stato membro, per una minore che è cittadina di detto Stato membro, sebbene la nascita sia avvenuta in un altro Paese membro, le cui autorità lo hanno attestato in un atto di nascita, conformemente all'ordinamento ivi vigente, indicando una cittadina del primo di tali Stati membri e sua moglie quali madri della minore, ma senza precisare quale delle due donne abbia partorito la bambina.

La CGUE ha confermato che lo *status* delle persone – compresi matrimonio e filiazione – è materia di spettanza degli Stati membri e il diritto dell'Unione non vi può incidere: ciascun Paese membro può consentire o meno il matrimonio tra persone dello stesso sesso e la genitorialità di queste ultime. Nondimeno, ciascun Stato membro è tenuto a rispettare il diritto dell'Unione e, in particolare, le disposizioni del TFUE relative alla libertà riconosciuta a ogni cittadino dell'Unione di circolare e di soggiornare nel territorio degli Stati membri, riconoscendo, a tal fine, lo *status* delle persone stabilito in un altro Stato membro conformemente al diritto di quest'ultimo.

La CGUE, nel solco della pregressa giurisprudenza, ha osservato che, in base all'art. 21, paragrafo 1, TFUE, il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri può essere esercitato nel rispetto delle limitazioni e delle condizioni previste dai Trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi. A tal fine, l'art. 4, paragrafo 3, della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, impone agli Stati membri di rilasciare ai loro cittadini una carta d'identità o un passaporto che indichi la loro cittadinanza. Nel caso di specie, le autorità bulgare devono rilasciare un documento d'identità che indichi la cittadinanza e il cognome come risulta dall'atto di nascita emesso dalle autorità spagnole giacché la CGUE ha già avuto modo di precisare che l'art. 21 TFUE osta a che le autorità di uno Stato membro, in applicazione del diritto nazionale, rifiutino di riconoscere il cognome di un figlio così come esso è stato determinato e registrato in un altro Paese membro in cui tale figlio è nato e risiede sin dalla nascita[5].

In particolare, secondo quanto contemplato dall'art. 4, paragrafo 3, della direttiva 2004/38, le autorità bulgare sono tenute a rilasciare una carta d'identità o un passaporto alla minore indipendentemente dall'emissione di un nuovo atto di nascita. Tale documento, da solo o in combinazione con altri, deve

costituzionale bulgara sia sotto il profilo giuridico sia sotto il profilo dell'evoluzione della società. Secondo il Tribunale amministrativo di Sofia occorreva trovare un equilibrio tra l'identità costituzionale e nazionale della Repubblica di Bulgaria e gli interessi del minore, soprattutto per quanto concerne il suo diritto alla vita privata e alla libera circolazione.

[5] V. CGUE, Grande Sezione, sentenza 14 ottobre 2008, causa C-353/06 (*Grunkin e Paul*), § 39.

permettere al minore di esercitare il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, con ciascuna delle sue due madri, il cui *status* di genitrici è stato accertato dallo Stato membro ospitante.

La CGUE ricorda che i diritti riconosciuti ai cittadini degli Stati membri all'art. 21, paragrafo 1, TFUE includono il diritto di condurre una normale vita familiare sia nello Stato membro ospitante sia nel Paese membro del quale possiedono la cittadinanza, beneficiando anche della presenza, al loro fianco, dei loro familiari[6].

Nel caso di specie, le autorità spagnole hanno accertato legalmente l'esistenza di un rapporto di filiazione, biologica o giuridica, tra la minore e le due genitrici, attestandolo nell'atto di nascita della bambina. Ne consegue, in ossequio all'art. 21 TFUE e alla direttiva 2044/38, che alle due madri, poiché genitrici di una cittadina minorenne dell'Unione di cui hanno la custodia effettiva, deve essere riconosciuto da tutti gli Stati membri il diritto di accompagnare la bambina nell'esercizio del suo diritto di circolare e di soggiornare liberamente in tutto il territorio dell'Unione[7].

È perciò necessario un documento che menzioni entrambe le genitrici come persone autorizzate a viaggiare con la minore: le autorità dello Stato membro ospitante sono nella posizione migliore per l'emissione di tale documento, potendo consistere già nell'atto di nascita, e gli altri Stati membri sono obbligati a riconoscere tale documento.

È a questo punto che la Corte di Lussemburgo opera il bilanciamento invocato dal giudice remittente, giungendo ad escludere quanto paventato da quest'ultimo: ossia, il pregiudizio per l'ordine pubblico e l'identità nazionale della Repubblica di Bulgaria qualora si fosse giunti a riconoscere l'obbligo per le autorità bulgare di emettere un atto di nascita con l'indicazione di due persone di sesso femminile come madri della minore, posto che la Costituzione

[6] V. CGUE, Grande Sezione, sentenza 5 giugno 2018, causa C-673/16 (*Coman e a.*), § 32. In particolare, la pronuncia in commento segue il medesimo percorso argomentativo della sentenza appena richiamata. In quest'ultima vicenda, le autorità rumene avevano negato al marito statunitense di un cittadino rumeno il diritto di soggiorno per periodi superiori a tre mesi, trattandosi di *extra*-europeo al quale non poteva essere riconosciuta la qualità di coniuge, in assenza di una normativa interna relativa ai matrimoni tra persone del medesimo genere. La Corte ha sottolineato come la nozione di "coniuge" contenuta nel diritto privato sia neutra dal punto di vista del genere e, dunque, ben può riguardare anche il coniuge dello stesso sesso. Ha così concluso che i familiari di un cittadino dell'UE possono beneficiare di un diritto di soggiorno, *ex* art. 21, paragrafo 1, TFUE, ed ha escluso che uno Stato membro possa invocare una normativa nazionale o utilizzare la clausola contenuta nell'art. 4, paragrafo 2, TUE per opporsi al riconoscimento sul proprio territorio del matrimonio di un cittadino europeo, contratto con una persona dello stesso sesso in un altro Stato membro, limitatamente ai fini del riconoscimento del diritto di soggiorno derivato a un cittadino di uno Stato terzo. Al riguardo e sull'interpretazione della clausola sul rispetto dell'identità nazionale, si veda B. GUASTAFERRO, *Diritti di cittadinanza dei minori figli di coppie* same sex, cit., p. 175.

[7] Cfr. CGUE, sentenza *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, § 48.

bulgara e il diritto di famiglia bulgaro non prevedono la genitorialità di due persone dello stesso sesso.

Infatti, la CGUE ribadisce che lo *status* delle persone, comprese le norme sul matrimonio e sulla filiazione, è una questione di spettanza degli Stati membri che, dunque, liberamente possono prevedere o meno, nel loro diritto nazionale, il matrimonio tra persone dello stesso sesso e la genitorialità di queste ultime. Ciascuno Stato membro deve però rispettare il diritto dell'Unione e le previsioni del Trattato FUE in merito alla libertà di ogni cittadino dell'Unione di circolare e di soggiornare nel territorio degli Stati membri, riconoscendo, a tal fine, lo *status* delle persone stabilito in un altro Stato membro in base alla normativa ivi presente[8].

La Corte ricorda che, *ex* art. 4, paragrafo 2, TUE, l'Unione deve rispettare l'identità nazionale dei propri Stati membri, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale. Inoltre, in diverse occasioni, ha precisato che la nozione di ordine pubblico, in grado di derogare a una libertà fondamentale, deve essere intesa in senso restrittivo e la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione. Di conseguenza, l'ordine pubblico può essere invocato solo in presenza di una minaccia reale e sufficientemente grave ad un interesse fondamentale della società[9].

La Corte ritiene che l'obbligo per uno Stato membro, da un lato, di rilasciare un documento di identità a un minore, cittadino di tale Stato membro, nato in un altro Stato membro e il cui atto di nascita rilasciato dalle autorità di quest'altro Stato designi come suoi genitori due persone *same sex*, e, dall'altro lato, di riconoscere il rapporto di filiazione tra tale minore e ciascuna di queste due persone ai fini dell'esercizio dei diritti del minore di cui all'art. 21 TFUE «non viola l'identità nazionale né minaccia l'ordine pubblico di tale Stato membro»[10]. Infatti, tale obbligo non impone allo Stato membro «di prevedere nel suo diritto interno la genitorialità di persone dello stesso sesso o di riconoscere, ai fini diversi dall'esercizio dei diritti che a tale minore derivano dal diritto dell'Unione, il rapporto di filiazione tra tale minore e le persone indicate come genitori di quest'ultimo nell'atto di nascita emesso dalle autorità dello Stato membro ospitante»[11].

La CGUE precisa ancora che una misura nazionale volta ad ostacolare l'esercizio della libera circolazione delle persone può essere giustificata solo se

[8] Cfr. § 52.
[9] Cfr. § 55.
[10] § 56.
[11] § 57. In particolare, la CGUE ha così fatto propria la soluzione prospettata dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni: cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Juliane Kokott, presentate il 15 aprile 2021, causa C-490/20, *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, §§ 150-151.

è conforme ai diritti fondamentali sanciti dalla *Carta*. Richiamando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo[12], osserva che l'esistenza di una vita familiare è una questione di fatto dipendente dalla realtà pratica di stretti legami personali e che la possibilità per un genitore e il figlio di essere insieme rappresenta un elemento fondamentale della vita familiare. Non solo, la relazione intrattenuta da una coppia omosessuale può rientrare nel concetto di vita privata così come in quello di vita familiare. Ne consegue che, nel caso di specie, il rapporto della minore con ciascuna delle due persone con cui ha una vita familiare effettiva nello Stato membro ospitante e che sono menzionate come genitrici nell'atto di nascita è protetto dall'art. 7 *Carta*[13]. Inoltre, dovendosi leggere il diritto al rispetto della vita familiare in combinato disposto con l'obbligo di tener conto dell'interesse superiore del minore, *ex* art. 24 *Carta*, occorre che i diritti di quest'ultimo e, in particolare, quello ad essere registrato alla nascita, di avere un nome e di acquisire una cittadinanza, siano garantiti senza dar luogo ad alcuna discriminazione, comprese quelle basate sull'orientamento sessuale dei propri genitori[14].

Secondo la Corte, privare il minore del rapporto con uno dei suoi genitori nell'ambito dell'esercizio del suo diritto di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri o rendere difficile l'esercizio di tale diritto per il fatto che i suoi genitori sono dello stesso sesso sarebbe perciò contrario agli artt. 7 e 24 *Carta*.

Infine, la Corte pone un'ulteriore precisazione: in ogni caso, un minore il cui *status* di cittadino dell'Unione non sia stato accertato e il cui atto di nascita rilasciato dalle autorità competenti di uno Stato membro designi come genitori due persone dello stesso sesso, una delle quali sia cittadina dell'Unione, deve essere considerato, da tutti gli Stati membri, come un discendente diretto di tale cittadino dell'Unione, in base alla direttiva 2004/38, ai fini dell'esercizio dei diritti conferiti dall'art. 21, paragrafo 1, TFUE e dagli atti di diritto derivato connessi[15].

La CGUE conclude perciò ritenendo che, nel caso di un minore cittadino dell'Unione il cui atto di nascita rilasciato dalle autorità competenti dello Stato membro ospitante designi come suoi genitori due persone dello stesso sesso, lo Stato membro di cui tale minore è cittadino è tenuto, da un lato, a rilasciargli una carta d'identità o un passaporto, senza esigere la previa emissione di un

[12] In particolare, la CGUE ha svolto un parallelismo (§ 60) fra l'art. 7 *Carta* e l'art. 8 della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* e attinto all'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo che, nel tempo, ha esteso la nozione di vita familiare, includendovi le relazioni tra *partner* del medesimo genere. Sulla ricostruzione della CGUE, si veda M. BASSETTI DE ANGELIS, *Il minore registrato come figlio di due donne coniugate*, cit., p. 3 ss.

[13] Cfr. § 62.

[14] Cfr. § 63-64.

[15] Cfr. § 68.

atto di nascita da parte delle sue autorità nazionali e, dall'altro, a riconoscere, come ogni altro Stato membro, il documento promanante dallo Stato membro ospitante che consente a detto minore di esercitare, con ciascuna di tali due persone, il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri[16].

Il secondo intervento ha avuto origine da una domanda pregiudiziale vertente sull'interpretazione delle medesime disposizioni sopra richiamate, presentata nell'ambito di una controversia introdotta dal Difensore civico nazionale polacco nei confronti del responsabile dell'anagrafe di Cracovia, in merito al diniego di quest'ultimo di trascrivere nel registro dello stato civile l'atto di nascita della figlia di due donne coniugate, una cittadina polacca e l'altra irlandese. La bambina è nata in Spagna ed è stata registrata dall'anagrafe spagnola in base ad una dichiarazione congiunta della madre della minore e della sua coniuge, le quali figurano nell'atto di nascita, rispettivamente, come «madre A» e «madre B». Successivamente, è stata richiesta la trascrizione dell'atto di nascita rilasciato in Spagna nel registro polacco dello stato civile, ma la domanda è stata respinta dal responsabile dell'anagrafe poiché la trascrizione sarebbe contraria ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico della Repubblica di Polonia. Tale decisione non è stata impugnata e, quindi, è divenuta definitiva: tuttavia, la madre di origini polacche ha chiesto assistenza al Difensore civico nazionale che ha adito il Tribunale amministrativo del voivodato di Cracovia.

Quest'ultimo si è rivolto in via pregiudiziale alla CGUE evidenziando come la disciplina vigente in Polonia non garantisca in modo effettivo il diritto alla libera circolazione dei minori che si trovino in situazioni analoghe a quella che ha originato la questione: tuttavia, le differenze esistenti tra le norme in tema di stato civile e matrimonio, applicabili nei diversi Stati membri, non possono pregiudicare la libertà riconosciuta ad ogni cittadino dell'Unione di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

La CGUE ha definito la questione con un'ordinanza[17], nella quale ha confermato integralmente la ricostruzione operata nella pronuncia precedente e, così, anche le conclusioni.

[16] Cfr. § 69.

[17] CGUE, Sezione X, ordinanza 24 giugno 2022, causa C-2/21 (*Rezecznik Praw Obywatelskich*): la Corte si è pronunciata con ordinanza in base all'all'art. 99 (*Risposta formulata con ordinanza motivata*) del *Regolamento di procedura della Corte di giustizia*, secondo il quale «[q]uando una questione pregiudiziale è identica a una questione sulla quale la Corte ha già statuito, quando la risposta a tale questione può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza o quando la risposta alla questione pregiudiziale non dà adito a nessun ragionevole dubbio, la Corte, su proposta del giudice relatore, sentito l'avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata».

3. Segue: … in linea con gli indirizzi delle istituzioni europee

La posizione assunta dalla Corte di giustizia dell'Unione europea è in linea con gli indirizzi che promanano dalle istituzioni europee. L'11 marzo 2021, il Parlamento europeo ha adottato la Risoluzione *sulla proclamazione dell'Unione europea come zona di libertà per le persone LGBTIQ (2021/2557(RSP))*: qui si trova affermato – richiamando proprio la causa C-490/20, all'epoca pendente dinanzi alla CGUE – «che essere genitore in uno Stato membro significa esserlo in tutti gli Stati membri»[18].

Quest'ultima affermazione è stata ripresa dal *Discorso sullo stato dell'Unione*, pronunciato dalla Presidente von der Leyen, sei mesi prima, durante la sessione plenaria del Parlamento europeo del 16 settembre 2020. In questa occasione, la Presidente ha precisato che essere se stessi non è ideologia, ma è la propria identità che nessuno può usurpare: perciò, «LGBTQI-free zones are humanity free zones**.** And they have no place in our Union»[19]. La Commissione si è così impegnata a presentare una strategia per rafforzare i diritti delle persone LGBTQI e facilitare il riconoscimento reciproco delle relazioni familiari nell'UE.

Infatti, la Commissione europea ha poi adottato la prima strategia per l'uguaglianza LGBTIQ per il periodo 2020-2025[20], le cui due azioni principali consistono in un'iniziativa volta a tutelare i diritti delle famiglie arcobaleno e un aggiornamento, da effettuare entro il 2022, degli orientamenti del 2009 sulla libera circolazione. L'importanza di armonizzare le norme di diritto internazionale privato in materia di filiazione a tutela dell'interesse superiore del minore è sottolineata anche nella strategia dell'UE sui diritti dei minori[21].

Successivamente, il Parlamento europeo nella Risoluzione del 14 settembre 2021 *sui diritti delle persone LGBTIQ nell'UE (2021/2679(RSP))*[22] ha ribadito

[18] Considerando X.

[19] Reperibile all'indirizzo *https://ec.europa.eu/info/strategy/strategic-planning/state-union-addresses/state-union-2020_it*, (p. 20).

[20] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Unione dell'uguaglianza: strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025*, del 12 novembre 2020, COM(2020) 698 final.

[21] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Strategia dell'UE sui diritti dei minori*, del 24 marzo 2021, COM(2021) 142 final.

[22] Il Parlamento parte dalla considerazione che alla Commissione per le petizioni sono state espresse preoccupazioni in molteplici iniziative, in generale, per la discriminazione subita dalle persone LGBTIQ nell'UE e, in particolare, dalle coppie dello stesso sesso e dalle famiglie arcobaleno. Di conseguenza, è stata manifestata l'esigenza di garantire alle famiglie arcobaleno gli stessi diritti familiari riconosciuti alle famiglie formate da coppie eterosessuali e ai loro figli in tutti gli Stati membri e, soprattutto, il diritto alla libera circolazione all'interno dell'UE e il riconoscimento reciproco della loro relazione e della genitorialità, tenuto conto, fra l'altro, che i genitori *transgender* i cui documenti d'identità non sono riconosciuti dopo aver attraversato una frontiera possono perdere tutti i legami giuridici con i loro figli, con gravi ripercussioni per l'interesse superiore di questi ultimi.

la necessità che le istituzioni europee si adoperino per garantire il pieno godimento, da parte delle persone LGBTIQ, dei diritti fondamentali in tutti gli Stati membri dell'UE, ricordando che le istituzioni dell'UE e gli Stati membri hanno il dovere di rispettare e proteggere tali diritti conformemente ai Trattati, alla *Carta* e al diritto internazionale. Ha altresì confermato la necessità che l'UE adotti un approccio comune in merito al riconoscimento dei matrimoni e delle unioni tra persone dello stesso sesso e sollecitato gli Stati membri a introdurre la legislazione pertinente per garantire il pieno rispetto del diritto alla vita privata e familiare senza discriminazioni e la libera circolazione di tutte le famiglie, comprese misure volte a facilitare il riconoscimento del genere legale dei genitori *transgender*.

Il Parlamento europeo ha perciò rinnovato l'invito alla Commissione ad attivarsi per far sì che tutti gli Stati membri rispettino la continuità giuridica dei legami familiari dei membri delle famiglie arcobaleno che si recano nel loro territorio in provenienza da un altro Stato membro, almeno in tutte le circostanze nelle quali ciò è prescritto dalla *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Sempre rivolgendosi alla Commissione, ha poi manifestato l'esigenza che la normativa che verrà proposta imponga a tutti gli Stati membri di riconoscere, ai fini del diritto nazionale, gli adulti menzionati in un certificato di nascita rilasciato in un altro Stato membro come genitori legali del figlio, indipendentemente dal sesso legale o dallo stato civile degli adulti, nonché i matrimoni o le unioni registrate, costituiti in un altro Stato membro, in tutte le situazioni in cui i coniugi o i *partner* registrati abbiano diritto alla parità di trattamento in virtù della giurisprudenza della Corte EDU.

Infine, il Parlamento ha evidenziato l'importanza del riconoscimento dei certificati di nascita in tutti gli Stati membri, indipendentemente dal sesso dei genitori, in quanto ciò garantirebbe che i bambini non diventino apolidi laddove si trasferiscano in un altro Paese membro.

Tutto ciò è stato poi ribadito nella Risoluzione del 5 aprile 2022 *sulla tutela dei diritti dei minori nei procedimenti di diritto civile, amministrativo e di famiglia (2021/2060(INI))*.

Nella primavera del 2021, la Commissione ha avviato i lavori in merito ad una proposta legislativa di regolamento sul riconoscimento della genitorialità tra Stati membri, il cui obiettivo è garantire che la genitorialità, una volta definita in un Paese dell'UE, debba essere riconosciuta in tutta l'Unione, in modo che i minori conservino i loro diritti in situazioni transfrontaliere, in particolare quando le loro famiglie viaggiano o si spostano da uno Stato membro all'altro. I lavori sono terminati il 7 dicembre 2022 con la proposta di regolamento del Consiglio *relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di genitorialità e*

all'istituzione di un certificato europeo di genitorialità, COM(2022) 695 final.

4. Un raffronto con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Gli arresti giurisprudenziali della Corte EDU – pur riconoscendo il margine di apprezzamento dei singoli Stati contraenti in punto di PMA, GPA e di definizione giuridica della relazione fra genitore intenzionale, privo di legami biologici, e figlio – hanno teso a valorizzare il principio del superiore interesse del minore comprimendo il limite dell'ordine pubblico proprio al fine di tutelare i diritti del minore, vista la sua posizione di maggiore vulnerabilità.

La giurisprudenza in materia di trascrizione degli atti di nascita stranieri, in seguito a PMA o GPA, è cospicua: nell'economia di questa ricostruzione è possibile partire dalle pronunce *Mennesson*[23] e *Labassée*[24]. In questi due casi[25], la Corte EDU si è occupata del rifiuto di trascrizione in Francia degli atti di nascita, redatti all'estero, di alcuni bambini nati attraverso la pratica della GPA, ritenendolo un'ingerenza illegittima perché sproporzionata rispetto allo scopo di salvaguardare il principio di indisponibilità della persona su cui viene fondato l'espresso divieto di surrogazione di maternità. Infatti, la mancata trascrizione determina una situazione di clandestinità giuridica poiché impedisce al bambino l'acquisto della cittadinanza, determinando problemi in ordine alla possibile permanenza sul territorio dello Stato, oltre alle conseguenze sul piano civilistico potenzialmente molto dannose. Ha perciò ritenuto di dover tutelare il rapporto di filiazione come espressione della vita privata dei figli,

[23] Corte EDU, sez. V, sentenza 26 giugno 2014, ricorso n. 65192/11 (*Mennesson c. Francia*).

[24] Corte EDU, sez. V, sentenza 26 giugno 2014, ricorso n. 65941/11 (*Labassée c. Francia*).

[25] Fra i molti commenti, si rinvia a: A. DURAN AYAGO, *Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso* Mennesson c. France *(n.° 65192/11) y caso* Labassee c. France *(n.° 65941/11), de 26 de junio de 2014*, in *Ars Iuris Salmanticensis*, 2/2014, p. 277; H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, *Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères: Regard prospectif sur les arrêt* Labassée *et* Mennesson *de la CEDH du 26 juin 2014*, in *Recueil Dalloz*, 31/2014, p. 1773; F. CHENEDE, *Les arrêt* Mennesson *et* Labassée *ou l'instrumentalisation des droits de l'homme*, *ivi*, p. 1797; L. D'AVOUT, *La «reconnaissance» de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les ârrets Mennesson et Labassée*, *ivi*, p. 1806; J.-P. MARGUENAUD, *La revalorization de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 4/2014, p. 835; A. VETTOREL, *International Surrogacy Arrangements: Recent Developments and Ongoing Problems*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 3/2015, p. 523; A. MONDONNEIX, *La portée des arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 juin 2014,* Mennesson et Labassée, in *Revue Juridique de l'Ouest*, NS/2016, p. 109; L. OJA, A.E. YAMIN, *"Woman" in the European Human Rights System: How is the Reproductive Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights Constructing Narratives of Women's Citizenship?*, in *Columbia Journal of Gender and the Law*, 1/2016, p. 62; L. BRACKEN, *Assessing the best interests of the child in cases of cross-border surrogacy: inconsistency in the Strasbourg approach?*, in *Journal of Social Welfare & Family Law*, 3/2017, p. 368; C. FENTON-GLYNN, *International surrogacy before the European Court of Human Rights*, in *Journal of Private International Law*, 3/2017, p. 546.

riconoscendo la preminenza della parentela biologica quale componente ineludibile dell'identità di ciascun individuo.

Ne consegue che deve essere riconosciuto lo *status filiationis* nei confronti del genitore che abbia un legame biologico col bambino: inoltre, qualora sussista un legame consolidato[26], potrà essere riconosciuto il rapporto genitoriale anche con il genitore d'intenzione privo di legami genetici col bambino[27].

Nel primo *Advisory opinion*[28], la Corte EDU, assumendo sempre come

[26] V. Corte EDU, Grande Camera, sentenza 24 gennaio 2017, ricorso n. 25358/12 (*Paradiso e Campanelli c. Italia*): cfr. C. HONORATI, *Paradiso e Campanelli c. Italia: atto finale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2017, p. 438; G. CASABURI, *La Corte europea cambia opinione: l'allontanamento di un bambino nato da maternità surrogata e in violazione delle disposizioni italiane sull'adozione internazionale non viola l'art. 8 Cedu*, in *Il Foro italiano*, 3/2017, IV, p. 117; E. FALETTI, *Vita familiare e vita privata nel caso Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera della Corte di Strasburgo*, in *Famiglia e diritto*, 8-9/2017, p. 729; L. LENTI, *Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4/2017, p. 425; S. PENASA, *Il caso Paradiso e Campanelli c. Italia: verso modelli familiari "a geometria variabile"?*, in *BioLaw Journal*, 1/2017, p. 1; D. ROSANI, *"The Best Interests of the Parents". La maternità surrogata in Europa tra Interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, *ivi*, p. 109; G. RECINTO, *Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo*, in *Diritto delle successioni e famiglia*, 3/2017, p. 895; A. VIVIANI, Paradiso e Campanelli *di fronte alla Grande Camera: un nuovo limite per le "famiglie di fatto"?*, in *GenIUS*, 1/2017, p. 78; E. FARNÓS AMORÓS, *"Paradiso y Campanelli c. Italia" (II): los casos difíciles crean mal derecho*, in *Revista de Bioética y Derecho*, 40/2017, p. 231; S. SONELLI, *L'interesse superiore del minore. Ulteriori «tessere» per la ricostruzione di una nozione poliedrica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4/2018, p. 1373; M. PICCHI, *Surrogate Motherhood: Protecting the Best Interests of the Child in Light of Recent Case Law*, in *Peace Human Rights Governance*, 3/2019, p. 307; *ID.*, *The Protection of the* Status Filiationis *in the Event of Surrogate Motherhood*, in D.A. FRENKEL (ed.), *A Contemporary Anthology of Law*, Athens Institute for Education and Research, Athens, 2022, p. 99; E. BATTELLI, *Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione, alla luce della giurisprudenza CEDU*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2/2021, p. 838. Le coordinate dell'interpretazione data dalla Grande Camera sono poi state confermate in Corte EDU, Sezione III, sentenza del 18 maggio 2021, ricorso n. 71552/17, (*Valdis Fjölnisdóttir e al. c. Islanda*).

[27] In questo senso sono anche Corte EDU, Sezione V, sentenza 16 luglio 2020, ricorso n. 11288/18 (*D. c. Francia*); decisione 19 novembre 2019, ricorsi n. 1462/18 (*C. c. Francia*) e n. 17348/18 (*E. c. Francia*); sez. V, sentenza 21 luglio 2018, ricorsi nn. 9063/14 e 10410/14 (*Foulon et Bouvet c. Francia*); Sezione V, sentenza 19 gennaio 2017, ricorso n. 44024/13 (*Laborie c. Francia*).

[28] Corte EDU, Grande Camera, parere 10 aprile 2019, richiesta n. P16-2018-001: cfr. J. HEYMANN, F. MARCHADIER, *La filiatin de l'enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger (à propos de l'avis consultatif de la CEDH, grande chambre du 10 avril 2019)*, in *Journal du droit international*, 4/2019, p. 1149; D. SZYMCZAK, *«Répondre et rassurer»: qualques enseignements à propos du premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme (obs. Sous Cour eur. dr. H., Gde Ch., avis consultatif relatif à la gestation pour autrui, 10 avril 2019)*, in *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 4/2019, p. 955; H. FULCHIRON, *Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme: un dialogue exemplaire?*, in *Recueil Dalloz*, 19/2019, p. 1084; A.-M. LEROYER, *GPA: un avis faussement salvateur de la maternité d'intention*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2/2019, p. 307; J.-P. MARGUENAUD, *L'avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme au visa de l'ultime arrêt Mennesson*, *ivi*, 4/2020, p. 817; O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in questa *Rivista*, 2/2019; L. TULLIO, *Prima applicazione della procedura consultiva prevista nel "Protocollo n. 16" CEDU e tutela dei minori*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 13/2020, p. 960 ss.; I. QUEIROLO, F. PESCE, *La surrogazione di maternità*

riferimento la preminenza dei *best interests* del minore, ha osservato che uno Stato potrebbe voler dissuadere i propri cittadini dall'andare all'estero per utilizzare procedure di riproduzione assistita vietate sul proprio territorio: tuttavia, gli effetti del mancato riconoscimento del rapporto di filiazione fra i bambini così concepiti e i genitori di intenzione si ripercuotono non solo su questi ultimi ma anche sui minori che verrebbero pregiudicati nei loro diritti, con effetti negativi soprattutto per quanto riguarda il rispetto della vita privata nel caso in cui rimanesse incerto il loro *status filiationis* poiché potrebbero incontrare difficoltà, ad esempio, nel riconoscimento della cittadinanza, nel mantenimento della residenza con la madre e nei diritti successori.

La tutela della vita privata e personale del bambino e il diritto a conoscere le proprie origini e ad essere protetto da eventuali abusi si frappongono nel riconoscimento dello stato di filiazione nei confronti dei genitori committenti: la Corte EDU osserva come dare preminenza all'interesse del minore significhi anche che è necessario individuare le persone responsabili per la sua educazione e crescita, facendo in modo che il bambino possa vivere stabilmente in un determinato ambiente familiare. Ne consegue che una generale e assoluta preclusione all'instaurazione di un legame di filiazione con la madre di intenzione è incompatibile proprio con i *best interests* del minore. Inoltre, quando è coinvolto un aspetto fondamentale dell'identità dell'individuo, come il rapporto genitore/figlio, il margine di apprezzamento dei singoli Stati è più limitato, soprattutto quando siano in gioco aspetti dell'identità personale del minore, come la determinazione dell'ambiente in cui debba vivere e l'individuazione delle persone responsabili della sua crescita.

Sulla base di queste premesse, la Corte EDU ha perciò affermato che, in ragione dei *best interests* del minore e del ristretto margine di apprezzamento dello Stato, il diritto nazionale debba prevedere la possibilità di riconoscere il legame di filiazione di un minore nato all'estero tramite maternità surrogata con la madre committente, quando nel certificato di nascita straniero sia stata indicata come *legal mother*: non solo, il riconoscimento di tale *status* appare ancor più necessario nel caso in cui nella procedura di surrogazione sia stato utilizzato il materiale biologico della madre committente[29].

Dopodiché ha precisato che l'interesse del bambino è nel senso di rendere l'incertezza relativa al rapporto giudico con la madre di intenzione priva di legami biologici il più breve possibile allo scopo di evitare che si trovi in una posizione vulnerabile sotto molteplici profili del suo diritto al rispetto della vita privata. Gli Stati non sono obbligati ad iscrivere nel registro dello stato civile i contenuti del certificato di nascita redatto all'estero: le procedure variano da

innanzi alla Corte di Strasburgo, in *La cittadinanza europea*, 1/2021, p. 223 (spec. p. 228 ss.).

[29] Cfr. § 47.

Paese a Paese e la scelta rientra nel margine di apprezzamento degli Stati. In particolare, l'art. 8 CEDU non impone che il riconoscimento della relazione tra madre di intenzione e figlio avvenga fin dalla nascita, ma solamente quando questa si sia tradotta in una realtà concreta e il relativo giudizio spetta necessariamente alle autorità nazionali. Fra le possibili soluzioni vi è anche l'adozione, purché la procedura consenta di prendere una rapida decisione e l'autorità giudiziaria competente possa valutare il miglior interesse del bambino alla luce delle circostanze del caso concreto. Ciò non significa che debba essere prevista una procedura *ad hoc* per i casi di adozione legati al ricorso alla pratica della GPA: è però importante che l'*iter*, pur consentendo un apprezzamento concreto della situazione reale a tutela dell'interesse del minore, si svolga rapidamente, allo scopo di ridurre i tempi di incertezza relativi al rapporto del bambino con la madre di intenzione[30].

La Corte EDU lascia dunque intendere che le soluzioni alternative che ciascun Stato può individuare per consentire l'instaurazione del rapporto di filiazione col genitore committente privo di rapporti biologici devono produrre effetti comunque pieni ed equivalenti alla trascrizione del certificato di nascita straniero o del provvedimento rilasciato dall'autorità straniera competente.

Parrebbe però potersi ricavare, *a fortiori*, che il riconoscimento dello *status filiationis* sia ancor più necessario in caso di PMA, alla quale abbiano fatto ricorso coppie omoaffettive: a maggior ragione quando vi sia stato il ricorso alla tecnica di procreazione assistita nota come *Reception of Oocytes from Partner* (ROPA)[31].

5. Gli arresti della giurisprudenza costituzionale …

Per quanto riguarda la Corte costituzionale, ha percorso un cammino che, di recente, l'ha portata a delle aperture rilevando l'insufficienza della tutela dei *best interest of the child* e la necessità dell'intervento tempestivo da parte del legislatore[32].

A partire dalla sentenza n. 162/2014, nel rimuovere il divieto assoluto di fecondazione eterologa, la Corte ha compiuto delle ricostruzioni destinate a

[30] In tal senso è anche la giurisprudenza successiva: cfr. Corte EDU, Sezione V, sentenza 19 novembre 2019, ricorsi nn. 1462/18 (*C. c. France*) e 17348/18 (*E. c. France*). In merito si vedano le considerazioni di E. CRIVELLI, *La Corte Edu richiama la prima* Advisory opinion*: un incentivo per l'Italia a ratificare il Protocollo 16?*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2020, p. 450 ss.

[31] Consiste in una tecnica di fecondazione in vitro finalizzata a consentire la partecipazione alla maternità di entrambe le componenti di una coppia: una delle due donne è sottoposta a stimolazione ovarica per produrre ovuli maturi che verranno fecondati e impiantati nell'utero dell'altra donna. La prima avrà un legame biologico e genetico col bambino che verrà partorito dalla seconda.

[32] Per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale si rinvia a M. PICCHI, *La tutela del rapporto di filiazione in caso di maternità surrogata: arresti giurisprudenziali e prospettive*, in *federalismi.it*, 29/2020, p. 114 ss.

rimanere costanti nella giurisprudenza successiva: il carattere eterosessuale della coppia che ricorre alle tecniche di PMA e il divieto sanzionato penalmente della GPA, giustificato dall'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette a tale tecnica procreativa perché, come ha precisato successivamente, «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»[33].

In una successiva pronuncia, la n. 237/2019[34], la Corte si è occupata della norma che non consente di formare un atto di nascita nel quale indicare come genitori di un minore due persone dello stesso sesso. La Corte ha osservato che, sebbene la genitorialità del nato a seguito di PMA sia legata anche al consenso prestato e alla responsabilità accettata dalla coppia che è ricorsa a questa tecnica, nondimeno la l. n. 40/2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*) presuppone che le coppie coinvolte dal progetto di genitorialità siano di sesso diverso.

Questa ricostruzione è stata confermata poco dopo, quando il Giudice costituzionale ha ritenuto possibile[35], alla luce della giurisprudenza di legittimità

[33] Corte cost., sentenza 18 dicembre 2017, n. 272, cons. dir. § 4.2.

[34] La vicenda riguardava il rifiuto da parte di un ufficiale di stato civile di ricevere la dichiarazione di nascita espressa congiuntamente da due donne che erano ricorse alla PMA all'estero, mentre il parto era avvenuto in Italia. In merito, si vedano: L. DELL'ATTI, *Omogenitorialità, genitorialità intenzionale e legge straniera applicabile. Considerazioni costituzionali a margine di Corte cost., 237/2019*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2020, p. 248; A. CANNONE, *Norme italiane in tema di fecondazione eterologa per coppie* same-sex*: norme di applicazione necessaria?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2/2020, p. 563; G. CASABURI, *Nota a Corte cost., sent. 237/2019*, in *Il Foro italiano*, 1/2020, I, col. 54; F. CORTESI, *Il diritto civile e la procedura civile*, in *Questione Giustizia*, 4/2020, p. 171; E. MALFATTI, *La gestazione per altri, tra letture 'neutralizzanti' il fenomeno e tutela sovranazionale degli human rights*, in *Diritttifondamentali.it*, 1/2021, p. 373; G. SAVI, *Procreazione e filiazione: le azioni di* status filiationis *ed il canone di rispondenza a veridicità*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 4/2020, p. 1732; M. SESTA, *L'atto di nascita del cittadino straniero nato in Italia non può recare il riconoscimento di due madri*, in *Famiglia e diritto*, 4/2020, p. 325; S. TALINI, *Unioni civili, omogenitorialità e Costituzione: tra discrezionalità legislativa e (altri) margini giurisprudenziali*, in *Diritto e società*, 4/2020, p. 895.

[35] Cfr. Corte cost., sentenza 20 ottobre 2020, n. 230. Fra i molti commenti, si richiamano quelli di: A. APOSTOLI, *La tutela dei nati da PMA eterologa in un contesto omosessuale femminile*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2020, p. 2760; I. BARONE, *Genitorialità naturale, genitorialità procreativa artificiale, unioni civili*, in *Familia*, 2/2021, p. 223; A. DI MARTINO, *Corte costituzionale, atti di nascita di bambini nati nell'ambito di una coppia lesbica e accesso alla P.M.A.*, in *Diritti comparati*, 19 novembre 2020; S. SPATOLA, *Il giudice delle leggi dice "no" al riconoscimento dell'omogenitorialità per via estensiva: non è la Corte costituzionale il luogo ma il Parlamento. A margine della sentenza n. 230 del 2020 della Consulta*, in *federalismi.it*, 35/2020, p. 105; N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, *ivi*, 3/2021, p. 86; S. FLORE, *Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte costituzionale*, *ivi*, 24/2021, p. 38; M. PICCHI, *"Figli di un dio minore": quando lo* status filiationis *dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 230/2020 della Corte costituzionale)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2021, p. 1; C. BONA, *La filiazione omosessuale, tra "rivoluzione arcobaleno" e diritto "postmoderno"*, in *Il Foro italiano*, 1/2021, I, col. 39; S. STEFANELLI, *Il rapporto tra nato in Italia da p.m.a. e madre intenzionale resta confinato all'adozione genitoriale*, *ivi*, col. 44; M. DOGLIOTTI, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è*

e sempre in caso di coppie omoaffettive femminili, la trascrizione nel nostro Paese dei certificati e provvedimenti stranieri di riconoscimento dello *status filiationis* nei confronti della madre non gestante anche nel caso in cui questa si sia limitata a prestare il proprio consenso senza contribuire con alcun apporto biologico, perché non vi sarebbe alcun contrasto con il principio di ordine pubblico. In maniera altrettanto chiara ha però ribadito che, in caso di nascita in Italia, non è possibile l'indicazione della doppia maternità nel certificato di nascita neppure quando il bambino abbia un rapporto biologico con la madre non gestante.

Questa soluzione presenta, però, dei contrasti con la giurisprudenza della Corte EDU, secondo la quale lo *status filiationis* – in caso di surrogazione di maternità, ma è da ritenere a maggior ragione anche in caso di PMA – deve essere sempre tutelato e riconosciuto nei confronti del genitore che abbia un legame biologico col bambino. Inoltre, dal punto di vista del minore, si viene a creare una disparità di trattamento in ragione del luogo di nascita: nel caso in cui questa sia avvenuta all'estero, si potrà avere la trascrizione dell'atto di nascita straniero e il bambino potrà instaurare un rapporto di filiazione pienamente legittimante con la madre di intenzione anche quando quest'ultima non abbia contribuito con alcun apporto biologico. Invece, in caso di nascita in Italia, il bambino potrà instaurare un rapporto con la madre intenzionale soltanto attraverso lo strumento dell'adozione in casi particolari, *ex* art. 44, lett. *d*), l. n. 184/1983 (*Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*), anche quando la madre non gestante sia però madre biologica. Il contrasto è accentuato altresì dal fatto che la Corte costituzionale ha ritenuto adeguato lo strumento dell'adozione in casi particolari sebbene l'istituto non consentisse, all'epoca, l'instaurazione di rapporti parentali con gli ascendenti dell'adottante e sia, tuttora, subordinato all'iniziativa del genitore intenzionale, necessiti del consenso del genitore biologico e la procedura non sia celere.

Nel volgere di pochi mesi si è assistito ad una significativa evoluzione nella giurisprudenza costituzionale con le sentenze n. 32 e n. 33 del 2021[36]. La prima

l'unica percorribile?, in *Famiglia e diritto*, 7/2021, p. 688; G. FERRANDO, *Di chi è figlio un bambino con due mamme? Commento a prima lettura di Corte cost. n. 230/2020*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2/2021, p. 417; S. MESSINA, *Il riconoscimento della famiglia omogenitoriale spetta al legislatore*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 4/2021, p. 1541; A. GIUBILEI, *L'aspirazione alla genitorialità delle coppie omosessuali femminili. Nota alla sentenza n. 230 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 3/2020, p. 1; E. OLIVITO, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2021, p. 137.

[36] Fra i molti commenti, A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consulta online*, 1/2021, p. 221; M. CALDIRONI, *La genitorialità intenzionale e l'interesse del minore: un vuoto di tutela intollerabile*, *ivi*, 3/2021, p. 1047; F. RIMOLI, *Diritto all'omogenitorialità,* best interests of the child *e famiglia "naturale": un problema ancora irrisolto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2021, p. 339; F. ASTONE,

Procreazione di coppie same sex e status dei figli: un problema di discrezionalità legislativa?, *ivi*, p. 357; A. CORDIANO, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, in *BioLaw Journal*, 3/2021, p. 13; G. BARCELLONA, *Sorvegliare gli adulti punendo i bambini*, *ivi*, p. 59; M. TESCARO, *Riflessioni civilistiche in tema di ordine pubblico internazionale, maternità surrogata e arte della costanza*, *ivi*, p. 41; A. D'ALOIA, *Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore*, *ivi*, p. 73; I. CARLOTTO, *Maternità surrogata e identità frammentate: quale legame conta davvero?*, *ivi*, p. 103; F. FERRARI, *L'interesse del minore tra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore (passando per l'Ufficiale di stato civile). Riflessioni a margine di C. cost. n. 33 del 2021*, *ivi*, p. 127; R. BIN, *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore. Conclusioni*, *ivi*, p. 145; G. FERRI, *Tecniche procreative, ordine pubblico e interesse del minore. Introduzione*, *ivi*, p. 7; P. VERONESI, *Ancora sull'incerto mestiere del nascere e del diventare genitori: i casi di cui alle sentenze nn. 32 e 33 della Corte costituzionale*, *ivi*, p. 483; B. LIBERALI, *Le nuove dimensioni del consenso informato: quali limiti materiali e temporali?*, *ivi*, p. 505; A. MATTEONI, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle "decisioni di incostituzionalità prospettata": verso un giudizio di costituzionalità di ottemperanza?*, *ivi*, 2/2021, p. 348; S. CECCHINI, *Un caso di effettività perduta: la legge n. 40/2004 e la doppia maternità*, *ivi*, 4/2021, p. 355; G. D'AMICO, *La preminente … discrezionalità del legislatore e il "giuoco delle parti"*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3/2021, p. 623; M. FORTINO, *L'omogenitorialità di fronte alla Corte costituzionale: decisioni prudenti o insoddisfacenti?*, *ivi*, p. 641; F. POGGI, *La bilancia inceppata: La Corte costituzionale e la mancata tutela dei nati all'estero a seguito di gpa*, *ivi*, p. 655; S. TONOLO, *Tecnologie riproduttive, progetti genitoriali, e questioni di diritto internazionale privato concernenti lo* status filiationis, *ivi*, p. 669; A. ZANOTTI, *La vita a comando*, *ivi*, p. 699; F. MANNELLA, *Oltre un serio avvertimento al legislatore? La Corte costituzionale e la nuova categoria di "nati non riconoscibili"*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 1/2021, p. 1; E. FRONTONI, *L'adozione in «casi particolari» non è più sufficiente per tutelare l'interesse dei minori nati attraverso la maternità surrogata*, *ivi*, 2/2021, p.1; F. PATERNITI, *Status di figlio e limiti alle possibilità genitoriali delle coppie omoaffettive: lacune dell'ordinamento, attese legislative e (problematici) arresti giurisprudenziali*, in *Rivista AIC*, 4/2021, p. 228; C. ATTANASIO, *La Consulta e il tema della omogenitorialità: un monito al legislatore sulla necessità di una più ampia tutela del superiore interesse del minore*, in *Familia*, 3/2021, p. 349; R. ZAMPERINI, *Il Doppio Sogno della Corte costituzionale tra figli non riconoscibili e genitorialità disconosciute*, *ivi*, p. 379; A. MORACE PINELLI, *La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. L'intervento della Corte costituzionale, in attesa del legislatore*, *ivi*, p. 406; N. CHIRICALLO, *Maternità surrogata e adozione in casi particolari: il doppio "*non liquet*" della Consulta*, *ivi*, p. 421; V. TIGANO, *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di* status filiationis, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 3/2021, p. 1043; M.R. DONNARUMMA, The best interest of the child *e il monito al legislatore su temi eticamente sensibili*, in *Diritto penale e uomo*, 4/2021, p. 109; P. GIANNITI, *Il faticoso procedere della persona umana tra i crinali della storia*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 3/2021, p. 1243; F. AZZARRI, *I diritti dei nati da gestazione per altri e i limiti costituzionali dell'ordine pubblico*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 5/2021, p. 1153; B. CHECCHINI, *L'«omogenitorialità» ancora al vaglio della Corte costituzionale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 3/2021, p. 609; G. FERRANDO, *Diritti dei bambini e genitori dello stesso sesso. Il cambio di passo della Consulta*, *ivi*, 4/2021, p. 937; U. SALANITRO, *L'adozione e i suoi confini. Per una disciplina della filiazione da procreazione assistita illecita*, *ivi*, p. 944; M.C. VENUTI, *Diritti dei figli vs. genitorialità* same-sex*: antitesi o composizione? Il dialogo (muto?) tra la Corte costituzionale e il legislatore italiano*, *ivi*, p. 949; E. BILOTTI, *La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale*, *ivi*, p. 919; A. RASI, *Sugli effetti dei pareri consultivi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 3/2021, p. 889; F. ANGELINI, *Adozione sociale* versus *surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico. La sentenza n. 9006 del 2021 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Rivista di Diritti Comparati*, n. 3/2021, p. 186; S. TONOLO, *La Corte costituzionale e la genitorialità delle coppie dello stesso sesso tra trascrizione degli atti di nascita esteri e soluzioni alternative*, in *Corriere giuridico*, 8-9/2021, p. 1034; V. CALDERAI, *Il dito e la luna. I diritti fondamentali*

pronuncia si è occupata di un caso di PMA cui aveva fatto ricorso una coppia di donne e del prospettato vuoto di tutela rilevato dal giudice *a quo*, vista la situazione conflittuale della coppia che rendeva impraticabile il ricorso all'adozione in casi particolari; la seconda si è occupata della preclusione, in ragione del principio di ordine pubblico, al riconoscimento in Italia di un provvedimento giudiziario straniero che attribuisce lo stato di genitori a due uomini italiani, uniti civilmente, che avevano fatto ricorso alla tecnica della GPA all'estero.

In tutti e due i casi, anche se con ricostruzioni e toni differenti, la Corte costituzionale si pronuncia per l'inammissibilità delle questioni denunciando l'urgenza di un intervento del legislatore per offrire una diversa tutela del miglior interesse del minore, nel senso di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del rapporto con il genitore intenzionale, al fine di attenuare il divario tra realtà fattuale e realtà legale. La Corte rileva cioè l'inadeguatezza dell'adozione in casi particolari poiché, in caso di crisi della coppia e di negazione dell'assenso da parte del genitore biologico/legale, non è praticabile, con inevitabili ripercussioni sul minore. L'insufficienza dello strumento è dovuta anche ad altre peculiarità: non conferisce al minore lo *status* di figlio legittimo dell'adottante, non assicura la creazione di un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante e non interrompe i rapporti con la famiglia d'origine.

In entrambe le pronunce, la Corte ritiene, vista la materia eticamente sensibile, di non poter colmare il vuoto ed invita il legislatore ad intervenire per comporre in maniera ragionevole un equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti. Nella prima pronuncia, oltre a redarguire il legislatore perché il protrarsi dell'inerzia legislativa non sarebbe più tollerabile in futuro, «tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore»[37], la Corte offre dei suggerimenti: una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento oppure l'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca con una procedura tempestiva ed efficace la pienezza dei diritti connessi alla filiazione.

Le conclusioni della seconda pronuncia sono assimilabili[38], sebbene l'impostazione sia differente dal momento che lo *status filiationis* di cui si è dovuta occupare vede a monte una GPA, pratica che – la Corte rammenta – offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane. Anche in questa occasione, la Corte costituzionale focalizza

dell'infanzia dopo Corte cost. n. 33/2021, in *Giurisprudenza Italiana*, 2/2022, p. 301; C. FAVILLI, *Stato filiale e genitorialità scoiale: dal fatto al rapporto*, *ivi*, p. 312; A.M. GAMBINO, *Genitori d'intenzione e diritti dei figli*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 16 bis/2022, p. 1158; L. BOZZI, *Maternità surrogata, le ragioni del divieto e le proposte di regolamentazione: un cerchio che non si chiude*, *ivi*, p. 3318; A. CORDIANO, *Rapporti genitoriali e gestazione per altri: legami adottivi fra* stepchild adoption *e* second-parent adoption, *ivi*, p. 3370.

[37] Corte cost., sentenza 9 marzo 2021, n. 32, cons. dir. § 2.4.1.4.

[38] Cfr. Corte cost., sentenza 9 marzo 2021, n. 33, cons. dir. § 5.9.

l'attenzione sugli interessi del minore e verifica se il diritto vivente espresso dalle Sezioni unite civili della Cassazione – il riferimento è alla sentenza n. 12193/2019[39] – sia compatibile con i diritti del minore sanciti dalle norme costituzionali e sovranazionali. I legami che, nella realtà fattuale, uniscono il bambino a entrambi i componenti della coppia sono riconosciuti parte integrante dell'identità del bambino e, dunque, è indiscutibile l'interesse del minore al loro riconoscimento non solo sociale ma anche giuridico, al fine di essere identificato dalla legge come membro di quella famiglia o di quel nucleo di affetti, composto da tutte le persone che in concreto ne fanno parte: né l'orientamento sessuale della coppia incide di per sé sull'idoneità all'assunzione della responsabilità genitoriale.

La Corte precisa, però, che l'interesse del bambino non deve essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco, ma provvisto di uno «speciale "peso"» in sede di bilanciamento: ossia, dovrà essere ponderato alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità e di cui si fa carico la Corte di cassazione negando «la trascrivibilità di un provvedimento giudiziario straniero, nella parte in cui attribuisce lo *status* di genitore anche al componente della coppia che abbia partecipato alla surrogazione di maternità, senza fornire i propri gameti»[40].

Poco tempo dopo, il Giudice costituzionale ha ritenuto, per mezzo della sentenza n. 79/2022, di offrire immediatamente una tutela più adeguata al superiore interesse del minore correggendo alcuni aspetti di inadeguatezza dell'adozione in casi particolari[41]. Infatti, ha dichiarato l'illegittimità

[39] V., *infra*, § 6.

[40] Cons. dir. § 5.5: però, la Corte costituzionale, per far proprio il diritto vivente e la ricostruzione prospettata, legge il provvedimento giudiziario straniero non nella prospettiva del minore e della conseguente attribuzione del suo *status* di figlio nei confronti del genitore con il quale non ha legami biologici, bensì nella prospettiva del genitore e del suo *status* verso il minore.

[41] La questione riguarda una coppia omosessuale – unita in matrimonio all'estero, poi trascritto e riconosciuto come unione civile anche in Italia – che aveva avviato un progetto di genitorialità condivisa, ricorrendo ad un accordo di GPA all'estero. Nel tempo, sono nate due bambine: la prima ha ricevuto da subito il doppio cognome dei due padri e, in seguito, quello non biologico ha intrapreso il procedimento di adozione *ex* art. 44, lett. *d)*, l. n. 184/1983. La seconda ha ricevuto soltanto il cognome del padre biologico e, anche in questo caso, il padre privo di legami biologici ha intrapreso il procedimento per l'adozione in casi particolari chiedendo altresì al Tribunale per i minorenni dell'Emilia-Romagna di riconoscere, quale effetto consequenziale della sentenza di adozione, un legame di parentela pieno anche con in propri ascendenti e i parenti tutti. A commento, si vedano: M. PICCHI, *Maternità surrogata e* status filiationis *del bambino adottato dal genitore non biologico*, in *Familia*, 31 marzo 2022; R. TREZZA, *È consentito avere un padre biologico e un padre adottivo nell'interesse superiore del minore*, *ivi*, 7 aprile 2022; N. CHIRICALLO, *Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma*, *ivi*, 17 maggio 2022; G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in *Questione Giustizia*, 7 giugno 2022; M.N. BUGETTI, *Lo* status *di figlio di coppia omosessuale a dieci anni dall'introduzione dello stato unico di filiazione: Un* excursus *giurisprudenziale (e qualche*

costituzionale dell'art. 55, l. n. 184/1983, nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, comma 2, cod. civ., prevede che l'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante.

La Corte, dando risalto alla differenza tra adozione del minore e del maggiore di età, afferma che il mancato riconoscimento dei rapporti civili con i parenti dell'adottante determina una discriminazione verso il bambino adottato *ex* art. 44, l. n. 184/1983 rispetto agli altri figli, in palese violazione dell'art. 3 Cost., e lo priva di relazioni giuridiche che contribuiscono a formare la sua identità e a consolidare la sua dimensione personale e patrimoniale, in contrasto con l'art. 31, comma 2, e l'art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 8 *CEDU*. Nonostante la riforma della filiazione compiuta nel 2012/2013 e l'avvenuta unificazione dello *status* di figlio, al solo minore adottato in casi particolari vengono negati i legami parentali con la famiglia del genitore adottivo, privandolo dei legami parentali che il legislatore ha però inteso garantire a tutti i figli affinché «possano crescere in un ambiente solido e protetto dai vincoli familiari, a partire da quelli più vicini, con i fratelli e con i nonni»[42]. A ciò si aggiunga che le casistiche che consento l'adozione in casi particolari fanno tutte riferimento a situazioni che richiedono di potenziare le tutele e non di ridurle: l'adozione in casi particolari non determina la recisione dei legami con la famiglia d'origine, nondimeno comprende casi in cui la nuova rete di rapporti familiari non costituisce un privilegio, quanto piuttosto un consolidamento della tutela rispetto a situazioni peculiari e delicate, nonché il doveroso riconoscimento giuridico di relazioni che hanno una notevole incidenza sulla crescita e sulla formazione di tali minori e che non possono essere negate, se non a costo di incidere sulla loro identità[43].

È una svolta significativa anche se non integralmente risolutiva: difatti, oltre alla mancanza di celerità nella procedura da seguire, permane la necessità del consenso del genitore biologico/legale e dell'iniziativa del genitore intenzionale. Ma soprattutto, al minore non viene riconosciuto il diritto d'agire per ottenere l'instaurazione di un rapporto di filiazione col genitore intenzionale.

riflessione), in *Famiglia e Diritto*, 8-9/2022, p. 849; A. FIGONE, *Il vincolo di parentela anche nell'adozione del minore in casi particolari*, in *Ilfamiliarista.it*, 17 giugno 2022; F. NOVELLO, *Adozione "mite" e legame parentale: l'intervento della Corte costituzionale*, in *GiustiziaCivile.com*, 23 giugno 2022; P. DI MICHELE, *Nell'atto di nascita non possono essere indicate quali genitrici la mamma biologica e quella c.d. "d'intenzione"*, in *Diritto & Giustizia*, 125/2022, p. 20; M. C. ERRIGO, *Garantire le relazioni familiari. La decisione della Corte costituzionale n. 79/2022*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2022, p. 330; E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela a tutti i minori adottati: nota alla sentenza n. 79 del 2022*, *ivi*, n. 5/2022, p.129; M.C. CARBONE, *Famiglia e nuovi rapporti di parentela: la Corte costituzionale traccia il sentiero per il riconoscimento giuridico della "familiarità sociale"*, in *Consulta online*, 3/2022, p. 1021; S. CORSO, *Prestigiazione, ovvero sull'adozione del minore da parte del singolo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 3/2022, p. 609.

[42] Corte cost., sentenza 28 marzo 2022, n. 79, cons. dir. § 8.2.

[43] Cfr. cons. dir. § 8.3.

6. Segue: … e della Corte di cassazione

Le pronunce del giudice di legittimità sono numerose e si sono acquietate nel senso di escludere, per contrarietà all'ordine pubblico, la trascrivibilità dell'atto di nascita formato all'estero in esecuzione di un contratto di maternità surrogata, in mancanza di un legame biologico del minore con i committenti, ammettendo però la trascrivibilità dell'atto di nascita rispetto al genitore di intenzione che abbia anche un legame biologico. Invece, il genitore di intenzione privo di legami biologici dovrà ricorrere all'adozione in casi particolari per instaurare il rapporto genitoriale col minore[44].

A fronte di una giurisprudenza – di merito e di legittimità – talvolta incerta e mutevole, le Sezioni unite della Cassazione, con la già menzionata sentenza n. 12193/2019[45], hanno cercato di fare chiarezza ritenendo non possibile il riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla GPA ed il genitore d'intenzione privo di legami biologici e munito della cittadinanza italiana poiché il divieto di GPA previsto dall'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, deve essere qualificato come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione[46]. Questi valori, secondo il giudice di legittimità,

[44] Cfr. Corte di cassazione, Sezione I civ., sentenza dell'11 novembre 2014, n. 24001, e sentenza del 22 giugno 2016, n. 12962. In particolare, con quest'ultima pronuncia la Corte ha precisato che l'espressione "impossibilità di affidamento preadottivo", contenuta nella clausola residuale dell'art. 44, comma 1, lett. *d*), l. n. 184/1983, ricomprende oltre all'impossibilità di fatto, anche quella di diritto, così da considerare anche i rapporti familiari di fatto già esistenti col minore e permetterne l'adozione da parte del compagno del genitore, in assenza di uno stato di abbandono.

[45] V. A.M. LECIS COCCO ORRU, *L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU: Riflessioni a partire dal primo parere consultivo della Corte EDU su GPA e trascrizioni*, in *GenIUS*, 1/2019, p. 68; V. BARBA, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019*, *ivi*, p. 15; M.C. BARUFFI, *Gli effetti della maternità surrogata al vaglio della Corte di cassazione italiana e di altre corti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2/2020 p. 290; G. CHIAPPETTA, *La surrogazione di maternità innanzi alla Corte costituzionale e alla Corte di cassazione*, in *La cittadinanza europea*, 1/2021, p. 244.

[46] Secondo una parte della dottrina, la Corte di cassazione sarebbe giunta a conclusioni analoghe a quelle della Corte EDU: cfr. F.M. BUONAIUTI, *Recognition in Italy of filiation established abroad by surrogate motherhood, between transnational continuity of personal* status *an public policy*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2/2019, p. 294; B. LIBERALI, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 5/2019, p. 197; E. CRIVELLI, *Il primo parere in attuazione del Protocollo n. 16 Cedu: alcuni chiarimenti in tema di maternità surrogata*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2019, p. 709; S. TONOLO, *La nozione di ordine pubblico alla luce della sentenza della Corte di cassazione (sez. un. civ.), n. 12193/2019: tra «costituzionalizzazione attenuata» e bilanciamento con il principio del superiore interesse del minore*, in *Rivista di diritto internazionale*, 4/2019, p. 1137; M. SARZO, *La nuova procedura consultiva prevista dal Protocollo n. 16 alla luce del parere della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di surrogazione di maternità*, *ivi*, p. 1158; G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in

sono ritenuti «non irragionevolmente […] prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione» e, in ogni caso, non è esclusa «la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari»[47].

Tale pronuncia, oltre alle criticità legate all'adozione in casi particolari, ha lasciato irrisolto un altro problema: la soluzione prospettata non mette in discussione il rapporto di filiazione col genitore biologico ma soltanto col genitore sociale nei confronti del quale il minore potrà veder riconosciuto il proprio legame affettivo per mezzo della sola adozione in casi particolari. Il disvalore riferito alla GPA deve essere "sopportato" interamente dal genitore che ha prestato il consenso ma non ha contribuito materialmente alla procreazione e, soprattutto, dal minore. La giurisprudenza di legittimità ha generato un paradosso: la GPA, penalmente vietata nel nostro Paese, non porta alla perseguibilità penale dei genitori committenti quando sia realizzata all'estero, però permangono degli effetti negativi ricondotti alla lesione dei valori della dignità della donna che ricadono sul genitore privo di legami biologici e sul minore che non potrà attivarsi per instaurare un rapporto di filiazione col genitore intenzionale privo di legami biologici.

Segnare con uno stigma la vita del genitore sociale e quella del minore significa riconoscere, soprattutto a quest'ultimo, un'identità degradata: né è chiaro come questa conseguenza possa rimediare alla violazione della dignità della donna, considerato altresì che quest'ultimo bene è stato oggetto di considerazione, tutela e disciplina nel Paese straniero ove la GPA è stata realizzata legalmente.

Inoltre, occorre tener conto del fatto che le soluzioni prospettate devono

Famiglia e diritto, 7/2019, p. 677; A. VALONGO, *Gestazione per altri e ordine pubblico internazionale – la c.d. "filiazione omogenitoriale" al vaglio delle sezioni unite della Cassazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 3/2020, p. 543. Invece, si sono espressi criticamente A. SPADAFORA, *Procreare semper licet?*, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 3/2019, pp. 1098 ss., M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, in *Famiglia e diritto*, 7/2019, p. 667 ss., e D. GIUNCHEDI, *Maternità surrogata tra ordine pubblico,* favor veritatis *e dignità della maternità*, in *Corriere giuridico*, 10/2019, p. 1212. In particolare, sull'ampliata nozione di ordine pubblico, accolta dalla Corte di cassazione, si rinvia a: G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, ESI, Napoli, 2019; G. RECINTO, *La decisione delle Sezioni unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere 'filiazione'*, in *Diritto delle successioni e famiglia*, 2/2019, p. 347; G. CASABURI, *Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente*, in *Il Foro Italiano*, 6/2019, I, p. 2003; G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Diritto delle successioni e famiglia*, 2/2019, p. 337; M.M. WINKLER, K. TRILHA SCHAPPO, *A Tale of Two Fathers*, in *The Italian Law Journal*, 1/2019, p. 359; M. MANETTI, *L'ordine pubblico internazionale e la Costituzione. Prime note*, in *BioLaw Journal*, 3/2021, p. 93; V. PAPPA MONTEFORTE, *Riflessioni sul concetto di ordine pubblico sovranazionale*, in *Notariato*, 3/2022, p. 247.

[47] Corte cass., Sezioni Unite civ., sentenza 8 maggio 2019, n. 12193, § 13.4.

esprimere il bilanciamento dei molteplici interessi in gioco nei diversi momenti: il divieto di surrogazione di maternità è frutto del bilanciamento di molteplici principi e valori, ponderati prima che detta tecnica procreativa venga realizzata. Ne consegue che in questa fase la dignità della donna che si rende disponibile alla gestazione per altri e l'interesse del bambino non ancora concepito dovranno essere valutati secondo specifiche prospettive (anche dissuasive) e avranno un determinato peso. In seguito alla nascita, gli interessi e i valori in gioco da ponderare potranno essere ulteriori e, in ogni caso, anche quelli precedenti dovranno essere apprezzati secondo differenti prospettive che richiederanno un nuovo e adeguato bilanciamento.

Relativamente all'ordine pubblico e alla sua contrapposizione all'interesse del minore, occorre poi osservare che, se il primo è l'insieme dei valori fondanti l'ordinamento in un determinato momento, avuto riguardo alle indicazioni costituzionali e delle fonti internazionali, nonché all'interpretazione data ai singoli istituti e all'interpretazione giurisprudenziale, non si comprende come nella nozione di ordine pubblico non venga fatto rientrare anche il principio dei *best interests of child*, che non costituisce un valore frutto della scelta discrezionale del legislatore ma ha natura ben radicata nella Costituzione, nelle fonti internazionali e nella giurisprudenza. In altri termini, se l'interesse superiore del minore è una componente del principio di ordine pubblico non si comprende come quest'ultimo possa contrapporsi al primo e, soprattutto, affievolirlo.

Preme un'ultima osservazione: la Corte di cassazione ha precisato che la trascrizione dell'atto di nascita del nato da GPA realizzata all'estero nei confronti del genitore biologico è conforme alla giurisprudenza della Corte EDU perché, anche secondo quest'ultima, «la sussistenza di un legame genetico o biologico con il minore rappresenta dunque il limite oltre il quale è rimessa alla discrezionalità del legislatore statale l'individuazione degli strumenti più adeguati per conferire rilievo giuridico al rapporto genitoriale, compatibilmente con gli altri interessi coinvolti nella vicenda, e fermo restando l'obbligo di assicurare una tutela comparabile a quella ordinariamente ricollegabile allo *status filiationis*»[48], come avviene, appunto, con l'adozione in casi particolari. Questa precisazione poteva essere oggetto di un ulteriore sviluppo per quanto riguarda la PMA secondo il metodo ROPA poiché, in questo caso, il bambino ha legami biologici con la madre donatrice e così anche in caso di GPA omologa.

Dunque, la giurisprudenza di legittimità, al momento[49], ritiene trascrivibile nei registri dello stato civile l'atto di nascita straniero di un minore, indicato come figlio di due donne, nato a seguito del ricorso a tecniche di PMA

[48] § 13.3.
[49] Cfr. anche Corte cass, Sezione I civ., sentenza 23 agosto 2021, n. 23319.

all'estero poiché non si pone in contrasto con l'ordine pubblico internazionale, a differenza di quanto accade nel caso in cui il minore sia nato a seguito di GPA. Infatti, in questo secondo caso, il divieto sanzionato penalmente dalla l. n. 40/2004 deve considerarsi un principio di ordine pubblico, «in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore»[50]. Ne consegue che, al di fuori delle ipotesi in cui opera il divieto della surrogazione di maternità, l'insussistenza di un legame genetico o biologico con il minore nato all'estero non impedisce il riconoscimento del rapporto di filiazione con un cittadino italiano che abbia prestato il proprio consenso all'utilizzazione delle tecniche di PMA non consentite dal nostro ordinamento poiché le limitazioni contemplate nella l. n. 40/2004 costituiscono espressione non di principi di ordine pubblico internazionale, ma del margine di apprezzamento di cui il legislatore dispone nella definizione dei requisiti di accesso alle predette tecniche, la cui individuazione è vincolante nell'ordinamento interno, ma non è di ostacolo alla produzione di effetti da parte di atti o provvedimenti validamente formati nell'ambito di ordinamenti stranieri e disciplinati dalle relative disposizioni. A ciò si aggiunga che la nozione di ordine pubblico rilevante ai fini del riconoscimento dell'efficacia degli atti e dei provvedimenti stranieri è più ristretta di quella rilevante nell'ordinamento interno, corrispondente al complesso dei principi informatori dei singoli istituti, quali si desumono dalle norme imperative che li disciplinano: di conseguenza, non vi è alcuna contraddizione tra il riconoscimento del rapporto di filiazione risultante dall'atto di nascita formato all'estero e la preclusione all'indicazione della doppia maternità in caso di nascita in Italia.

Rimane l'incoerenza sul piano fattuale e la discriminazione verso i minori perché godranno, in ragione del luogo di nascita e di formazione del relativo atto[51], di una differente tutela sul piano dei diritti e del superiore interesse del minore benché quest'ultimo sia pur sempre un parametro fondamentale in materia familiare e che conforma lo stesso ordine pubblico internazionale.

Nell'intervallo fra le sentenze gemelle del 2021 della Corte costituzionale e l'ultima pronuncia della stessa in materia, la Corte di cassazione ha rimesso gli atti al Primo Presidente per un'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite[52], al fine di fornire direttive ai giudici di merito per colmare in via interpretativa la

[50] § 6.

[51] La preclusione, in caso di coppia di donne, all'indicazione della madre non partoriente nel certificato di nascita redatto in Italia è stata confermata, anche in caso di ROPA, da Corte cass, Sezione I civ., ordinanza 25 febbraio 2022, n. 6383, ordinanza 4 aprile 2022, n. 10844, e sentenze 23 agosto 2021, nn. 23320 e 23321.

[52] V. Corte cass., Sezione I civ., ordinanza 21 gennaio 2022, n. 1842.

lacuna normativa evidenziata dalle due pronunce costituzionali del 2021[53]. La vicenda aveva avuto origine dal rifiuto dell'ufficiale di stato civile di procedere alla rettifica dell'atto di nascita di un minore, figlio di una coppia omosessuale che era ricorsa alla gestazione per altri all'estero, in seguito a una sentenza dell'autorità giudiziaria canadese, mediante la quale anche il *partner* privo di legami biologici col bambino era stato dichiarato genitore dello stesso.

Secondo il collegio giudicante il diritto vivente cristallizzato nella sentenza n. 12193/2019 è inidoneo a rispondere alle esigenze di riconoscimento del legame di filiazione col genitore intenzionale, derivanti dalla Costituzione e dalle fonti convenzionali e sovranazionali. L'adozione in casi particolari non è in grado di tutelare i diritti del minore nel senso richiesto dalla Corte EDU e, di conseguenza: si sarebbe creato un vuoto normativo, in seguito alla sentenza n. 33/2021 della Corte costituzionale, rendendo necessaria una rivalutazione degli strumenti normativi esistenti, quali la delibazione e la trascrizione, per verificare se il divieto penale della surrogazione di maternità costituisca un insuperabile ostacolo alla loro utilizzazione, derivante dalla natura di ordine pubblico del divieto in questione.

Fra l'altro, la stessa sentenza n. 12193/2019 ha precisato, a proposito della disciplina che consente l'ingresso nel nostro ordinamento di atti e provvedimenti formati all'estero (l. n. 218/1995, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*), che non comporta il recepimento degli istituti ivi applicati, così come disciplinati dagli ordinamenti di provenienza, limitandosi a consentire la produzione dei relativi effetti nella misura in cui gli stessi risultino compatibili con la nozione di ordine pubblico. La delibazione di una sentenza straniera o la trascrizione di un atto di nascita emesso da autorità straniere non comporterebbero, cioè, il recepimento nel nostro ordinamento dell'accordo di maternità surrogata né conferirebbero legittimità ad una pratica procreativa vietata nel nostro Paese: ciò che verrebbe recepito, garantendone l'efficacia, è l'atto di assunzione di responsabilità genitoriale da parte del soggetto che ha deciso di essere coinvolto, prestando il consenso, nella decisione del proprio

[53] V. R. TREZZA, *Ordine pubblico e legame biologico-intenzionale tra genitori omosessuali e figlio nato da maternità surrogata*, in *Familia*, 2/2022, p. 253; A. GORGONI, *Surroga di maternità all'estero e stato di figlio in Italia: la parola ancora alle Sezioni Unite*, in *Persona e Mercato*, 2/2022; K. MASCIA, *Maternità surrogata: è irragionevole riconoscere il rapporto di genitorialità in capo al genitore biologico e non a quello di 'intenzione'*, in *Diritto & Giustizia*, 16/2022, p. 4; S. BUZI, *La gestazione per altri nell'ordinanza della Prima Sezione: tra riconoscimento degli effetti e profili di legittimità*, in *Familia*, 14 maggio 2022; M.N. BUGETTI, *Lo* status *di figlio di coppia omosessuale*, cit., p. 849; A. SCHILLACI, *Le gestazioni per altri: una sfida per il diritto*, in *BioLaw Journal*, 1/2022, p. 49; A. MORACE PINELLI, *Non si attende il legislatore. Lo spinoso problema della maternità surrogata torna all'esame delle Sezioni unite*, in *Giustizia insieme*, 10 maggio 2022; ID. *Il problema della maternità surrogata torna all'esame delle Sezioni Unite*, in *Familia*, 3/2022, p. 437, che si esprime in toni estremamente critici verso l'ordinanza interlocutoria.

partner di ricorrere alla tecnica procreativa in questione. Un consenso che diviene irrevocabile nel momento in cui inizia il processo procreativo, in forza di un fondamentale principio di responsabilità che riguarda qualsiasi forma di procreazione e che trova la sua giustificazione nella tutela dei diritti inviolabili del minore. In questa maniera, verrebbe data efficacia nel nostro Paese a un riconoscimento del rapporto di filiazione che è già avvenuto nell'ordinamento in cui il minore è nato, per dare continuità al suo *status* e ai diritti che ne derivano nei confronti dei soggetti responsabili della sua nascita, evitando i gravi pregiudizi che deriverebbero dalla rimodulazione della sua identità e dalla eliminazione di una figura genitoriale.

Aggiunge il Collegio che, se non si giunge ad una diversa interpretazione della clausola di ordine pubblico, si viene a creare un paradosso perché è sancita l'operatività della pratica vietata a favore del genitore biologico sanzionando irrazionalmente il soggetto che non ha avuto un ruolo efficiente nella procreazione e che, però, si è assunto la responsabilità di essere genitore.

Infine, nell'ordinanza interlocutoria è precisato che la delibazione e la trascrizione non dovrebbero operare automaticamente, ma caso per caso: nel senso, cioè, che vi si potrebbe procedere solo laddove sia accertato che il ricorso alla maternità surrogata nel Paese straniero non sia avvenuto in spregio al principio di dignità della madre gestante o fraudolentemente, in violazione delle leggi del Paese che la consente, da persone che non possono accedere alle procedure di adozione in Italia e intendono avvalersi della surrogazione di maternità senza rispettarne le condizioni legali di ammissione.

Il modello così delineato, secondo il Collegio, consentirebbe un possibile controllo di corrispondenza della delibazione all'ordine pubblico internazionale fondato sui valori condivisi di dignità della donna e di tutela dell'istituto dell'adozione oltre che sul bilanciamento dell'interesse del minore al riconoscimento con quello dello Stato a disincentivare comportamenti elusivi del divieto di surrogazione da parte dei cittadini italiani.

È evidente che l'ordinanza in questione è stata sicuramente influenzata dalla pronuncia del 2021 della CGUE. È altresì chiaro che, nonostante il rincorrersi delle pronunce nei diversi livelli di tutela, la non realizzata piena tutela del superiore interesse del minore dà vita a pronunce con contenuti contraddittori. La Cassazione lo dimostra con questa ordinanza interlocutoria, nella quale vengono denunciati i limiti connessi all'istituto dell'adozione in casi particolari, e però le pronunce successive sono ferme nel ritenere che, in caso di GPA, il certificato di nascita straniero non sia trascrivibile nei confronti del genitore intenzionale privo di legami biologici col minore.

7. Riflessioni conclusive

Il diritto di famiglia è una materia caratterizzata dalle peculiarità culturali dei singoli ordinamenti e la nozione di famiglia può essere ricondotta nell'ambito dell'identità nazionale, insita nella struttura fondamentale, politica e costituzionale di ciascun Stato membro, che l'Unione si impegna a rispettare, *ex* art. 4, paragrafo 2, TUE. Con le pronunce in commento, la CGUE ha così ricordato come il riconoscimento della doppia genitorialità omosessuale sia una scelta che rientra nella discrezionalità degli Stati membri: tuttavia, dovendo bilanciare i valori fondamentali di ciascun ordinamento nazionale con i diritti delle persone, ha affermato l'obbligo per gli Stati membri di riconoscere gli effetti dell'atto di nascita dello Stato membro ospitante. Tale ricostruzione consente di salvaguardare l'identità nazionale e l'ordine pubblico assicurando, però, tutela all'interesse superiore del minore a veder riconosciuto il suo *status filiationis* acquisito nel Paese membro ospitante, indipendentemente dal carattere omoaffettivo della coppia di genitori o dal fatto che questi ultimi hanno fatto ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita, compresa la GPA, vietate nei Paesi di origine. Una ricostruzione focalizzata interamente sull'interesse superiore del minore e che, però, sottintende l'accertamento da parte dello Stato ospitante del rispetto della normativa ivi vigente a tutela dei valori in gioco.

Questa soluzione di compromesso – con la quale la CGUE ha voluto evitare che il mancato riconoscimento dello *status* di figlio possa determinare una discriminazione nei suoi confronti in ragione del sesso dei genitori – va oltre gli arresti giurisprudenziali della Corte EDU. Secondo quest'ultima, non può essere preclusa l'instaurazione di un legame di filiazione con il genitore intenzionale anche se privo di legami biologici: gli Stati membri non sono però obbligati ad iscrivere nel registro dello stato civile i contenuti del certificato di nascita straniero e potranno scegliere soluzioni differenti, compresa l'adozione. Una procedura, quest'ultima, che non è immediata e che (potenzialmente) può rimettere in discussione i contenuti di quanto accertato dalle autorità dello Stato ove è nato il bambino. Ovvero, si potrebbe verificare una soluzione paradossale secondo la quale, stante la giurisprudenza della CGUE, un minore nato in altro Paese UE ha il diritto di circolare con i due genitori indicati nel certificato di nascita straniero e, però, il Paese di origine del genitore committente privo di legami biologici non consente l'adozione perché non vengono riscontrati i presupposti.

Ne consegue che, rispetto agli arresti della Corte EDU, le pronunce della CGUE riducono maggiormente gli spazi decisionali statali.

Inoltre, la CGUE – nell'enunciare l'obbligo per gli Stati membri di riconoscere gli effetti del rapporto di filiazione costituito in uno Stato membro – non

distingue tra figli nati a seguito del ricorso a PMA o a GPA[54]. Ciò significa che le fonti UE, come interpretate dalla CGUE, impediscono agli Stati membri di invocare il limite dell'ordine pubblico e dell'identità nazionale, quando si tratti di tutelare la libertà di circolazione e i diritti sanciti dalla *Carta* a favore del minore, anche in caso di maternità surrogata (sia fra coppie omosessuali che eterosessuali) poiché i problemi di tutela e i pericoli di discriminazione appaiono i medesimi di quelli affrontati nelle pronunce in commento.

Le due pronunce della CGUE impongono dunque che anche il nostro Paese, nonostante gli arresti della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, riconosca il certificato di nascita straniero, in caso di GPA, ai fini della tutela dei diritti del minore, derivanti dalle fonti dell'Unione. Fra l'atro, la soluzione prospettata dalla CGUE, seppur giungendo a conclusioni ben differenti, era già stata riconosciuta dalla stessa Corte di cassazione proprio nella sentenza n. 12193/2019 dove ha constatato che la trascrizione di un certificato di nascita straniero non determina comunque il recepimento della tecnica procreativa della GPA.

È dunque necessario riflettere sulla tesi ribadita dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 33/2021: ossia, la possibilità di comprimere, seppur invocando la proporzionalità, i diritti fondamentali dei minori allo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare la GPA, tenuto conto che l'impossibilità di riconoscere il certificato di nascita redatto all'estero non è posto a diretta tutela della dignità della donna. Né l'efficacia deterrente a fronte di una condotta vietata può avere conseguenze e sacrifici che ricadono sui diritti del minore. Peraltro, non bisogna dimenticare che la l. n. 40/2004 non pone preclusioni esplicite: queste sono state ricavate soltanto in via interpretativa dalla giurisprudenza.

Ad ogni buon conto, rimangono numerose contraddizioni e incoerenze, a partire dall'inadeguatezza dell'adozione in casi particolari, nonostante la recente pronuncia della Corte costituzionale. Tale istituto non è congeniato per disciplinare il rapporto col minore la cui nascita è stata progettata dai genitori intenzionali: alle ragioni di inadeguatezza sopra enunciate, occorre aggiungere che non potrebbe garantire la tutela del superiore interesse del minore nel caso in cui il genitore intenzionale muoia o diventi incapace prima della nascita o della costituzione del rapporto o, comunque, in caso di rinuncia alla procedura. Ma soprattutto, il minore o il suo rappresentante legale non possono pretendere il rispetto degli obblighi patrimoniali connessi con la figura genitoriale, determinando conseguenze paradossali: l'interesse del minore all'irrevocabilità del consenso (art. 6, l. n. 40/2004) non avrebbe alcun rilievo e la volontà

[54] Cfr. C. BENANTI, *Lo Stato membro che non riconosce la doppia genitorialità dello stesso sesso*, cit., p. 2; E. NALIN, *Dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, cit., p. 254.

originaria del genitore non sarebbe vincolante proprio nel caso in cui questi non abbia rispettato i requisiti legali per accedere alle tecniche procreative[55].

Tutto ciò è ancor più paradossale nel caso di una coppia omoaffettiva femminile, ove la madre intenzionale che ha contribuito con la donazione dell'ovulo alla compagna gestante è pur semper legata biologicamente al minore e l'istituto dell'adozione in casi particolari sembra non soddisfare, a maggior ragione, l'interesse superiore del bambino al riconoscimento della propria identità e delle proprie origini, secondo i parametri elaborati dalla Corte EDU.

La situazione diventa ancora più problematica, sempre con riferimento ai *best interests* del bambino, nell'ipotesi in cui la coppia omoaffettiva femminile sia composta da una cittadina extracomunitaria, che porta a termine la gravidanza nel nostro Paese, e da una cittadina italiana. In questo caso, l'impossibilità di indicare nell'atto di nascita il nominativo della seconda madre avrà conseguenze significative: nell'immediato, il minore non avrà la cittadinanza italiana né quella europea; così anche in futuro se la madre intenzionale non si attiverà per l'adozione in casi particolari.

Perciò, occorre chiedersi se le ragioni ad oggi portate dalla giurisprudenza di legittimità e costituzionale possano ancora tenere alla luce dei valori costituzionali in gioco. In ogni caso, il fatto che il limite dell'ordine pubblico interno abbia un contenuto più lato non costituisce una giustificazione sufficiente alla disparità di trattamento che viene determinata fra i minori nati in Italia e quelli nati all'estero: disparità di trattamento che può sussistere anche fra i nati in Italia dal momento che alcuni giudici di merito autorizzano l'indicazione della doppia maternità anche nei certificati di nascita redatti nel nostro Paese, discostandosi dalle indicazioni del giudice costituzionale e del giudice di legittimità.

[55] Cfr. U. SALANITRO, *L'adozione e i suoi confini. Per una disciplina della filiazione da procreazione assistita illecita*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4/2021, p. 944 ss.

LA RIFORMA COSTITUZIONALE IN MATERIA DI TUTELA DELL'AMBIENTE TRA DIMENSIONE INTERGENERAZIONALE E MUTAMENTI DELLA COSTITUZIONE ECONOMICA

FRANCESCO SANCHINI*

Sommario

1. Introduzione. – 2. La modifica dell'art. 9: la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi entra all'interno dei principi fondamentali della Carta. – 2.1 La prospettiva intergenerazionale dell'intervento riformatore: la vera "protagonista" della riforma? – 3. La modifica dell'art. 41 Cost.: verso un possibile "risveglio" di tale (tormentata) previsione costituzionale. – 4. Considerazioni conclusive.

Abstract

The essay aims to reflect on the recent reform, approved with constitutional law no. 1/2022, of articles 9 and 41 of the Italian Constitution. The text, in analyzing its contents, focuses on the most problematic aspects, trying to identify the implications on a systematic perspective.

Suggerimento di citazione

F. SANCHINI, *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente tra dimensione intergenerazionale e mutamenti della costituzione economica,* in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Firenze. Contatto: francesco.sanchini@unifi.it

© 2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 3/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Introduzione

La questione ambientale sta assumendo una sempre maggiore rilevanza nel dibattito politico, economico e giuridico.

Ormai da molti anni la comunità scientifica ha diffuso molteplici raccomandazioni circa la necessità di mantenere alta l'attenzione su tale delicata tematica, sì da scongiurare i possibili effetti dannosi connessi a un utilizzo irresponsabile delle risorse naturali e, più in generale, scaturenti da un non equilibrato rapporto di convivenza tra l'uomo e l'ambiente globalmente considerato.

Sempre più frequentemente ricorre infatti nel dibattito pubblico l'allarme legato al "*climate change*", ovverosia al processo in atto di surriscaldamento globale causato dal progressivo aumento delle emissioni di CO2.

Quest'ultimo avvertimento ha trovato una "cassa di risonanza" in alcuni movimenti di denuncia sociale – tra cui quello dei c.d. "*Fridays for Future*" – che, riunendosi in manifestazioni di piazza, hanno lamentato da anni la mancanza di un'effettiva presa di coscienza della problematica (specie nell'interesse delle generazioni future) da parte dei Governi di tutto il mondo.

Il tema all'attenzione ha altresì costituito oggetto dell'Enciclica "*Laudato si'*" di Papa Francesco. All'interno di tale documento, proprio partendo dalle gravi conseguenze derivanti dallo sconsiderato impiego delle risorse naturali, è stato con forza evidenziato come la crisi ambientale non possa ritenersi scissa da quella sociale e come il recupero di una prospettiva solidaristica, anche a livello intergenerazionale, rappresenti una condizione imprescindibile per la cura effettiva della nostra "casa comune"[1].

Benché la questione interessi l'intero pianeta, ragioni di contesto impongono inevitabilmente di concentrarci sulla dimensione continentale onde ricordare come, sul piano giuridico, anche a livello europeo la materia abbia acquisito una considerazione sempre maggiore.

Senza dover necessariamente indugiare sui primissimi richiami all'ambiente – di cui si trova traccia, ad esempio, nell'Atto unico europeo del 1986[2] – basti rammentare che già nel 2000, con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, esso è divenuto oggetto di un "livello elevato di tutela" da integrare nelle politiche dell'Unione e garantire anche in conformità al principio di sviluppo sostenibile[3].

[1] Lettera Enciclica "*Laudato si'*" del Santo Padre Francesco sulla "Cura della Casa comune", reperibile all'indirizzo: https://www.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si_it.pdf.

[2] Art. 25, Atto Unico Europeo.

[3] Art. 37, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, rubricato "Tutela dell'ambiente", ai sensi del quale "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". Per un commento a tale previsione A. LUCARELLI, *Art. 37. Tutela dell'ambiente*, in R.

Con il TFUE, sancita la competenza concorrente dell'Unione in materia ambientale unitamente ancora al principio di integrazione[4], sono stati fissati i capisaldi della politica europea per il perseguimento di alcuni obiettivi ambiziosi e di ampio respiro, fra cui la "salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente", la "protezione della salute", l'"utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali", oltre che la lotta ai cambiamenti climatici[5].

Sullo sfondo di un simile impianto giuridico in tempi più recenti – posto l'impegno globale al perseguimento del programma d'azione di cui all'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile[6] – il quadro sovranazionale si è arricchito di importanti atti d'impulso a livello politico.

Tra questi non può certamente omettersi di richiamare il c.d. *Green Deal* europeo, documento programmatico varato sul finire del 2019 dalla Commissione orientato al raggiungimento della neutralità climatica entro il 2050 nonché all'adozione di modelli di crescita economica disgiunta dal consumo di risorse[7].

Parallelamente a tale progressiva considerazione a livello sovranazionale, anche sul piano interno si è assistito a un graduale (e inevitabile) processo di sensibilizzazione attorno al tema in analisi, e ciò pur a fronte di un dettato costituzionale originariamente "spoglio" di qualsivoglia esplicito riferimento all'ambiente e alla necessità di una sua specifica tutela[8].

BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, pp, 258 ss.

[4] Art. 11, Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

[5] Art. 191, Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

[6] Si tratta del noto programma d'azione mondiale per la tutela della persona e del pianeta approvato dall'Assemblea Generale ONU, previa sottoscrizione nel 2015 da parte di 193 Paesi membri, che intende perseguire entro il 2030 diciassette obiettivi per lo sviluppo sostenibile in materia ambientale, economica e sociale, tra cui quelli del "Consumo e la produzione responsabili" (Goal 12) e della "Lotta al cambiamento climatico" (Goal 13). Una puntuale descrizione di tali scopi è consultabile all'indirizzo: https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/.

[7] La Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al C.E.S.E. e al Comitato delle regioni COM (2019) 640 final del 11.12.2019 è consultabile all'indirizzo: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52019DC0640. Per un approfondimento sul sistema di *governance* adottato dall'Unione europea per il raggiungimento degli obiettivi del *Green Deal*, F. DONATI, *Il Green Deal e la governance europea dell'energia e del clima*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, fasc. n. 1/2022, pp. 13 ss. Sulle caratteristiche fondamentali di tale programma si vedano i contributi di E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2021, pp. 415 ss. e di E. CHITI, *Managing the Ecological Transition of the EU: the European Green Deal as a Regulatory Process*, in *Common Market Law Review*, Vol. 59, Issue 1, 2022, p. 19 ss. In argomento v. altresì A. MOLITERNI, *Il Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell'ambiente*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, fasc. n. 1/2020, pp. 4 ss.

[8] Per una riflessione di ampio respiro sul ruolo dell'ambiente in Costituzione si veda in particolare S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n. 3/2017, pp. 4 ss. nonché B. CARAVITA, A. MORRONE, *Ambiente e Costituzione*, in B. CARAVITA, L. CASSETTI, A. MORRONE (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016, pp. 17 ss.

È circostanza notoria, infatti, che un iniziale e significativo apporto è stato offerto dalla giurisprudenza costituzionale[9], che cercò anzitutto di individuare quelle previsioni – prime su tutte gli artt. 2, 9 e 32 Cost.[10] – che potessero sopperire a una simile mancanza onde poi addivenire a una concezione della tutela dell'ambiente come vero e proprio "valore costituzionale"[11].

Dopo la riforma del Titolo V della Carta, che ha ricondotto la "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali" fra le materie attratte alla competenza legislativa esclusiva dello Stato[12], decisivo è stato ancora il contributo della Corte costituzionale.

Tale giudice ha invero osservato che la tutela dell'ambiente, quale valore tutelato dalla Costituzione, si atteggia come materia trasversale che coinvolge e si "intreccia inestricabilmente" con altri interessi e competenze, di tal che spetta ancora una volta allo Stato l'assunzione di quelle determinazioni rispondenti ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme su tutto il territorio nazionale[13].

A quasi venti anni dalla "prima" menzione della tutela dell'ambiente in Costituzione si è riacceso il dibattito attorno alla necessità di metter mano a una revisione che ne rafforzasse il ruolo all'interno della sistematica della Carta ed anzi elevasse una simile esigenza – come vedremo – a prerogativa informatrice dell'intero impianto ordinamentale.

La discussione è originata a partire da una serie di proposte di legge oggetto di esame in sede referente al Senato sul finire del 2019[14] che, a seguito di taluni cicli di audizioni informali [15] e accorpamenti ad altri disegni di legge

[9] Fra i contributi al riguardo, R. BIFULCO, *Una rassegna della giurisprudenza costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, in *Corti supreme e salute*, fasc. n. 2/2019, pp. 305 ss.

[10] *Ex multis*, Corte costituzionale, sentenza 22 maggio 1987, n. 210.

[11] *Ex multis*, Corte costituzionale, sentenza 30 dicembre 1987, n. 617, Considerato in diritto punto 4.2, secondo cui l'ambiente costituisce "un bene primario e di un valore assoluto costituzionalmente garantito alla collettività", nonché sulla medesima falsariga le sentenze 30 dicembre 1987, n. 641 e 15 novembre 1988, n. 1031.

[12] Art. 117, comma 2, lett. s), Cost.

[13] Si veda la sentenza della Corte costituzionale, 26 luglio 2002, n. 407 e la pronuncia 23 gennaio 2009, n. 12, nonché più di recente la sentenza 17 gennaio 2019, n. 7.

[14] Si ricorda infatti come l'esame in sede referente delle proposte di legge S. 83, S. 212 e S. 1203 riunite sia stato avviato in Senato a partire dalla seduta dell'8 ottobre 2019 della prima Commissione Affari costituzionali, successivamente alla quale si è svolto un ciclo di audizioni informali tra l'ottobre 2019 e l'aprile 2021.

[15] Tra i più significativi interventi si vedano G. AZZARITI, *Appunto per l'audizione presso la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica del 16 gennaio 2020 – Modifica articolo 9 della Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, fasc. n. 1/2020, pp. 67 ss.; D. CERINI, *Audizione presso il Senato della Repubblica sui disegni di legge costituzionale n. 83 del 23 marzo 2018, n. 212 del 3 aprile 2018, n. 1203 del 2 aprile 2019 e 1532 dell'8 ottobre 2019*, in *Senato.it*, pp. 1 ss.; M. D'AMICO, *Commissione Affari Costituzionali, Senato della Repubblica Audizione sui Disegni di legge costituzionale nn. 83 e connessi (14 novembre 2019)*, in *Osservatorio AIC*, fasc. n. 6/2019, pp. 93 ss.; G. GRASSO, *Appunti per l'Audizione informale resa il 4 febbraio 2020, presso la 1° Commissione (Affari Costituzionali) del Senato*

costituzionale[16], hanno successivamente condotto all'adozione di un testo unificato approvato dall'Assemblea nel giugno dello scorso anno, poi esaminato, discusso e approvato anche alla Camera pochi mesi dopo[17].

La seconda deliberazione non ha incontrato particolari ostacoli atteso che, dapprima al Senato nella seduta del 3 novembre 2021 e poi alla Camera nella seduta dell'8 febbraio 2022, è stata raggiunta la maggioranza qualificata necessaria all'approvazione della modifica costituzionale senza necessità di ricorrere alla (eventuale) consultazione referendaria a mente dell'art. 138, comma 2, Cost.

Il percorso di revisione costituzionale ha così restituito un intervento che ha operato su due fronti modificando, come noto, gli articoli 9 e 41 della Carta fondamentale.

In particolare, se con riguardo all'art. 9 è stato aggiunto un terzo comma ove si prevede che la Repubblica "[t]utela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni" e che "[l]a legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali", l'art. 41 ha visto modificare i suoi commi secondo e terzo.

All'interno di tale ultimo articolo si dispone, da un lato, che l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da arrecare danno – oltre che alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana – anche "alla salute" e "all'ambiente" e, dall'altro, che la legge determina i programmi e controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere destinata e coordinata a fini – non soltanto sociali ma anche – "ambientali".

Dalla semplice lettura della rinnovata formulazione degli evocati artt. 9 e 41 è agevole comprendere che l'intervento riformatore ha toccato due segmenti realmente significativi della trama costituzionale, interessando i principi

della Repubblica sul disegno di legge costituzionale n. 83 e connessi (tutela costituzionale dell'ambiente), in *Osservatorio AIC*, fasc. n. 2/2020, pp. 6 ss.; A. MORRONE, *Audizione alla I Commissione del Senato della Repubblica – La tutela dell'ambiente in Costituzione*, in *Senato.it*, pp. 1 ss.; D. PORENA, *Audizione del 24 ottobre 2019 nell'ambito dell'esame dei disegni di legge costituzionale n. 83, n. 212, n. 1203 e n. 1532 recanti modifiche all'art. 9 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*, in *Senato.it*, pp. 1 ss. Per un'analisi dei lavori preparatori si veda G.L. CONTI, *Note minime sulla sopravvivenza dei valori ambientali alla loro costituzionalizzazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. n. 2/2022, pp. 195 s.

[16] Nel corso dell'esame in Commissione sono stati riuniti i disegni di legge costituzionale nn. 1532, 1627, 1632, 938 e 2160. È stato poi istituito un Comitato ristretto per l'individuazione di un testo unificato dei disegni di legge in esame. Al termine delle sessioni di quest'ultimo, la Commissione ha adottato un testo base successivamente approvato in prima deliberazione nella seduta del 9 giugno 2021.

[17] La I Commissione della Camera ha iniziato l'esame in prima lettura del progetto di legge C. 3156, approvato dal Senato, e delle proposte di legge abbinate sul finire del giugno 2021 ed ha concluso la discussione in Assemblea il 12 ottobre 2021 con l'approvazione in prima deliberazione senza modificazioni.

fondamentali della Carta e, contestualmente, addentrandosi all'interno di quello che potremmo definire il "cuore" della Costituzione economica.

In considerazione della rilevante portata dell'intervento del legislatore costituzionale si impone quindi la necessità di interrogarsi sui contenuti della riforma, onde comprendere quelli che possono essere gli aspetti di criticità nonché le implicazioni che una così importante – e per certi versi radicale – modifica della Carta sembra poter presentare a livello sistematico e interpretativo.

2. La modifica dell'art. 9: la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi entra all'interno dei principi fondamentali della Carta

Si è poc'anzi osservato che la riforma ha interessato in primo luogo una previsione che, fino ad oggi, ha costituito indubbiamente uno dei principali riferimenti per la tutela costituzionale dell'ambiente.

L'art. 9 Cost. si vede infatti arricchito di un comma aggiuntivo in quanto, accanto alla promozione della cultura e della ricerca scientifica e tecnica (contemplato dal comma primo) e ferma restando la tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico della Nazione (di cui al comma secondo), si chiede ora alla Repubblica di tutelare altresì "l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni", rimettendo al contempo alla legge dello Stato la disciplina dei "modi e delle forme di tutela degli animali".

Trattandosi di una modifica – sia pur "additiva" – incidente su una disposizione collocata all'interno dei principi fondamentali della Carta, prima di affrontare qualsiasi riflessione circa il contenuto delle innovazioni introdotte risulta naturale interrogarsi attorno alla stessa ammissibilità di un simile intervento riformatore.

Per sciogliere l'interrogativo occorre fare riferimento alle coordinate interpretative tracciate dalla Corte costituzionale che ha da tempo precisato come, assieme al limite esplicito dell'art. 139 Cost. costituito dalla forma repubblicana, il potere di revisione costituzionale trovi un argine nei principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Questi ultimi, segnatamente, sono stati individuati in quei precetti che "pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana"[18].

Se ci limitassimo a considerare simili affermazioni, pertanto, dovremmo inevitabilmente addivenire alla conclusione per cui alcun intervento riformatore potrebbe mai ritenersi in tal senso ammissibile: tuttavia è stata la medesima

[18] Corte costituzionale, sentenza 29 dicembre 1988, n. 1146, Considerato in diritto, punto 2.1.

Corte ad aver chiaramente soggiunto che tali principi non possono essere sovvertiti o modificati soltanto con riferimento al loro "contenuto essenziale"[19].

Da qui la considerazione per cui ogni modifica espansiva di quel portato indefettibile espresso dalle disposizioni ricomprese all'interno dei principi fondamentali della Carta può risultare ammissibile a livello costituzionale, sempre che operazioni di questo genere non vadano in alcun modo a stravolgere le fondamenta valoriali dell'ordinamento per come consacrate nella Costituzione del '48.

La riforma, in effetti, pare correttamente collocarsi entro l'evocato ambito di "tollerabilità", recando innovazioni che, oltre a non sovvertire o modificare il contenuto essenziale dei principi supremi, sembrano porsi nel solco della consolidata tradizione giurisprudenziale della Corte costituzionale in materia di ambiente.

Ciononostante, è pur vero che, trattandosi della prima ipotesi nella storia repubblicana in cui si è assistito ad una modifica di tale portata, risulta comunque opportuno osservare un atteggiamento di cautela, non essendo al momento calcolabile l'impatto – positivo o negativo – di un simile "precedente"[20] sul piano sistematico e più in genere a livello ordinamentale.

D'altra parte, non possono sottacersi neppure i favorevoli risvolti che un simile innesto (quanto meno a prima lettura) sembra in grado di poter recare.

Ciò a partire dalla considerazione per cui la tutela dell'ambiente da "semplice" materia di riparto di competenze legislative viene oggi testualmente "elevata" a valore imprescindibile dell'intera trama costituzionale, venendosi in tal modo a colmare, secondo taluno, un vero e proprio "deficit" ritenuto ormai non più accettabile "per una moderna società liberaldemocratica"[21].

Posta quindi l'insussistenza – alla luce della prevalente interpretazione – di particolari preclusioni rispetto a modifiche ampliative del portato dei principi fondamentali, giova a tal punto analizzare più da vicino l'oggetto dell'intervento riformatore, ossia il modo in cui il legislatore costituzionale ha in concreto declinato l'esigenza di rafforzare la tutela dell'ambiente in Costituzione.

Da questo punto di vista un elemento che cattura immediatamente l'attenzione è il contestuale richiamo, all'interno del nuovo terzo comma dell'art. 9

[19] *Ibidem*.

[20] A tal riguardo si richiamano le considerazioni di T. E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021, p. 2, per il quale con la modifica dei principi fondamentali "si correrebbe il rischio di creare un pericoloso precedente, che oggi potrebbe valere pure in senso positivo ma domani non potrà essere impedito in senso negativo. Come dire: se si apre alla modifica dei principi fondamentali si accetta l'idea che questi possono essere comunque cambiati".

[21] In questo specifico senso I. A. NICOTRA, *L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, in *Federalismi.it*, 30 giugno 2021, p. 2, secondo la quale con la modifica in questione si porrebbe fine a quell'"inerzia" del legislatore costituzionale a lungo compensata dalle decisioni della Corte costituzionale.

Cost., ai concetti della tutela dell'"ambiente", degli "ecosistemi" e della "biodiversità", espressioni che oggi vengono peraltro a coesistere con i riferimenti alla "tutela dell'ambiente" e "dell'ecosistema" di cui alla lettera s) dell'art. 117, comma 2, Cost.

Ora, sotto il profilo terminologico, risulta evidente che l'"ambiente" si presenta come locuzione di per sé molto ampia, complessa e onnicomprensiva e, in quanto tale, in grado di accogliere potenzialmente al suo interno una molteplicità di altri elementi, quali appunto gli ecosistemi, la biodiversità nonché lo stesso paesaggio.

Ne consegue che il riferimento al solo "ambiente" (espressione indubbiamente più concisa ma non per questo meno completa e "includente") avrebbe forse potuto essere preso in maggiore considerazione ai fini della formulazione finale del testo.

Sul punto non può tuttavia sottacersi l'utile supporto della giurisprudenza costituzionale – già intervenuta con riguardo all'evocata materia di competenza esclusiva statale della "tutela dell'ambiente" e dell'"ecosistema" (si badi, qui declinato al singolare) di cui all'art. 117, comma 2, lett. s) – che ha chiarito che, se con riguardo al primo termine si usa riferirsi "a ciò che riguarda l'habitat degli esseri umani", nel secondo caso l'attenzione si sposta su "ciò che riguarda la conservazione della natura come valore in sé"[22].

Allo stesso modo, anche la "biodiversità" rappresenta un termine tutt'altro che insolito all'interno del gergo normativo e delle pronunce della Corte, ove pure sussistono riferimenti in proposito più o meno diretti.

Così, sul fronte normativo, possono richiamarsi la Convenzione sulla biodiversità di Rio del Janeiro del 1992 (ratificata con legge 14 febbraio 1994, n. 124)[23] e la direttiva 92/43/CEE (recepita dal D.P.R. 8 settembre 1997, n. 357 e ss.mm.ii.) – oltre che altre fonti interne di carattere per lo più regionale[24] –

[22] Al riguardo, specificamente, Corte costituzionale, sentenza n. 14 gennaio 2009, n. 12. In proposito si veda anche il *Dossier n. 405/3 del 7 febbraio 2022 del Servizio Studi delle Camere "Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente" - Elementi per l'esame in Assemblea*, p. 8, reperibile all'indirizzo https://documenti.camera.it/Leg18/Dossier/Pdf/AC0504c.Pdf.

[23] Tale documento all'art. 2, oltre a fornire una definizione di "ecosistema" (quale "complesso dinamico formato da comunità di piante, di animali e di micro-organismi e dal loro ambiente non vivente, le quali grazie alla loro interazione, costituiscono un'unità funzionale"), identifica la "diversità biologica" come la "variabilità degli organismi viventi di ogni origine, compresi inter alia gli ecosistemi terrestri, marini ed altri ecosistemi acquatici, ed i complessi ecologici di cui fanno parte; ciò include la diversità nell'ambito delle specie, e tra le specie degli ecosistemi".

[24] Limitandoci all'analisi degli Statuti regionali, si pensi all'art. 4, comma 1, lett. l) dello Statuto della Regione Toscana, rubricato "Finalità principali", a mente del quale: "[la] Regione persegue, tra le finalità prioritarie: […] il rispetto dell'equilibrio ecologico, la tutela dell'ambiente e del patrimonio naturale, la conservazione della biodiversità, la promozione della cultura del rispetto per gli animali". Analogamente, si veda lo Statuto della Regione Abruzzo, il cui art. 9, rubricato "Il territorio, l'acqua, l'ambiente e i parchi", al comma 1, recita: "[l]a Regione protegge e valorizza il paesaggio, le bellezze naturali, l'ambiente, la biodiversità e le risorse genetiche autoctone, l'assetto del territorio e il

che evidenziano l'importanza della promozione della diversità biologica delle specie e degli ecosistemi.

Analogamente, il giudice costituzionale non ha mancato in passato di sottolineare il rischio per la tutela della biodiversità derivante da alcune discipline – come, ad esempio, quelle intervenute in materia di bacini idrici – che avevano contemplato la possibilità di operare commistioni tra specie di diversa provenienza[25].

Conclusivamente, pur dinanzi alle possibili criticità derivanti da una formulazione suscettibile di diverse letture e valutazioni, la scelta di menzionare anche la "biodiversità" e gli "ecosistemi" appare comunque coerente con la *ratio* ispiratrice dell'intervento riformatore, consistente nell'intento di riconoscere all'ambiente, inteso nella sua dimensione più "estesa e sistemica"[26], una tutela quanto più ampia e pervasiva.

Significativo appare inoltre il proposito del legislatore costituzionale di voler dar seguito agli approdi interpretativi della Corte costituzionale per come consolidatisi sino ad oggi, configurando l'ambiente quale valore costituzionale che, anzi, assumendo le "vesti" di vero e proprio principio fondamentale, risulta con ancor maggior forza in grado di conformare l'azione della Repubblica globalmente considerata, chiamata quindi ad assicurarne la più ampia tutela.

Così facendo, non sono state accolte all'interno della Carta quelle indicazioni emerse durante il procedimento di formazione della novella

patrimonio rurale e montano, garantendone a tutti la fruizione; fa sì che le fonti di energia, le risorse e i beni naturali siano tutelati e rispettati; promuove l'integrazione dell'uomo nel territorio […]". Un riferimento alla biodiversità è pure presente nello Statuto della Regione Lombardia, il cui art. 2, rubricato "Elementi qualificativi della Regione", al comma 4, lett. k), dispone che "[i]n particolare, nell'ambito delle sue competenze, la Regione: […] tutela l'ambiente e preserva le risorse naturali, protegge la biodiversità e promuove il rispetto per gli animali, cura la salubrità dell'aria e dell'acqua, assicura il carattere pubblico dell'acqua, anche a garanzia delle generazioni future".

[25] Al riguardo, da ultimo, la pronuncia 30 luglio 2020, n. 178. Si vedano inoltre le riflessioni di G. ARCONZO, *La tutela dei beni ambientali nella prospettiva intergenerazionale: il rilievo costituzionale dello sviluppo sostenibile alla luce della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Il diritto dell'economia, Atti di convegno, Università degli studi di Milano*, 2021, p. 167 s. che nel richiamare tale orientamento giurisprudenziale ha rilevato come "in questi casi, pur non essendo stata espressamente citata la tutela della biodiversità, è proprio il pregiudizio – derivante dall'introduzione di specie alloctone – che può essere arrecato 'alla conservazione degli habitat o delle specie autoctone', e che nei fatti coincide con la tutela della diversità biologica, ad aver determinato le pronunce di incostituzionalità evocate".

[26] In tal senso si esprime il *Dossier n. 405/3 del 7 febbraio 2022 del Servizio Studi delle Camere* "*Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*", cit., p.7. Si interroga sull'opportunità del riferimento a lemmi che "non appaiono definiti pacificamente né identificabili agevolmente" F. URSO, *Ambiente, ecosistema e biodiversità. Alcune riflessioni a partire da un progetto di revisione costituzionale*, in *Annali – Università Suor Orsola Benincasa*, Vol. I, 2021, pp. 81 ss.

costituzionale che – come peraltro attentamente osservato in sede di primo commento[27] – intendevano valorizzare un'idea di ambiente declinato quale diritto fondamentale del singolo e della collettività.

Prospettiva quest'ultima che, oltre a porsi in contrasto con il consolidato orientamento della Corte costituzionale e della prevalente dottrina dell'ambiente quale "valore costituzionale", avrebbe finito verosimilmente per introdurre una formula di problematica applicazione sul piano giuridico in quanto difficilmente attuabile a livello concreto.

Tanto osservato, prima di soffermarci *funditus* sulla disamina del riferimento all'"interesse delle future generazioni" – cui la tutela dell'ambiente deve sempre essere orientata, come ricordato, sulla base del nuovo disposto – si rammenta che sempre all'interno del terzo comma dell'art. 9 Cost. viene ora demandato alla "legge dello Stato" il compito di "disciplina[re] i modi e le forme di tutela degli animali".

Il testo, anche sotto tale prospettiva, si presta a talune considerazioni, riguardanti al contempo il contenuto e la peculiare modalità con cui il legislatore costituzionale ha inteso approntare una simile forma di tutela.

Occorre anzitutto rilevare che la previsione della tutela degli animali costituisce senz'altro un interessante elemento di novità per la Carta, non avendo sino ad oggi ricevuto alcuna esplicita menzione all'interno della stessa[28].

Il legislatore costituzionale, tuttavia, pur ponendosi sulla scia della sempre maggiore considerazione della tematica a livello giuridico, non sembra aver abbracciato un approccio al riguardo troppo risoluto, avendo in concreto evitato di qualificare gli animali quali "esseri senzienti", secondo la prospettiva peraltro accolta dall'art. 13 TFUE[29].

Nondimeno, una simile eventualità era emersa nel dibattito parlamentare.

Difatti, a fronte di un primo orientamento teso a eludere una specifica menzione della tutela degli animali (in quanto già potenzialmente ricompresa nei

[27] Ci si riferisce in particolare alle osservazioni di M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, n. 3/2021, p. 305 ss.

[28] Per una riflessione sugli elementi a favore del richiamo alla tutela degli animali in Costituzione, anche in prospettiva comparata, v. D. CERINI, *Audizione presso il Senato della Repubblica sui disegni di legge costituzionale n. 83 del 23 marzo 2018, n. 212 del 3 aprile 2018, n. 1203 del 2 aprile 2019 e 1532 dell'8 ottobre 2019*, cit., pp. 3 ss. Su tale specifico ambito della riforma si veda altresì A. VALASTRO, *La tutela degli animali nella Costituzione italiana*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2022, pp. 261 ss.

[29] Si ricorda infatti come, secondo tale disposizione, "[n]ella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale".

concetti di ecosistema e biodiversità), era affiorata per altro verso la possibilità di una qualificazione degli stessi animali come "esseri senzienti" anche all'interno del testo costituzionale[30]. In tal modo si sarebbe istaurata una chiara corrispondenza tra la previsione costituzionale dell'art. 9 e quella europea appena evocata.

In disparte siffatto (non del tutto insignificante) aspetto – che, almeno in astratto, potrebbe recare il rischio di depotenziare l'incisività della disposizione costituzionale – si è detto che la legge è inoltre chiamata a disciplinare "modi" e "forme" di tutela degli animali, configurandosi così una riserva di legge statale nella regolamentazione di questo particolare ambito.

Orbene, anche tale peculiare formulazione sembra prestarsi ad alcune considerazioni che ne evidenziano aspetti di possibile criticità.

La disposizione, invero, più che rispondere alla consueta *ratio* di evitare che l'ordinamento resti sfornito di una disciplina di rango legislativo in un ambito ritenuto particolarmente sensibile, potrebbe anche essere interpretata quale previsione volta a definire essenzialmente un criterio di riparto di competenza legislativa in favore dello Stato[31].

In questo secondo caso resterebbe però difficile comprendere la ragione della relativa collocazione all'interno dei principi fondamentali della Carta, atteso che una sede probabilmente più confacente avrebbe potuto essere il disposto dell'art. 117 Cost.[32].

Da qui le possibili problematicità di un ambito della riforma che, pur ispirato dal nobile intento di fornire adeguato riconoscimento alla tutela degli

[30] Come ricordato anche dal *Dossier n. 405/3 del 7 febbraio 2022 del Servizio Studi delle Camere* "*Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*", cit., p. 8.

[31] Al riguardo si vedano le riflessioni di E. DI SALVATORE, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 1/2022, p. 12 ss., nota 44, che, nell'interrogarsi in ordine alla natura della novità in questione quale conferimento di competenza in esclusivo favore dello Stato piuttosto che di riserva di legge, osserva che "a prescindere dalla lettura che si ritenesse di accordare alla disposizione in esame, resterebbe da comprendere in che modo risolvere il problema della disciplina recata medio tempore dalle leggi regionali, a seguito di un (rinnovato) esercizio della competenza da parte dello Stato".

[32] Sul punto è possibile richiamare le considerazioni di M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente*, cit., pp. 304 ss., laddove afferma che "[…] anche a voler interpretare – con evidente forzatura – la disposizione non come riserva di legge in senso proprio ma come semplice attribuzione allo Stato di una competenza legislativa esclusiva sul modello dell'art. 117, essa si rivelerebbe comunque poco opportuna, in quanto, da un lato, finirebbe per irrigidire eccessivamente il sistema di riparto della potestà legislativa, escludendo una competenza regionale che fino ad oggi si è rivelata assai feconda in tema di protezione e rispetto degli animali, dall'altro, non aggiungerebbe granché alle attuali competenze riconosciute al legislatore statale […]". Si vedano altresì le osservazioni di G.L. CONTI, *Note minime sulla sopravvivenza dei valori ambientali alla loro costituzionalizzazione*, cit., p. 203, secondo cui "[n]essuna riserva di legge, però, è vuota, soprattutto se è espressa nei principi fondamentali della Costituzione: con questa riserva di legge, gli animali sono oggetto di una dereificazione, perché altrimenti non avrebbe senso una loro tutela specifica e distinta dalla tutela dell'ambiente, degli ecosistemi o della biodiversità".

animali, parrebbe aver perseguito un simile obiettivo in modo forse perfettibile, oltre che potenzialmente disomogeneo all'interno del territorio nazionale.

Si consideri infatti, a quest'ultimo riguardo, che la l. cost. n. 1/2022 dispone che la legge dello Stato che disciplina i modi e le forme di tutela degli animali di cui all'articolo 9 della Costituzione (come modificato dall'articolo 1 della stessa legge costituzionale), si applica alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano "nei limiti delle competenze legislative ad esse riconosciute dai rispettivi statuti" [33].

2.1 La prospettiva intergenerazionale dell'intervento riformatore: la vera "protagonista" della riforma?

Esaminati i contenuti innovativi e i principali nodi problematici del nuovo terzo comma dell'art. 9 Cost., occorre ora concentrarsi su uno degli elementi più suggestivi e interessanti dell'intera riforma costituzionale in esame, ovverosia la sua stessa dimensione intergenerazionale.

Secondo quanto si è potuto osservare, invero, la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi deve oggi essere assicurata dalla Repubblica "anche nell'interesse delle generazioni future".

L'introduzione di tale espressione nel testo della Carta rappresenta un aspetto particolarmente suggestivo per una molteplicità di ragioni, a partire dalla circostanza per cui la prospettiva intergenerazionale diviene per la prima volta oggetto di esplicita menzione in Costituzione e ciò, per di più, all'interno dei principi fondamentali.

Al fine di comprendere la portata di tale novità si ritiene imprescindibile sviluppare alcune considerazioni di contesto, onde individuare il substrato giuridico su cui si poggia l'iniziativa del legislatore costituzionale nel senso del riconoscimento della tutela delle future generazioni nella Carta.

Il tema non può certamente dirsi inedito nel dibattito interpretativo se sol si considera che l'attenzione verso le generazioni future, oltre che a livello scientifico, si è imposta progressivamente anche nella giurisprudenza costituzionale.

Sul primo versante è il caso di osservare come si siano nel tempo susseguiti importanti studi che hanno fornito stimolanti spunti d'analisi e ricostruttivi sul problema della responsabilità tra generazioni, non soltanto da un punto di vista prettamente filosofico o dogmatico[34], ma anche con specifico riguardo all'impianto valoriale accolto dalla Carta fondamentale[35].

[33] Art. 3, comma 1, l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1.

[34] Si pensi al contributo di H. JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 2009.

[35] Su cui si veda R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008.

Si ricorda infatti che, prima dell'esplicito riferimento introdotto nel rinnovato art. 9 Cost., l'alveo giuridico-costituzionale della responsabilità intergenerazionale era stato variamente individuato all'interno della Costituzione.

Si pensi, senza pretese di esaustività, all'intrinseca dimensione intertemporale del concetto di "popolo" di cui all'art. 1 Cost., così come di quelli di "patria" (art. 52 Cost.) o "nazione" (evocato dallo stesso art. 9 Cost. assieme al concetto di "patrimonio" storico e artistico)[36]; ai "diritti inviolabili" di cui art. 2 Cost. (come tali, da riconoscersi anche nei confronti degli appartenenti alle future generazioni); alle previsioni sovranazionali cui il legislatore italiano è tenuto a conformarsi a mente dell'art. 117, comma 1, Cost. (quale la solidarietà tra generazioni contemplata dall'art. 3 TFUE); nonché, ancora, ai principi di equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito pubblico evocati dagli artt. 81 e 97 Cost. (nella loro formulazione post-riforma costituzionale del 2012)[37].

Ciò malgrado, l'attenzione verso il tema fa tutt'oggi registrare notevoli interrogativi e riflessioni tanto su un piano "soggettivo" (ossia dell'esatta individuazione di coloro che possono definirsi effettivi destinatari di una simile tutela intergenerazionale), quanto su un piano "oggettivo" (relativo cioè alla configurazione della problematica in una prospettiva di "dovere" delle generazioni presenti verso le future piuttosto che di "diritto" di queste ultime nei confronti delle prime).

Unitamente a simili elaborazioni teoriche, secondo quanto poc'anzi premesso, un contributo parimenti significativo è stato fornito dalla Corte costituzionale che da ultimo si è occupata della problematica con particolare riguardo alla sostenibilità del debito pubblico e delle politiche di bilancio[38].

[36] Su tali aspetti A. D'ALOIA, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, *Annali IX*, 2016, p. 354 s., che accanto a tali riferimenti ulteriormente osserva come "[s]u un piano diverso, ma complementare, anche categorie finalistiche o limiti teleologici, quali ad esempio la pace, il progresso sociale (che l'art. 4 include tra gli obiettivi di un welfare incentrato sulla dignità sociale delle persone attraverso il lavoro), l'utilità sociale – la stessa funzione sociale della proprietà, ovvero i fini di utilità generale dell'art. 43 –, la tutela del risparmio in tutte le sue forme (art. 47), il razionale sfruttamento del suolo di cui parla l'art. 44, la tutela delle minoranze linguistiche (art. 6) in vista del mantenimento nel tempo della loro 'speciale identità', la spinta promozionale alla formazione della famiglia (art. 31), la fedeltà alla Repubblica (art. 54) come impegno alla conservazione dei suoi valori fondamentali, guardano al futuro non solo in termini di attuazione progressiva, e quindi necessariamente diluita nel tempo, ma proprio di garanzia degli interessi di coloro che ancora non ci sono, e non sono in grado di far sentire la propria voce nello spazio pubblico".

[37] Per una ricostruzione del fondamento dei riferimenti "impliciti" della responsabilità intergenerazionale all'interno della Costituzione v. L. BARTOLUCCI, *Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale*, in *Associazionedeicostituzionalisti.it, Osservatorio costituzionale*, fasc. 4/2021, pp. 217 ss.

[38] In tema si veda, fra gli altri, il contributo monografico di L. BARTOLUCCI, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione*, Padova, 2021, nonché I. LAGROTTA, *La responsabilità costituzionale intergenerazionale come dovere e limite all'azione delle generazioni presenti sotto il profilo della gestione*

Più specificamente, la Corte non ha avuto timori nell'evidenziare "l'intrinseca pericolosità di soluzioni che trasformino il rientro dal deficit e dal debito in una deroga permanente e progressiva al principio dell'equilibrio di bilancio", ponendosi la tendenza a perpetuare il deficit strutturale nel tempo "in collisione sia con il principio di equità intragenerazionale che intergenerazionale"[39].

Per il giudice costituzionale, invero, il concetto di "equità intergenerazionale" comporta "la necessità di non gravare in modo sproporzionato sulle opportunità di crescita delle generazioni future, garantendo loro risorse sufficienti per un equilibrato sviluppo"[40].

Da qui, l'inequivoca presa di posizione della Corte in ordine alla peculiare attenzione che il legislatore e il decisore politico in generale debbono osservare in tutti quegli ambiti – quale il bilancio pubblico – che non rendono più dilazionabile la necessità di un approccio equilibrato e proporzionato circa l'utilizzo di risorse nell'interesse delle generazioni che verranno.

Peraltro, al di là della materia del bilancio, è il caso di rammentare che – oltre alla sfera previdenziale[41] – la prospettiva intergenerazionale è stata altresì abbracciata dal giudice costituzionale proprio in relazione all'ambiente, dove l'esigenza di tutela delle generazioni future è stata evocata a più riprese.

Si pensi, a titolo esemplificativo, alle affermazioni della Corte in ordine al dovere di preservazione della fauna e del patrimonio ambientale per il relativo trasferimento alle generazioni future[42], così come alle osservazioni inerenti alla tutela riconosciuta dalla Costituzione ai beni paesaggistico-ambientali. Per questi ultimi, sempre secondo la Corte, assume preminente rilevanza la tutela della persona nella sua vita, sicurezza e sanità, anche con riguardo alle generazioni future[43].

delle risorse economico-finanziarie, in *Quaderni del dipartimento jonico, Università degli Studi di Bari Aldo Moro*, fasc. n. 13/2020, pp. 166 ss.

[39] Corte costituzionale, sentenza 23 giugno 2020, n. 115, punto 10, che a sua volta richiama la sentenza 14 febbraio 2019, n. 18.

[40] Corte costituzionale, sentenza 14 febbraio 2019, n. 18, punto 6.

[41] Fra le pronunce maggiormente significative al riguardo si ricordano la sentenza della Corte costituzionale 30 aprile 2015, n. 70 (con nota di A. STERPA, *Una lettura intergenerazionale della sent. 70 del 2015*, in *Federalismi.it*, n. 10/2015) nonché la pronuncia 1° dicembre 2017, n. 250, e la sentenza 9 novembre 2020, n. 234. In argomento si veda anche il contributo di G. ARCONZO, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli art. 38, 81 e 97 Cost.*, in *Osservatorioaic.it*, fasc. n. 3/2018, pp. 639 ss.

[42] Corte costituzionale, sentenza 27 ottobre 1988, n. 1002.

[43] Corte costituzionale, ordinanza 6 marzo 2001, n. 46. Sul punto si vedano le considerazioni di I. CIOLLI, *Diritti delle generazioni future, equità intergenerazionale e sostenibilità del debito. Riflessioni sul tema*, in *Bilancio, Comunità, Persona*, n. 1/2021, p. 66, che ulteriormente osserva come "in queste prime decisioni la Corte sembra utilizzare il termine "generazioni future" quasi *ad adiuvandum* rispetto a una tutela primaria che è quella di una serie di soggetti beni individuati, quali gruppi di cittadini direttamente o indirettamente coinvolti in un'attività che sottrae risorse anche nel tempo presente".

Assieme a tali significative enunciazioni non sono poi mancate ulteriori e più recenti occasioni in cui la Corte ha evidenziato l'importanza degli interessi delle generazioni future con specifico riferimento a peculiari ambiti di tutela ambientale, quali le energie rinnovabili, l'uso delle acque oppure ancora i parchi nazionali[44].

Posta quindi la progressiva attenzione rivolta verso la prospettiva intergenerazionale tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza costituzionale, deve osservarsi che la riforma si colloca al contempo a valle di un più ampio dibattito interpretativo che in realtà travalica i confini nazionali.

Ci si riferisce a quella produzione giurisprudenziale del diritto dell'ambiente che, con l'intento di limitare gli effetti pregiudizievoli legati ai cambiamenti climatici in atto, ha visto pronunciarsi Corti di tutto il mondo al fine di sollecitare un'effettiva presa di coscienza da parte dei vari Stati nazionali.

Molti sono i procedimenti che hanno dato vita a questo importante contenzioso – meglio noto come contenzioso "*climatico*"[45] – ove ci si è sovente soffermati nel vagliare la legittimità di misure nazionali in materia di mitigazione degli effetti del surriscaldamento globale, anche in una prospettiva intertemporale.

Fra le più recenti testimonianze, si ricorda l'importantissima pronuncia della Corte costituzionale tedesca chiamata con ricorso in via diretta – il V*erfassungsbeschwerde* – a svolgere un sindacato sulla legge nazionale sul clima del 2019, ossia la *Bundes-Klimaschutzgesetz*[46].

Si ricorderà che la Corte tedesca in tale giudizio ha accolto i rilievi avanzati da una serie di organizzazioni a tutela dell'ambiente e da singoli individui (anche di minore età) poiché la normativa evocata rimandava a dopo il 2030 la

[44] In proposito si rinvia alla ricostruzione operata da A. ARCONZO, *La tutela dei beni ambientali nella prospettiva intergenerazionale*, cit., p. 171 s., che cita - fra le altre – l'ordinanza 23 marzo 2021, n. 46 (con riguardo alle fonti energetiche rinnovabili), le sentenze 19 luglio 1996, n. 259 e 4 maggio 2017, n. 93 (in tema di uso delle acque e tariffe del servizio idrico) nonché la pronuncia 23 gennaio 2009, n. 12 (sui parchi nazionali).

[45] Su cui si veda il contributo di L. MAGI, *Giustizia climatica e teoria dell'atto politico: tanto rumore per nulla*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021, pp. 1030 ss.

[46] Con note di R. BIN, *La Corte tedesca e il diritto al clima. Una rivoluzione*, in *Lacostituzione.info*, 30 aprile 2021; R. BIFULCO, *Perché la storica sentenza tedesca impone una riflessione sulla responsabilità intergenerazionale*, in *Open.luiss.it*, 2021, pp. 1 ss.; M. PIGNATARO, *Il giudice costituzionale tedesco parla al futuro. La protezione del clima e la sua dimensione internazionale come limite alla discrezionalità legislativa*, in *Quad. cost*., fasc. n. 3/2021, pp. 694 ss.; M. T. ROERIG, *Tribunale costituzionale federale, ordinanza del 24 marzo 2021 (1 BvR 2656/18, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20), in merito alla tutela del clima e alla riduzione di emissioni di gas serra anche a garanzia delle libertà delle generazioni future*, in *Cortecostituzionale.it*, *Servizio Studi Area di Diritto Comparato*, 30 aprile 2021. La pronuncia costituisce oggetto di specifica disamina anche all'interno del contributo di L. VIOLINI, G. FORMICI, *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente: riforme costituzionali e interventi della giurisprudenza*, in *Il diritto dell'economia. Atti di convegno, Università degli Studi di Milano*, 2021, pp. 42 ss.

parte più consistente della riduzione delle emissioni di gas serra, pregiudicando così i diritti e le libertà fondamentali delle future generazioni.

Oltretutto, il differimento nel tempo delle limitazioni all'inquinamento finiva per ridurre in modo significativo la possibilità di approntare agevoli soluzioni per la diminuzione di emissioni successivamente a tale data, non essendo fornite dalla medesima legge puntuali indicazioni alla stregua delle quali potervi provvedere successivamente al 2030.

Pertanto, in considerazione del fatto che in quel momento l'intervallo per adoperarsi sarà per ovvie ragioni inferiore e le modalità risulteranno inevitabilmente più complesse (a tutto svantaggio delle successive generazioni, tenute a sopportare oneri più pesanti e quindi più significative limitazioni di libertà) la Corte tedesca ha imposto una riforma della legge entro il 31 dicembre 2022[47].

È bene comunque evidenziare che tale pronuncia, adottata da un'autorevole giudice costituzionale, si colloca a sua volta in un più ampio scenario che ha visto altre importanti Corti addurre l'argomento intergenerazionale a supporto delle rispettive decisioni nei confronti deli Stati nazionali.

Al di là del noto caso *Urgenda*[48] – conclusosi nel 2019 con l'ordine imposto dalla Corte suprema al governo olandese di ridurre le emissioni di gas serra in misura significativa entro la fine dell'anno successivo – può ad esempio ricordarsi, fra le altre[49], la pronuncia della Corte federale australiana del maggio 2021 con cui è stato individuato a carico dell'autorità governativa un preciso "obbligo di diligenza" nei confronti delle generazioni future[50].

[47] Al riguardo v. R. BIFULCO, *Perché la storica sentenza tedesca impone una riflessione sulla responsabilità intergenerazionale*, cit., pp. 1 ss. che nel sottolineare l'importanza della pronuncia osserva come sia ormai "da alcuni anni che le Corti supreme hanno iniziato a porsi il problema della responsabilità intergenerazionale. Anche la nostra Corte costituzionale lo fa da qualche tempo. È tuttavia la prima volta che un giudice della caratura del Tribunale costituzionale tedesco porta, con tanta capacità argomentativa, il testo costituzionale a spiegare i propri effetti in una dimensione intertemporale e quindi intergenerazionale".

[48] Su cui, *ex multis*, V. JACOMETTI, *La sentenza Urgenda del 2018: prospettive di sviluppo del contenzioso climatico*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, n. 1/2018, pp. 121 ss., nonché M. MORVILLO, *Climate change litigation e separazione dei poteri: riflessioni a partire dal caso Urgenda*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 28 maggio 2019, pp. 1 ss.

[49] Al riguardo può richiamarsi anche la pronuncia del Tribunal Administratif de Paris del 3 febbraio 2021 – resa nelle cause nn.1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1 – con cui il Governo francese, non avendo predisposto misure di mitigazione delle emissioni di gas serra, è risultato inadempiente rispetto agli obblighi del Trattato di Parigi che avevano contemplato specifiche limitazioni in tal senso. Sul punto si vedano L. DEL CORONA, *Brevi considerazioni in tema di contenzioso climatico alla luce della recente sentenza del Tribunal Administratif de Paris sull'"Affaire du siècle"*, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, fasc. n. 1/2021, pp. 327 ss., M. CARDUCCI, *Contenzioso climatico, illecito civile, termodinamica*, in *Lacostituzione.info*, 8 febbraio 2021, nonché L. BARTOLUCCI, *Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale*, cit., pp. 225 ss.

[50] Si tratta della pronuncia della Federal Court of Australia del 27 maggio 2021, VID 607 of 2020, resa nel caso *Sharma by her litigation representative Sister Marie Brigit Arthur v Minister for the Environment* [2021] FCA 560.

Adita da un gruppo di studenti per arrestare l'approvazione di una proposta di ampliamento di una miniera carbonifera, anche questa Corte ha evidenziato che l'inerzia attuale nella gestione delle risorse ambientali costituisce una delle più grandi minacce per le generazioni future e che un simile comportamento rappresenta "la più grande ingiustizia" mai recata da una generazione nei confronti dell'altra[51].

In disparte quello che sarà l'esito di un analogo giudizio istaurato recentemente anche in Italia[52], alla luce di quanto sopra appare quindi chiara la propensione delle Corti nazionali nel senso di conferire sempre maggiore considerazione alla problematica ambientale per la tutela delle future generazioni, costituendo anzi una simile tendenza la cornice interpretativa entro cui si colloca la riforma costituzionale in esame.

Soffermandoci ora sulla formulazione del nuovo disposto costituzionale, quest'ultima si caratterizza anzitutto per il riferimento operato, più che ai "diritti", agli "interessi" delle generazioni future.

Tale specificazione, come può ben comprendersi, si presenta tutt'altro che marginale se sol si considera la difficoltà (logica ancor prima che giuridica) di riconnettere la posizione giuridica di "diritto" – caratterizzata da un preminente connotato di attualità e di azionabilità – a un indistinto titolare futuro.

Da qui il più opportuno utilizzo del termine "interesse" che meglio sembra attagliarsi alla dimensione intertemporale di una previsione, quella in esame, che pare piuttosto rappresentare una direttiva di principio che in una prospettiva "deontica" (ossia di dovere delle generazioni presenti verso le future) intende preservare un impiego responsabile e accorto delle risorse ambientali.

Ciò malgrado non sono mancate osservazioni critiche al riguardo, ritenendosi una simile qualificazione connotata da un marcato carattere "antropocentrico", oltre che capace di ingenerare possibili incertezze interpretative[53].

[51] Si veda commento di M. CECILI, *La tutela delle generazioni future: nuovi sviluppi dall'Olanda e dall'Australia*, in *Open.luiss.it*, 2021. Interessante, all'interno del contributo, è anche il riferimento al caso *Royal Dutch Shell* in cui, pur non sussistendo una condanna nei confronti del Governo nazionale, il giudice adito – il Tribunale de L'Aia – ha imposto alla società petrolifera Shell un notevole taglio di emissioni di gas serra entro pochi anni evidenziando i pregiudizievoli riflessi dell'inquinamento a danno delle generazioni attuali e future.

[52] Si tratta dell'azione avanzata da una serie di associazioni e persone fisiche dinanzi al Tribunale di Roma nel giugno 2021 nei confronti del Governo italiano per "inadempienza climatica", ossia per mancata predisposizione di misure tese a ridurre le emissioni in conformità agli accordi internazionali a presidio dei diritti fondamentali dell'individuo. Al riguardo, R. LUPORINI, *The "Last Judgment": Early reflections on Upcoming Climate Litigation in Italy*, in *Questions of International Law*, 2021.

[53] Si vedano in tal senso le riflessioni di F. RESCIGNO, *Quale riforma per l'articolo 9*, in *Federalismi.it*, Paper 23 giugno 2021, secondo cui l'inciso "anche nell'interesse delle future generazioni" si presenterebbe "alquanto fumoso, anche rispetto a chi? Alle generazioni attuali o all'ambiente stesso? Quali future generazioni? È un'ambiguità che suscita confusione rispetto agli stessi interessi umani e dimostra al contempo un'impostazione marcatamente antropocentrica".

Considerazioni queste che, pur manifestando un comprensibile atteggiamento di cautela dinanzi a una formulazione dai confini esegetici ancora tutti da verificare, si giustappongono alle osservazioni di chi ha piuttosto valorizzato l'intima appropriatezza (anche lessicale) dell'inciso e il suo rilevante portato innovativo nella più ampia economia della riforma in esame[54].

In effetti, se per un verso il richiamo alle generazioni future di per sé sconta un inevitabile connotato di genericità e ampiezza, non può certamente sottovalutarsi l'impatto che una simile previsione può assolvere tanto sul piano legislativo, quanto su quello giurisdizionale.

Difatti, così come il legislatore è tenuto oggi a considerare le ricadute intergenerazionali delle future scelte ambientali, allo stesso modo il giudice – in specie costituzionale – si vede arricchito di un nuovo parametro nell'esercizio del proprio sindacato.

Oltretutto la stessa formulazione del testo pare suggerire che, per quanto particolarmente rilevante, l'interesse delle generazioni future rappresenta "uno" dei valori da preservare, non escludendosi in tal modo la possibilità che ulteriori interessi possano comunque coesistere e considerarsi al momento dell'elaborazione di apposite scelte di tutela dell'ambiente.

Al di là di tale aspetto, altro elemento attiene poi alla valutazione di opportunità (o meno) di un richiamo all'interesse delle future generazioni all'interno della trama costituzionale e, in particolare, dei principi fondamentali della stessa[55].

È inevitabile che una simile considerazione, concernendo oltretutto apprezzamenti di stretto merito, si presti a letture e sensibilità diverse e pertanto appare tutt'altro che semplice poter svolgere qualsivoglia riflessione al riguardo.

Nondimeno, se per un verso è vero che – come ricordato poco sopra – già molte previsioni costituzionali paiono rivolgere un'attenzione più o meno diretta alla dimensione intergenerazionale, sembra egualmente plausibile ritenere che un'esplicita menzione della tutela delle generazioni future nel testo della

[54] M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente*, cit., pp. 309 ss.

[55] Elemento su cui riflettono, fra gli altri, anche Y. GUERRA, R. MAZZA, *La proposta di modifica degli articoli 9 e 41 Cost.: una prima lettura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, fasc. n. 4/2021, p. 127, per i quali "resta da interrogarsi circa l'obiettivo perseguito dal legislatore attraverso l'inserimento esplicito nel testo della Costituzione della tutela delle generazioni future, questo anche alla luce di una già garantita ed esplicita promozione della solidarietà sociale posta a fondamento della convivenza democratica, dalla cui lettura in termini di sistematicità con altre disposizioni costituzionali spinge parte della dottrina a parlare di una non necessità o superfluità dell'inserimento di detta categoria all'interno del testo costituzionale". In proposito si vedano anche le osservazioni di R. BIFULCO, *Primissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, Paper – 6 aprile 2022, p. 7 s. nonché di D. PORENA, *"Anche nell'interesse delle generazioni future". Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, fasc. n. 1/2022, pp. 122 ss.

Carta rechi con sé potenzialità non marginali, anche se tutte da verificare nei loro possibili risvolti applicativi.

Pertanto, pur con un atteggiamento di prudenza che inevitabilmente si impone dinanzi a una simile previsione, la scelta del legislatore costituzionale appare certamente suggestiva, se non altro per la sua evidente carica innovativa.

Mentre infatti la tematica ambientale già aveva trovato un riconoscimento testuale all'interno della Costituzione in occasione della riforma del Titolo V, le generazioni future, di contro, hanno rinvenuto solo oggi un'esplicita considerazione all'interno della Carta.

Inoltre, anche se il testo avrebbe forse potuto valorizzare la prospettiva della "responsabilità" delle generazioni presenti rispetto alle future piuttosto che l'"interesse" delle seconde rispetto alle prime[56], non è da sottovalutare la circostanza per cui il riferimento all'interesse delle future generazioni implichi di per sé – in negativo – un'assunzione di responsabilità da parte delle generazioni attuali nei confronti delle successive: la formulazione del nuovo art. 9, da questo punto di vista, pare quindi mantenere una sua coerenza e logicità.

Pertanto, pur permanendo l'importanza del consolidamento della tutela dell'ambiente quale aspetto indubbiamente essenziale della riforma, non sembra comunque da sottovalutarsi la centralità del richiamo alla dimensione intergenerazionale, che assurge al contempo a "obiettivo" e "limite" di un legislatore chiamato a elaborare scelte implicanti un perenne contemperamento con gli interessi (anche) delle generazioni che verranno.

3. La modifica dell'art. 41 Cost.: verso un possibile "risveglio" di tale (tormentata) previsione costituzionale

L'altro ambito su cui è intervenuta la riforma costituzionale, come anticipato, è costituito dall'art. 41 Cost., previsione che rappresenta il nucleo centrale della c.d. "Costituzione economica"[57].

[56] Sul punto si vedano ad esempio le considerazioni di F. DE LEONARDIS, L*a riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *ApertaContrada.it*, 28 febbraio 2022, p. 4, che, nell'osservare questo aspetto, ritiene comunque che "non può essere, fin d'ora, sottaciuta la portata rivoluzionaria dell'aver costituzionalizzato il principio dell'obbligo dei decisori politici di "guardare al futuro" senza restare imprigionati nella miopia di chi si fa carico solo di interessi di breve o brevissimo periodo che sono gli unici ad essere monetizzabili in termini di consenso elettorale".

[57] Sulle possibili declinazioni del termine "Costituzione economica" si veda S. CASSESE (a cura di), *La nuova Costituzione economica*, Bari, 2021. Tra i più recenti contributi al riguardo, *ex multis*, E. DE MARCO, *"Costituzione economica" e integrazione sovranazionale*, in *Federalismi.it*, fasc. 5/2019, pp. 89 ss., nonché P. BILANCIA, *L'effettività della Costituzione economica nel contesto dell'integrazione sovranazionale e della globalizzazione*, in *Federalismi.it*, fasc. 5/2019, pp. 7 ss. Per una riflessione sulle modifiche recate dalla riforma in analisi all'art. 41 Cost. e sulle relative implicazioni sistematiche v., in particolare, L. DELLI PRISCOLI, *Le modifiche alla Costituzione in tema di tutela all'ambiente e alla*

L'intervento, in particolare, interessa i commi secondo e terzo della disposizione, dedicati rispettivamente ai limiti negativi dell'iniziativa economica privata, da un lato, e alle condizioni legittimanti l'intervento dello Stato nella sfera economica, dall'altro.

Più precisamente il comma 2 – per come riformulato – dispone oggi che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla "salute" e all'"ambiente" (oltre che alle già previste "sicurezza", "libertà" ed "eguaglianza"), mentre il comma 3 prevede che la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini non soltanto sociali, come nel previgente testo, ma anche "ambientali".

Le innovazioni introdotte dal legislatore costituzionale potrebbero apparire a prima vista marginali se non addirittura prettamente ricognitive di un *sentiment*, ormai diffuso, secondo cui la dimensione ambientale dovrebbe vedersi riconosciuto un ruolo sempre più pregnante sul piano dell'esercizio dell'attività economica.

Ciononostante, questo secondo ambito della riforma disvela in realtà importanti spunti di riflessione, riguardando una disposizione che, oltre che per la peculiarità dei relativi contenuti, si distingue altresì per aver assistito nel tempo a letture diversificate.

Difatti, se per un verso tale ulteriore parte della riforma non interessa – come la prima – alcun principio fondamentale della Carta, ciò non sembra poter ridimensionare la rilevanza di una modifica che concerne comunque una previsione alquanto complessa e che, fin dalla sua genesi, ha rappresentato un delicatissimo compromesso fra i sostenitori di visioni fra loro contrapposte[58].

Stante quanto sopra, è allora opportuno sottolineare anzitutto come la modifica dell'art. 41 Cost. all'interno del disegno riformatore non costituisca

salute e i limiti alla libertà di iniziativa economica, in corso di pubblicazione in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, fasc. n. 2/2022.

[58] Come noto, infatti, in Assemblea costituente – e segnatamente all'interno della III^ Sottocommissione – erano emerse diverse posizioni in ordine al modo di configurare i rapporti tra iniziativa economica privata e ruolo dello Stato nell'economia, da un lato intendendosi valorizzare una visione dell'attività economia essenzialmente orientata al soddisfacimento di fini sociali attraverso la predeterminazione di questi ultimi ad opera della sfera pubblica, dall'altro invece esprimendosi nel senso della qualificazione come libertà dell'iniziativa economica. Per un'efficace ricostruzione dei "dilemmi" sottesi alla formula dell'art. 41 Cost., si veda, fra gli altri, R. NIRO, *Art. 41*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, pp. 848 ss. A commento della disposizione, più in generale, L. CASSETTI, *Articolo 41*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo, Principi fondamentali e Parte I – Diritti e doveri dei cittadini (Articoli 1-54)*, Bologna, 2021, pp. 279 ss. nonché F. GALGANO, *art. 41*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1982. In argomento v. altresì M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, pp. 9 ss.

affatto un ambito a sé stante, apparendo al contrario animata da un intimo collegamento con la contestuale modifica dell'art. 9 Cost., quasi a sottolineare la sempre più profonda relazione sussistente tra ambiente e mercato.

Nella prospettiva del legislatore costituzionale, infatti, con la riscrittura (parziale) dell'art. 41 vi sarebbe proprio l'intendimento di "dare sostanza" a tale ultima disposizione contenuta nei principi fondamentali e di elevare a livello costituzionale principi già contemplati dalla disciplina ordinaria, oltre che di evidenziare lo stretto legame tra la sfera ambientale e quella della salute umana[59].

Ferme restando simili finalità la disposizione esibisce, al comma 2, un chiaro consolidamento dei limiti all'iniziativa economica privata, venendosi ad ampliare ulteriormente quel complesso di vincoli in realtà già di per sé significativi – specie se confrontati con quanto previsto dalla Carta per altre forme di libertà[60] – presenti da sempre all'interno dell'art. 41 Cost.

Allo stesso modo, con l'introduzione dei fini "ambientali" quali presupposti alla cui presenza poter giustificare un indirizzo e coordinamento dell'attività economica, sembrano oggi trovare un nuovo slancio le condizioni costituzionali legittimanti un possibile intervento dello Stato nell'economia.

Da qui il carattere peculiare dell'intervento riformatore che, lungi dal limitarsi a fornire un riconoscimento costituzionale "rafforzato" alla tutela dell'ambiente (annoverandola tra i principi fondamentali), ha contestualmente illuminato di nuova luce una previsione costituzionale alquanto tormentata, rinsaldando così le coordinate costituzionali legittimanti un indirizzo "verde" dell'attività economica da parte dei pubblici poteri[61].

Sotto tale aspetto può essere utile ricordare che la modifica in analisi possiede un carattere radicalmente opposto rispetto a precedenti progetti di revisione dell'art. 41 Cost., laddove si è prospettata la costituzionalizzazione del principio secondo cui "l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge"[62].

[59] Così il *Dossier n. 405/3 del 7 febbraio 2022 del Servizio Studi delle Camere* "*Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*", cit., p. 11 s.

[60] Come recentemente ricordato anche da F. DONATI, *La tutela della concorrenza tra Costituzione e diritto dell'Unione europea*, in *Rivista delle Regolazione dei mercati*, fasc. 1/2020, p. 16.

[61] Sul punto si veda in particolare F. DE LEONARDIS, L*a riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022*, cit., p. 12 s. che, se per un verso osserva come con la previsione della possibilità di un indirizzo dell'attività economica pubblica e privata anche a fini di tutela ambientale si registri una possibile "'resurrezione', una 'rivincita' o comunque una 'rivitalizzazione' del terzo comma dell'art. 41", ancora rileva che questa stessa modifica "può costituire, quindi, nel nostro Paese, il fondamento di una nuova attività di programmazione volta a conseguire un modello di sviluppo olistico in cui la tutela dell'ambiente costituisce il punto centrale".

[62] Si trattava, segnatamente, delle proposte di legge costituzionale A.C. 3039 Cost., A.C. 3054 Cost., A.C. 3967 Cost. e A.C. 4144 Cost. aventi ad oggetto la revisione degli articoli 41, 45, 47, 53, 97 e 118 Cost. Con specifico riferimento alla modifica dell'art. 41 Cost., si veda il *Dossier "L'art. 41 della*

Proposte, queste ultime, orientate all'evidenza a valorizzare approcci fortemente liberistici che tuttavia, oltre a non aver trovato un immediato seguito, sono state nel tempo profondamente superate. Dimostrazione ne è proprio la l. cost. n. 1/2022, che ha individuato nella tutela dei fini ambientali il presupposto per un rinnovato ruolo dei pubblici poteri sotto il profilo dell'indirizzo e coordinamento dell'attività economica.

Se questo appare dunque il senso globale del "nuovo volto" dell'art. 41 Cost., giova interrogarsi sull'utilità di una simile modifica e sui riflessi che potrebbe recare sul piano del concreto esplicarsi della medesima sfera economica.

Anzitutto viene da chiedersi che ruolo ricopra l'aggiunta dei limiti della "salute" e dell'"ambiente" rispetto all'esercizio dell'attività d'impresa (quali vincoli oltretutto anteposti testualmente rispetto alla sicurezza, libertà e dignità umana), nonché avuto riguardo al più ampio e generico obbligo del rispetto dell'"utilità sociale" entro cui già si considerava in qualche misura attratta l'esigenza di tutela ambientale.

Appare imprescindibile, al riguardo, un richiamo all'interpretazione fornitaci dalla Corte costituzionale, più volte intervenuta nel condurre delicate operazioni di bilanciamento fra valori apparentemente inconciliabili, come l'attività d'impresa, da un lato, e la tutela della salute e dell'ambiente, dall'altro.

Noto, al riguardo, il percorso argomentativo seguito dal giudice costituzionale nella celebre vicenda dello stabilimento "Ilva" di Taranto.

In tale occasione, nell'evidenziare l'assenza di un ordine gerarchico tra valori costituzionali, si affermò che in ipotesi di contrasto fra questi ultimi debba sempre rintracciarsi un punto di bilanciamento tale da non sacrificarne il nucleo centrale e da effettuare alla luce di criteri di proporzionalità e ragionevolezza[63].

Costituzione" in *Apertacontrada.it*, 2011, nonché i contributi di C. PINELLI, *Riflessioni sull'art. 41 Cost.*, *ivi*, pp. 27 s. e di M. CLARICH, *Art. 41 Costituzione. "L'attività economica è libera. La legge può prevedere limiti e controlli indispensabili per la tutela di interessi pubblici"*, *ivi*, p. 31 s.

[63] Corte costituzionale, sentenza 9 maggio 2013, n. 85, *Considerato in diritto*, punto 9, secondo cui "[l]a ratio della disciplina censurata consiste nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso. Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto […] secondo cui l'aggettivo «fondamentale», contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come «valori primari» (sentenza n. 365 del 1993, citata dal

Si ricorderà oltretutto come di simili coordinate la Corte abbia fatto successiva applicazione nel censurare quelle scelte del legislatore che privilegiavano l'interesse alla prosecuzione di attività produttive a tutto svantaggio di esigenze di tutela costituzionalmente imposte con riguardo alla vita, alla salute nonché al diritto al lavoro in un ambiente sicuro.

Per tali ragioni la stessa Corte ha ritenuto la lesione di simili valori – che la Carta fondamentale pone quali vincoli all'esercizio dell'attività d'impresa –contrastante al contempo con l'art. 41 Cost[64].

In presenza di un chiaro orientamento del giudice costituzionale volto ad esaltare l'importanza della ricerca di un concreto bilanciamento tra valori confliggenti, pertanto, sembra difficile poter ritenere che con la modifica costituzionale si sia voluto imporre *tout court* uno stringente ordine gerarchico prestabilito. Piuttosto il legislatore costituzionale sembra aver voluto rimarcare la rilevanza della salute umana e dell'ambiente quali valori da contemperare necessariamente con l'iniziativa economica[65].

rimettente) implica una "rigida" gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale".

[64] Corte costituzionale, sentenza 23 marzo 2018, n. 58, *Considerato in diritto*, punti 3 ss., laddove il giudice costituzionale, nell'evidenziare che la normativa censurata non rifletteva alcun bilanciamento ragionevole e proporzionato tra gli interessi costituzionali compresenti (pregiudicando in particolare esigenze di tutela della salute), ha osservato che "a differenza di quanto avvenuto nel 2012, il legislatore ha finito col privilegiare in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (art. 4 e 35 Cost.). Il sacrificio di tali fondamentali valori tutelati dalla Costituzione porta a ritenere che la normativa impugnata non rispetti i limiti che la Costituzione impone all'attività d'impresa la quale, ai sensi dell'art. 41 Cost., si deve esplicare sempre in modo da non recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. Rimuovere prontamente i fattori di pericolo per la salute, l'incolumità e la vita dei lavoratori costituisce infatti condizione minima e indispensabile perché l'attività produttiva si svolga in armonia con i principi costituzionali, sempre attenti anzitutto alle esigenze basilari della persona".

[65] Sul punto si vedano anche le riflessioni di L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente*, in *Federalismi.it*, fasc. n. 4/2022, p. 199, secondo cui l'integrazione dei limiti dell'art. 41, comma 2, Cost., più che creare una 'gerarchia', intende piuttosto "[…] fotografare l'esigenza 'contingente' di etichettare in modo vistoso con marchio 'green' un sistema costituzionale che però da diversi decenni riconosce nell'ambiente un 'valore' costituzionalmente protetto […]".

Malgrado gli approdi interpretativi della Corte fossero dunque pervenuti a simili esiti[66], non parrebbe comunque doversi sottovalutare – dinanzi ai limiti propri di qualunque attività interpretativa che, per quanto autorevole, è per definizione variabile – la scelta di un'autonoma valorizzazione dell'interesse ambientale nel contemperamento con altri interessi protetti dalla Carta.

L'intento, così, sembrerebbe quello di sottolineare che tale valore oggi, se non può sempre prevaricare sugli altri, non deve certamente mai risultare recessivo rispetto a questi ultimi.

Ciò anche sulla scorta del fatto che il giudice costituzionale ha sviluppato l'evocato orientamento in un momento in cui l'ambiente non era ancora entrato a far parte dei principi fondamentali, ragion per cui la tutela del valore ambientale, che ha assistito quindi a un significativo consolidamento, potrebbe verosimilmente assumere un ruolo peculiare nelle future opere di bilanciamento che il legislatore e gli interpreti saranno chiamati a operare.

Tanto precisato sotto il profilo dei limiti all'esercizio della libertà d'impresa, egualmente suggestiva si presenta, secondo quanto sopra ricordato, l'aggiunta del possibile indirizzo e coordinamento dell'attività economica a fini "ambientali".

Anche sotto tale aspetto potrebbe ritenersi che, a prescindere dalla riforma, siffatte ragioni già rientrassero nella precedente formulazione del disposto costituzionale, legittimando la più ampia espressione dei "fini sociali" interpretazioni tali da giustificare la considerazione delle più variegate esigenze di tutela.

Un simile aspetto non è sfuggito a coloro[67] che, non perdendo di vista la strada tracciata dalla giurisprudenza costituzionale, hanno ricordato come in passato non fossero mancati esempi in cui la Corte aveva fatto riferimento anche a tale formula. Circostanza verificatasi, in particolare, allorquando si era trovata a vagliare la legittimità di normative che entravano problematicamente in contrasto con interessi costituzionalmente rilevanti.

È quanto accaduto, ad esempio, nel caso della concentrazione d'imprese fra le compagnie "Alitalia" e "Airone", disciplina portata all'attenzione della Corte per una possibile violazione dell'assetto concorrenziale del mercato.

Giova tuttavia ricordare come quella normativa sia stata ritenuta legittima in ragione della contestuale esigenza di tutela del diverso interesse alla continuità del servizio per consumatori e utenti, che a sua volta avrebbe trovato un

[66] Analizza i rapporti tra la giurisprudenza costituzionale sul caso "Ilva" e la modifica del secondo comma dell'art. 41 Cost. anche E. DI SALVATORE, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit., p. 18 ss.

[67] In tal senso L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente*, cit., pp. 199 ss.

fondamento, sempre secondo la Corte, proprio all'interno dei riferimenti all'"utilità sociale" e ai "fini sociali" di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 41 Cost.[68].

Se pertanto già il previgente disposto – stante la sua ampia portata – sembrava poter giustificare le più diverse esigenze di tutela (fra cui ben potevano quindi rientrare, verosimilmente, anche quelle connesse all'ambiente), ciò non toglie che l'intervento "additivo" del legislatore costituzionale sul terzo comma della previsione in analisi assuma comunque una sua non marginale rilevanza.

Anzitutto, nel tracciare le coordinate costituzionali legittimanti una programmazione economica ispirata a fini di tutela (anche) ambientale, la riforma non sembra aver voluto fornire una mera indicazione orientativa, quanto piuttosto imprimere – coerentemente con la rinnovata formulazione dell'art. 9 Cost. – una chiara direttrice cui ogni eventuale decisione di indirizzo pubblico dell'attività economica dovrà inevitabilmente confrontarsi e, auspicabilmente, conformarsi.

Da tale punto di vista, invero, non appare casuale nemmeno la collocazione dell'espressione "e ambientali" subito dopo il riferimento ai fini sociali, quasi a sottolineare che non vi potrà essere alcuna scelta di indirizzo dell'attività economica da parte dei pubblici poteri giustificata da ragioni di tutela dell'ambiente che prescinda da una contestuale valutazione delle ricadute sociali delle misure da intraprendersi[69].

Ne deriva che, anche sotto tale aspetto, la scelta del legislatore costituzionale si presenta interessante, avendo individuato nel binomio "salute-ambiente"

[68] Corte costituzionale, sentenza 27 luglio 2010, n. 270, par. 8.2, per la quale "è chiaro che il parametro costituzionale in esame, stabilendo che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con «l'utilità sociale» ed in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana, e prevedendo che l'attività economica pubblica e privata può essere indirizzata e coordinata a «fini sociali», consente una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato garantito". Sotto tale aspetto si richiamano ancora le osservazioni di L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente*, cit., p. 200, secondo cui appare "difficile escludere che, al pari dei diritti dei consumatori emersi e valorizzati in questa vicenda processuale, ben possano gli interessi connessi alla protezione dell'ambiente fornire una solida base per legittimare forme e strumenti di 'regolazione pubblica' riconducibili all'interno della formula generale dei controlli e dei programmi necessari per il coordinamento a 'fini sociali' dell'iniziativa economica (pubblica e privata) di cui al comma 3 dell'art. 41 Cost., sempre che la misura adottata sia conforme ai canoni di ragionevolezza e proporzionalità".

[69] Al riguardo si vedano le riflessioni di M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, fasc. 1/2022, p. 147, che sin da subito ha osservato che "i fini ambientali non possono costituire un obiettivo autonomo, ma debbono essere realizzati congiuntamente ai fini sociali, assicurando che la transizione ecologica verso cui deve essere indirizzato lo sviluppo dell'economia proceda di pari passo con lo sviluppo sociale e con una specifica attenzione alle esigenze di giustizia, di equità nell'allocazione dei costi e di eguaglianza". Interessante notare come l'Autore qualifichi le politiche pubbliche cui la Costituzione affida il compito di consolidare il valore ambientale quali "politiche della complessità", in quanto chiamate a "coniugare indissolubilmente economia, ambiente e sviluppo sociale".

un nucleo di tutela quasi inscindibile a presidio del quale poter giustificare un indirizzo e coordinamento dell'attività economica.

In disparte ogni ulteriore considerazione sulla formulazione del testo, l'elemento che forse più assume pregnanza attiene al rilievo che la modifica dell'art. 41 Cost., e in particolare del suo terzo comma, può potenzialmente assolvere nell'offrire una copertura costituzionale alle politiche in materia di economia circolare[70].

Come noto, quest'ultima individua – diversamente dall'economia "lineare", basata sulla logica di "produzione", "consumo" e "abbandono" dei beni – quel paradigma incentrato sul riutilizzo dei materiali per la massima riduzione della produzione di rifiuti e contestuale diminuzione del consumo di risorse naturali[71].

Una definizione accreditata di tale nuova frontiera produttiva è infatti quella per cui essa consisterebbe in un modello concettualmente "rigenerativo" e in grado di "riprodu[rre] la natura nel migliorare e ottimizzare in modo attivo i sistemi mediante i quali opera" [72].

Più specificamente, si tratta di un sistema di sviluppo che, prendendo spunto dagli ecosistemi, intende "mimare" ciò che all'interno di quest'ultimi accade – dove "tutto si riutilizza e nulla si perde" – "riconosc[endo] l'esistenza di limiti invalicabili che impongono il continuo riutilizzo dei beni"[73].

Così facendo, allorquando un bene non venga più utilizzato, le relative componenti sono reinserite nel ciclo produttivo in modo da essere nuovamente impiegate per trarne ulteriori utilità[74].

La rilevanza di tale nuova prospettiva è stata più volte sottolineata a livello europeo, a partire dalla Comunicazione della Commissione europea del 2014

[70] Aspetto, questo, valorizzato in sede di primo commento al progetto di riforma da G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, fasc. n. 2/2021, p. 473.

[71] Si ricorda come l'inizio del dibattito attorno all'economia circolare sia solitamente fatto risalire alla Conferenza di Stoccolma del 1972 e l'istituzione, nel 1983, della Commissione Bruntland. Sul punto, fra gli altri, v. M. COCCONI, *La regolazione dell'economia circolare, Sostenibilità e nuovi paradigmi di sviluppo*, Milano, pp. 15 ss.

[72] Come ricordato da M. COCCONI, *Un diritto per l'economia circolare*, in *Il diritto dell'economia*, fasc. 3/2019, p. 115, che richiama la definizione fornita dalla Ellen MacArthur Foundation nel documento *Towards the Circular Economy* del 2013, reperibile su *Ellenmacarthurfoundation.org*. Per quest'ultimo, infatti, "[a] circular economy is an industrial system that is restorative or regenerative by intention and design […]. It replaces the 'end-of-life' concept with restoration, shifts towards the use of renewable energy, eliminates the use of toxic chemicals, which impair reuse, and aims for the elimination of waste through the superior design of materials, products, systems, and, within this, business models".

[73] In questi termini F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir. Amm.*, fasc. 1/2017, p. 168.

[74] Al riguardo, *ex multis*, si veda il contributo di S. CAVALIERE, *Economia circolare e intervento pubblico nell'economia: spunti di riflessione*, in *Diritifondamentali.it*, fasc. n. 1/2020, pp. 927 ss.

"Verso un'economia circolare: programma per un'Europa a zero rifiuti"[75] e del 2015 "L'anello mancante – Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare"[76], sino al più recente "Pacchetto economia circolare" del 2018, (composto da quattro direttive in materia di rifiuti, imballaggi, discariche, veicoli, pile e RAE, a loro volta modificative di precedenti direttive)[77].

L'importanza di un simile paradigma ha trovato peraltro nuova e più recente conferma anche in occasione del *Green Deal* europeo del 2019, oltre che nell'ulteriore "Piano d'Azione per l'Economia circolare" presentato dalla Commissione nel marzo 2020[78].

Si tratta quindi di una diversa dimensione di sviluppo che, in conformità al quadro europeo e nell'ottica di tutela degli interessi delle future generazioni, determina un radicale mutamento di approccio nella gestione delle risorse e dei rifiuti[79].

Da qui, in ragione del profondo scostamento da precedenti abitudini di consumo, l'emersione di un nuovo sistema economico-industriale che, a sua volta, implica un rinnovata esigenza di regolazione rispetto alla quale il ruolo dello Stato può assolvere un importante funzione di indirizzo, in conformità oltretutto, come detto, al quadro tracciato dall'Unione europea.

Per tali motivi con la modifica in esame parrebbero aver trovato conferma quelle letture – proposte in dottrina ben prima dell'approvazione della riforma – che individuavano proprio nell'art. 41, comma 3, Cost. il fondamento costituzionale per un rinnovato ruolo dei pubblici poteri, chiamati a promuovere un esercizio dell'attività d'impresa coerente con le "sfide" poste dal modello dell'economia circolare propugnato in ambito europeo[80].

Si tratterebbe, in altri termini, della concretizzazione di quel processo di transizione verso la c.d. "blue economy" che trova oggi più che mai fondamento nell'evocato comma 3 dell'art. 41 Cost.

[75] Reperibile all'indirizzo: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52014DC0398R%2801%29.

[76] Reperibile all'indirizzo: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0614.

[77] Il c.d. "pacchetto" economia circolare è composto da quattro direttive: la 849/2018/UE (direttiva su veicoli, pile e RAEE) modificativa delle direttive 2000/53/UE, 2006/66/UE e 2012/19UE; la 850/2018/UE (direttiva "discariche") modificativa della direttiva 1999/31/CE; la 851/2018/UE (direttiva "rifiuti") modificativa della direttiva 2008/98/CE; la 852/2018/UE (direttiva "imballaggi") modificativa della direttiva 94/62/CE.

[78] Reperibile all'indirizzo: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0098.

[79] Per un'approfondita riflessione giuridica sul tema dell'economia circolare si veda F. DE LEONARDIS (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, Macerata, 2019.

[80] In tema si veda in particolare il contributo di F. DE LEONARDIS, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, fasc. 1/2020, pp. 51 ss.

Paradigma, quest'ultimo, che segna un'evoluzione rispetto al modello della c.d. "red economy", ossia di un'economia individualista basata su logiche di sola produzione e consumo (art. 41, comma 1, Cost.) nonché della c.d. "green economy", cioè di quella prospettiva che, pur considerando le esigenze della produzione, impone al contempo di non danneggiare l'ambiente conformemente al limite dell'"utilità sociale" di cui all'art. 41, comma 2, Cost.[81].

La modifica costituzionale potrebbe allora concorrere a rilanciare una previsione costituzionale, quella del comma 3 dell'art. 41 Cost., che pur avendo conosciuto alterne fortune (se non, da ultimo, un progressivo processo di abbandono), sembrerebbe possedere oggi potenzialità un tempo impensabili.

Così, tale rinnovata previsione si presenta quale fondamento per un nuovo modello economico che, pur non dovendo mai pregiudicare il nucleo essenziale della libertà d'impresa, potrebbe essere in grado in futuro di orientare virtuosamente l'attività produttiva in conformità a scopi di tutela ambientale.

4. Considerazioni conclusive

Terminato l'esame dei contenuti e degli aspetti maggiormente problematici della riforma in analisi, può essere utile sviluppare alcune considerazioni finali tese a riflettere sull'effettiva portata delle novità recate dalla l. cost. n. 1/2022.

Occorre anzitutto interrogarsi circa la natura innovativa o meno della stessa, ossia sulla relativa capacità di apportare elementi di originalità rispetto all'impianto precedente.

Da tale punto di vista non può sottacersi come molte delle modifiche introdotte potessero essere in qualche misura già ricavate per via interpretativa – secondo quanto sopra rappresentato – sulla scorta del previgente testo della Carta, e ciò principalmente grazie al fondamentale contributo esegetico della Corte costituzionale.

Una lettura limitata a siffatta prospettiva, tuttavia, se a un primo impatto potrebbe anche apparire persuasiva, non risulta considerare la più ampia incidenza della riforma, che sembra in realtà (sia pur tra luci ed ombre) possedere ulteriori significative implicazioni.

Difatti, l'inserimento di specifiche previsioni volte al consolidamento della tutela ambientale tanto all'intero dei principi fondamentali quanto della Costituzione economica, non può che conferire a quest'ultima esigenza di tutela un peculiare ruolo all'interno della sistematica della Carta, oltre che rappresentare un chiaro indirizzo programmatico per i pubblici poteri.

[81] Per tale lettura dell'art. 41 Cost., *ivi*, pp. 65 ss. Sulla distinzione fra brown economy, green economy e blue economy R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in F. DE LEONARDIS (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, cit., pp. 39 ss.

Così, ritenere che la pregressa "acquisizione giurisprudenziale" dei contenuti della riforma ne determinerebbe di per sé una sostanziale inutilità, costituisce un'argomentazione su cui non sembra errato riflettere con maggiore ponderazione.

Invero, oltre al rischio di non considerare l'ontologica variabilità di qualsivoglia attività interpretativa, pare non valutare come il legislatore costituzionale abbia voluto imprimere – condivisibilmente o meno – una chiara direttrice volta a mettere "al centro" delle decisioni pubbliche la tutela dell'ambiente nelle sue varie declinazioni.

Da qui la scelta di intervenire sui principi fondamentali, operando così non soltanto una modifica ritenuta ammissibile alla luce del chiaro orientamento della Corte sul punto, ma valorizzando al contempo proprio quella previsione – l'art. 9 Cost. – che aveva da sempre costituito il "punto di partenza" per l'elaborazione della copiosa giurisprudenza costituzionale in materia di tutela dell'ambiente.

Peraltro, l'aver interessato i principi fondamentali, oltre a possedere potenziali risvolti sulla declinazione della nostra forma di Stato (che parrebbe così assumere un connotato singolare, arricchendosi espressamente in senso ambientale l'insieme dei fini che il nostro ordinamento intende perseguire), sembra recare notevoli riflessi pure sul delicato versante dei rapporti con l'ordinamento europeo.

La riforma, infatti, segna un inevitabile ampliamento della sfera dei controlimiti alla *primauté* del diritto dell'Unione, costituendo i principi espressi dal nuovo comma terzo dell'art. 9 Cost. un possibile argine rispetto a scelte sovranazionali – forse ad oggi poco probabili ma comunque teoricamente possibili – contrastanti con interessi di tutela ambientale.

Oltretutto, le sfide che porrà la riforma saranno verosimilmente molteplici e variegate, come testimoniato ad esempio dalla crisi energetica legata al delicato contesto politico-economico in atto.

Sarà interessante verificare il modo in cui il decisore politico, a seguito della valorizzazione dell'ambiente tra i principi fondamentali, riuscirà a far fronte a un fabbisogno sempre crescente senza però riattivare percorsi di approvvigionamento inconciliabili con il consolidamento della tutela ambientale in Costituzione.

La modifica costituzionale, dunque, anche nel suo connotato apparentemente più "ricognitivo", pare rivelare un inaspettato carattere di innovatività, risultando alla stessa sotteso un autentico cambio di prospettiva dalle conseguenze sistematiche più varie e ad oggi, probabilmente, solo in parte immaginabili.

Suggestivo in tale ottica è altresì il richiamo agli interessi delle future generazioni, che sembra imporsi tra gli elementi maggiormente significativi della

riforma in quanto capace di proiettare la tutela dell'ambiente al di là di una visione di breve termine e di recuperare al tempo stesso una dimensione, quella intergenerazionale, più volte richiamata (sia pur in ambiti diversi, secondo quanto si è potuto verificare) anche dal giudice costituzionale.

L'effettiva considerazione degli interessi delle future generazioni sul fronte ambientale dipenderà probabilmente anche dalla capacità delle Istituzioni di munirsi di regole e procedimenti, tanto a livello legislativo quanto amministrativo, in grado di assicurare un apposito bilanciamento della "variabile" intergenerazionale nell'assunzione delle decisioni pubbliche[82].

Analogamente, tale considerazione non potrà che dipendere dalla sensibilità che svilupperà la Corte costituzionale – e il giudice in generale – nel vagliare quelle disposizioni contrastanti con il nuovo parametro di legittimità.

Ciò posto, al di là del richiamo alla tutela degli animali (su cui, come si è visto, pure non mancano elementi di criticità), altro aspetto da tenere senz'altro in considerazione è la modifica dell'art. 41 Cost.

Secondo quanto si è già potuto osservare, quest'ultima parrebbe orientata a conferire maggiore solidità al nuovo disposto dell'art. 9 della Carta, rappresentando un riflesso di tale previsione all'interno della c.d. "Costituzione economica".

Se pertanto sembra sussistere una chiara relazione fra la modifica dell'art. 9 e quella dell'art. 41 Cost., occorre interrogarsi semmai sull'utilità della seconda considerata la prima.

In proposito non può sottacersi come il rafforzamento della tutela ambientale all'interno dei principi fondamentali rechi con sé il rischio che ogni ulteriore modifica costituzionale ispirata dalla medesima *ratio* o finalità possa risultare ripetitiva, se non addirittura superflua.

Pur permanendo una simile criticità, non devono tuttavia sottovalutarsi le potenzialità sottese alla modifica dell'art. 41 Cost., che potrebbe in realtà mantenere una sua coerenza e ragionevolezza.

Tale ambito, infatti, rimasto probabilmente sullo sfondo tra i contenuti della riforma, si presenta – per le ragioni su cui ci siamo soffermati – non poco significativo, incidendo sul delicato binomio "economia-ambiente" e, al tempo stesso, apparendo in grado di disegnare una rinnovata collocazione dello Stato

[82] Al riguardo si vedano le riflessioni di M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit., p. 148 s. che, nel segnalare la "miopia" del legislatore costituzionale laddove non ha previsto "alcuna ulteriore specificazione, né di natura sostanziale, né di natura formale-procedimentale", osserva come "le scelte dei legislatori e degli amministratori potranno risultare giuridicamente sindacabili dai giudici solo in presenza di precisi parametri normativi posti a presidio della validità dei loro atti, residuando altrimenti (per il giudice costituzionale o per il giudice comune) il solo scrutinio sulla non manifesta irragionevolezza (o arbitrarietà) di quelle scelte".

sul delicato versante della programmazione e del coordinamento dell'attività economica.

La contestuale modifica dell'art. 41 Cost., che si pone quindi nel solco del riformulato art. 9 Cost., pare allora esprimere una precisa "scelta di campo" del legislatore costituzionale in favore di una decisa valorizzazione della dimensione ambientale all'interno della sfera economica.

Invero, l'inserimento all'interno dell'art. 41, comma secondo, Cost. del riferimento alla salute e all'ambiente non può che far assumere proprio all'interesse ambientale, intimamente connesso con quello della salute, un peculiare ruolo all'interno di quell'opera di bilanciamento che il giudice costituzionale ci ha ricordato dover sempre operarsi comunque secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza.

Di non minor rilievo si presenta poi la modifica del comma terzo dell'art. 41 Cost., attraverso l'aggiunta dei fini ambientali quale condizione giustificativa di un indirizzo e coordinamento "pubblico" dell'attività economica.

Si è visto che tale previsione può, in prospettiva, ricoprire un ruolo assai importante nell'implementazione di nuovi modelli di sviluppo – come quello dell'economia circolare – che cercano di contemperare esigenze di crescita e produzione con un virtuoso utilizzo delle risorse e dei beni disponibili.

Da qui il possibile "rilancio" di una disposizione la cui operatività era andata progressivamente ridimensionandosi e che tuttavia non potrà prescindere da un inevitabile raccordo con il quadro europeo, a sua volta orientato alla valorizzazione di una dimensione "circolare" dell'economia come testimoniato dai molteplici atti a vari livelli in tal senso adottati.

Peraltro, anche la modifica del terzo comma dell'art. 41 Cost. sembra in grado di poter in qualche misura possedere riflessi sulla declinazione della forma di Stato, assistendosi a un ribilanciamento – per fini di tutela ambientale, è bene sottolinearlo – del ruolo dell'autorità rispetto a quello della libertà (in particolare d'impresa) dei cittadini.

Aspetto, quest'ultimo, notevolmente delicato che, se per un verso pare poter mitigare visioni ultraliberistiche in favore di un approccio più attento ad esigenze sociali e ambientali, d'altra parte si ritiene non dover mai addivenire a inammissibili compressioni o ridimensionamenti della libertà d'iniziativa economica, che dovrà semmai essere soltanto orientata verso modelli di sviluppo più sostenibili.

Conclusivamente, al di là degli aspetti positivi e negativi della riforma, lo sforzo che dovranno compiere gli interpreti sarà quello di avvicinarsi alla stessa in modo quanto più oggettivo possibile e scevro da preconcetti fuorvianti, onde comprendere le potenzialità che potrà offrire nell'adozione di politiche che riescano a garantire un equilibrato bilanciamento tra esigenze di tutela dell'ambiente e di crescita economica.

Ciò con la speranza che il decisore politico, da un lato, e il giudice (delle leggi e non soltanto), dall'altro, operino una virtuosa applicazione delle innovazioni apportate alla Carta. Solo in tal modo, infatti, il consolidamento della tutela ambientale in Costituzione potrà rappresentare un'occasione di sviluppo e non un ostacolo all'esercizio di altri diritti e libertà di preminente rilevanza costituzionale.

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. 3/2022

L'UTILIZZO DELLE *SANDBOXES* NORMATIVE: UNA RICOGNIZIONE COMPARATA DELLE PRINCIPALI ESPERIENZE DI TECNICHE DI PRODUZIONE NORMATIVA SPERIMENTALI E IL LORO IMPATTO SULL'ORDINAMENTO

MATTEO TRAPANI*

Sommario

1. L'astrattezza e la razionalità tecnica: un percorso bicefalo. – 2. Le indicazioni europee. – 3. Il concetto di sandbox e le sue peculiarità. – 4. Le esperienze statali. – 4.1. La sandbox fintech in Italia. – 4.1.2. … e la sandbox multisettoriale. – 4.2. La sandbox in Spagna. – 4.3. L'esperienza tedesca. – 4.4. Le Zone di Sperimentazione in Portogallo. – 4.5. Le sandbox in Francia. – 5. Conclusioni.

Abstract

Technological evolution determines several changes in the interactions between private companies and public bodies and on the institutional framework that they apply. All this has therefore highlighted a twofold necessity: a regulatory adaptation by default of products characterized by the use of emerging technologies, and the flexibility of rules and their eventual modification as an effect of the technological evolution. The Italian legislator, along with numerous other European countries, tried to afford the consequences of this evolution by searching new forms of law production. Its goal is to consider the technical and technological peculiarities inherent in emerging technologies.

Many European countries have embarked on a path of regulating the ways through which experimentation and sandbox clauses can be adopted, by providing for different roles of the public actors involved and uneven levels of rights protection.

The paper aims to investigate numerous profiles of these new techniques of regulatory production, starting with the critical issues they may entail in terms of legal certainty and responsibility, the role of the public actors involved, and the effects on the system of sources. This reflection was carried out in the light of the European experiences that have developed in recent years and that allow the continuation of a reflection on the topic.

Suggerimento di citazione

M. TRAPANI, *L'utilizzo delle* sandboxes *normative: una ricognizione comparata delle principali esperienze di tecniche di produzione normativa sperimentali e il loro impatto sull'ordinamento,* in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Assegnista di ricerca nell'Università di Pisa (prodotto realizzato all'interno della ricerca PRIN - Secoretech_Unità di Pisa)

Contatto: trapani@studiolegaleazzena.it

© 2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 3/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. L'astrattezza e la razionalità tecnica: un percorso bicefalo

"Il cambiamento non è mai stato così veloce e non sarà mai più così lento" [1]; con questa frase Justin Trudeau nel 2018, al *World Economic Forum*, riassumeva le sfide poste in vari ambiti dalla rivoluzione digitale. Questa stessa frase riassume anni di studi e riflessioni sulla difficoltà che incontra il diritto ad interpretare l'evoluzione della tecnica.

Nel più recente periodo, con le crisi che si vanno succedendo, tecnica e nuove tecnologie condizionano in maniera sempre maggiore l'azione dei pubblici poteri.

Spesso ci si è interrogati se sia il diritto a precorre l'evoluzione tecnologica o se quest'ultima, data anche la maggiore velocità e flessibilità, non costituisca invece un inevitabile elemento di condizionamento concreto e necessario dell'attività del legislatore.

Non sfugge la complessità con la quale si è chiamati ad agire per disciplinare le modalità di utilizzo di prodotti o servizi basati sulle tecnologie emergenti.

Le *sandboxes*, che costituiscono l'oggetto del presente contributo, rappresentano una modalità innovativa dell'uso delle fonti del diritto in un contesto di nuove tecnologie, che impongono una attenta analisi delle modalità del loro uso, nonché degli effetti che possono determinare nell'ordinamento giuridico. Le *sanboxes* sono uno strumento che ha iniziato ad avere la propria centralità in particolar modo nel sistema anglosassone e che ha trovato nella elasticità di quel sistema un terreno fertile, ma anche "argilloso", grazie alla peculiarità del sistema di *common law*, ma anche per la particolare conformazione del rapporto tra Autorità e organi preposti alla regolazione e alle pulsioni di mercato presente in quel contesto giuridico.

Il buon funzionamento delle *sandboxes* dipende da numerosi fattori che non sono sempre facilmente classificabili, in quanto afferiscono, non solo alla struttura ordinamentale, ma anche alle implicazioni economiche.

Nella realtà giuridica le *sandboxes* sono uno spazio, virtuale oppure fisico, all'interno del quale è possibile testare per un periodo di tempo limitato progetti innovativi da un punto di vista tecnologico, con la possibilità di derogare la normativa di settore, in modo da consentire ai promotori del progetto di svolgere i *test* nella maniera più esaustiva, completa ed efficiente possibile.

Stando alle definizioni condivise a livello UE, le "*regulatory sandbox*es" consistono in «quadri concreti che, fornendo un contesto strutturato per la sperimentazione, consentono, se del caso in un ambiente reale, di testare tecnologie, prodotti, servizi o approcci innovativi - al momento soprattutto nel contesto della digitalizzazione - per un periodo di tempo limitato e in una parte limitata

[1] https://www.weforum.org/agenda/2018/01/pm-keynote-remarks-for-world-economic-forum-2018.

di un settore o di un ambito soggetto a vigilanza regolamentare, garantendo la messa in atto di opportune misure di salvaguardia»[2]; le "*experimentation clauses*" (clausole sperimentali), che spesso costituiscono la base giuridica degli spazi di sperimentazione normativa, sono invece «disposizioni giuridiche che consentono alle Autorità incaricate di attuare e applicare la legislazione e di esercitare, caso per caso, un certo grado di flessibilità in relazione alla sperimentazione di tecnologie, prodotti, servizi o approcci innovativi»[3].

La *sandbox* normativa è caratterizzata da una ulteriore peculiarità: i risultati dei vari *test* e delle varie sperimentazioni possono essere utilizzati come base per una successiva ed eventuale modifica normativa.

Tale nuova tecnica di normazione può essere analizzata sotto molteplici aspetti «involgendo implicazioni di tipo giuridico, economico e sociale» e facendo emergere, come è stato detto, «ulteriori elementi meritevoli di opportuna considerazione, ciascuno legato al carattere multiforme, multifunzionale e multidimensionale del modello in questione. *Ad adiuvandum*, sta ponendo in particolare evidenza i due macro orientamenti del dibattito in corso che si spinge ora verso il lido della regolazione sperimentale, ora verso quello della sperimentazione normativa»[4].

L'utilizzo delle *sandboxes* può certamente apportare alcuni vantaggi al legislatore nei casi in cui questo debba prevedere una normativa per alcuni beni o servizi dall'elevato contenuto tecnologico, i cui effetti sull'ordinamento, nel contesto sociale e sul mercato non siano conoscibili o siano contraddistinti da una elasticità tale da essere imprevedibili.

Si pensi, ad esempio, a tutti quei sistemi di intelligenza artificiale, dotati di strumenti di auto-apprendimento (*machine learning* e *deep learning*), chiamati ad agire non solamente sulla base dei dati di cui sono in possesso al momento della programmazione, ma anche in virtù della loro capacità di elaborare e raccogliere ulteriori dati e modificare la propria azione in relazione a quest'ultimi. L'utilizzo di *big data*, IA e di sistemi di *cloud computing* hanno reso possibile superare limiti tecnici che, tuttavia, necessitano di una consapevole regolazione giuridica[5].

[2] Sul punto v. Consiglio dell'Unione europea, "Conclusioni del Consiglio sugli spazi di sperimentazione normativa e le clausole di sperimentazione come strumenti per un quadro normativo favorevole all'innovazione, adeguato alle esigenze future e resiliente che sia in grado di affrontare le sfide epocali nell'era digitale", 16 novembre 2020, reperibile al link: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13026-2020-INIT/it/pdf, § 8.

[3] Ibid., § 9.

[4] M. T. PARACAMPO, *Il percorso evolutivo ed espansivo delle regulatory sandboxes da FinTech ai nuovi lidi operativi del prossimo futuro*, in *Federalismi.it*, n. 18 del 2022, 209 ss.

[5] Sul punto si veda il recente contributo di F. DI PORTO, *La regolazione di fronte alle sfide dell'ICT e dell'intelligenza artificiale*, in R. C. PERIN - D. U. GALLETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, ed. Giappichelli, Torino, 2020, 277 ss.; sul ruolo della digitalizzazione

Tutto ciò ha comportato una modifica dello spazio nel quale il legislatore è chiamato ad individuare regole, norme e linee guida proprio quale conseguenza della pervasività che le tecnologie emergenti hanno dimostrato di poter causare[6].

Si sta realizzando, in altre parole, una destrutturazione dello spazio e del tempo che ha coinvolto principalmente le amministrazioni pubbliche e la modalità di programmazione, di gestione e di fornitura dei servizi.

Un esempio è rappresentato dal tema della mobilità intelligente sul quale l'Italia e altri Stati[7] stanno concentrando le proprie iniziative di *sandboxes* e da cui è possibile declinare una riflessione sulla capacità del diritto ad accompagnare l'innovazione digitale[8].

Dinanzi a tale evoluzione tecnologica e alla necessità di porre dei limiti ad alcune delle trasformazioni in atto, ci si è posti il problema di individuare quale fosse la via più idonea al fine di consentire all'ordinamento giuridico di delimitare, per quanto possibile, queste nuove situazioni.

Il problema della modalità di regolamentazione si è posto sia a livello di Unione Europea, sia nei vari contesti nazionali, con profili e soluzioni comuni

nell'amministrazione si veda I. A. NICOTRA - V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, n. 4 del 2019, in part. 96 ss.

[6] Gli esempi che possono essere fatti sono molti; solo a titolo esemplificativo e per comprendere le problematiche che ne costituiscono il presupposto, è possibile richiamare uno dei casi più conosciuti dell'uso di questi sistemi, in forte evoluzione durante gli ultimi anni, che è quello legato alla mobilità.

La produzione di auto a guida autonoma, caratterizzate dalla presenza di sistemi di intelligenza artificiale, ha riscontrato un notevole successo anche quale conseguenza della necessità di conseguire un risparmio energetico e una migliore razionalizzazione degli spazi nelle nostre città. Tali evoluzioni si legano al tema delle *Smart Cities*[6] e degli strumenti urbanistici, architetturali, normativi e sociali che contribuiscono ad ottimizzare i servizi pubblici e il rapporto tra amministrazione e cittadini con l'utilizzo di tecniche legate all'innovazione, ha rappresentato un terreno fertile di riflessione per quanto riguarda la tutela dei diritti del singolo e lo sviluppo di nuovi diritti digitali. Sull'evoluzione della *smart city* si veda M. CAPORALE, *Dalle smart cities alla cittadinanza digitale, in Federalismi.it,* n. 2 del 2020*,* 30 ss.; Id., *L'attuazione delle smart cities. Competenze e coordinamento tra livelli di governo*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 4 del 2015, 949 ss.

[7] In numerosi Paesi, in particolare in Italia, Germania e Singapore la *sandbox* è utilizzata proprio per testare soluzioni di guida autonoma e verificarne la compatibilità con la normativa vigente.

[8] Le problematiche che si pongono sulla regolamentazione della mobilità intelligente sono molteplici ed afferiscono al rispetto del "Codice della Strada", alla identificazione delle responsabilità per eventuali incidenti, alla tutela della *privacy*, ai diritti legati alla proprietà del mezzo ed alla disciplina riguardante l'attività di regolamentazione e di cartellonistica delle strade stesse. Tematiche che sono rese ancora più complesse dall'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale, poiché la guida autonoma non permette una facile e certa identificazione delle modalità con le quali il mezzo si può comportare davanti a dei pericoli improvvisi. Così il diritto è chiamato a regolamentare fattispecie mai prese in considerazione, e sulle quali deve applicare categorie giuridiche che oggi sono sconosciute o quantomeno di difficile identificazione: si pensi al tema della disciplina della responsabilità nella valutazione del bilanciamento dei valori effettuato nel caso in cui, davanti ad un pericolo, un sistema di intelligenza artificiale sia chiamato a decidere quale soluzione prendere, anche quelle più gravi che mettono in discussione il valore primario della vita. Sull'ultimo punto si veda il "dilemma etico del Trolley" D. EDMONDS, *Would you kill the fat man?,* Princeton University Press, 2014.

e assimilabili ma anche con grandi differenze dovute alla possibilità di ciascuno Stato di poter incidere sul proprio ordinamento in modo anche molto diverso. La strada comune, che in alcune di queste fattispecie è stata percorsa, che costituisce oggetto di questa indagine, è rappresentata dall'utilizzo delle *sandboxes*, ancora in fase di sperimentazione, anche da un punto di vista formale, per comprendere se queste possono agevolare la regolamentazione di alcuni settori.

Questione di non poco conto in quanto il rischio è quello di costruire un sistema a più velocità che vede alcuni Stati, sottoposti alla stessa disciplina eurounitaria, realizzare difformità nel bilanciamento tra sperimentazione e tutela dei diritti fondamentali.

Le criticità maggiori che si registrano sono quelle relative all'impatto sulla gerarchia delle fonti, sulla competenza Stato-Regioni, sugli effetti sulla libertà di concorrenza e sul principio di eguaglianza, sul ruolo di Ministeri e Autorità indipendenti; in sintesi, sul rapporto tra tecnologia e diritto.

Le tematiche che possono interessare questo strumento sono difatti varie e coinvolgono i dati personali, l'ambiente, il *fintech*, l'energia. In tutti questi casi si intersecano aspetti non solo tecnologici ma anche etici e sociali, che non possono essere lasciati al caso ma devono essere inclusi negli algoritmi che regolano l'intelligenza artificiale[9].

Il legislatore italiano ha principiato solo di recente ad approcciarsi al tema nell'ottica prima di una generale inclusione dell'innovazione tecnologica e della digitalizzazione nei procedimenti amministrativi e, solo successivamente, mediante l'approvazione di una serie di fonti di *soft law* che contribuiscono a creare linee guida e orientamenti per i produttori e gli utenti di questi sistemi. Il legislatore europeo ha affrontato questi temi con maggior coraggio, anche mediante la discussione e l'adozione di numerosi atti[10] che incidono fortemente sulla regolamentazione dell'innovazione digitale quali il *Digital Service Market*, le direttive sulla *cybersecurity*, la disciplina *privacy*, la proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale[11] e altri documenti e *dossier* che sono stati posti alla base della riflessione sul tema in questi anni.

[9] Sul punto A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà, in BioLaw Journal,* n. 1 del 2019*,* 71 ss.

[10] Questa impostazione fa parte della più ampia strategia contenuta nel *Digital Single Market* mediante la quale l'UE si è impegnata a mettere in atto ogni azione al fine di creare uno spazio comune per i servizi digitali.

[11] Nella proposta di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale, ancora in discussione, si affronta il tema delle *sandboxes* quali spazi di sperimentazione legislativa e come possibile strumento per disciplinare il complesso sistema delle tecnologie emergenti. La previsione delle *sandboxes* risponde in particolar modo alla verifica della compatibilità delle soluzioni con la *privacy*, tema evidentemente centrale nella discussione del legislatore europeo, e vengono inserite quale strumento "acceleratore" d'innovazione.

L'evoluzione scientifica e l'avanzamento della tecnica hanno avuto un impatto significativo sulla stessa produzione delle fonti, tanto da obbligare spesso il legislatore a disciplinare tecnologie che erano già state sottoposte a regole dal privato.

Le modalità con le quali enti pubblici ed imprese si inseriscono sul mercato, i modelli normativi di riferimento da applicare e le stesse categorie giuridiche hanno subito una modifica quale effetto dell'evoluzione tecnologica, evidenziando una duplice necessità: quella dell'adeguamento normativo *by default* dei prodotti caratterizzati dall'utilizzo di tecnologie emergenti e quello della flessibilità delle regole e della loro eventuale modifica quale effetto dell'evoluzione tecnologica. Tali interventi si inseriscono all'interno di ordinamenti giuridici che, da sempre, sono stati caratterizzati dalla necessità di rispetto di quei principi di generalità, astrattezza e novità che qualificano un atto formalmente come fonte del diritto; tutto ciò che non rispetta, almeno nei suoi aspetti generali, tali principi, non può (potrebbe) essere considerata fonte[12].

La sperimentazione unirebbe così numerosi aspetti dell'intera fase di produzione di una norma, includendo anche una valutazione dell'impatto della tecnologia sull'ordinamento e della norma nella realtà e richiamando quello che viene effettuato mediante l'"*Analisi di impatto sulla regolamentazione*" e il coinvolgimento dei portatori di interessi privati nel procedimento di formazione di una legge.

Nel corso del tempo l'ordinamento giuridico europeo (così come quello italiano e di molti altri Stati) ha visto un'evoluzione anche dell'interpretazione da dare ai principi generali sulle fonti del diritto, così da classificare gli atti di *soft law* come ad efficacia ridotta che nel corso del tempo si trasformano, venendo percepiti come obbligatori o, comunque, ad efficacia vincolante.

In questo contesto occorre, quindi, verificare se e come i principi generali sulle fonti del diritto operino in modo classico, oppure la legittimazione contenuta in regolamenti europei e leggi nazionali consentano poi di attribuire anche a tali regolamentazioni sperimentali un valore giuridico vincolante.

La legge, astratta e generale, non può spesso cogliere la razionalità tecnica che promana dal sorgere di nuove situazioni giuridiche, da azioni prima non considerate e dipendenti da sistemi che non sono direttamente riconducibili all'intelletto umano.

[12] Si vedano almeno A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in Commentario Scialoja- Branca, ed. Zanichelli, Bologna - Roma, 1977; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, ed. Eges, Torino, 1984; V.CRISAFULLI, *Voce "Fonti del Diritto (Dir. Cost.)"*, in Enciclopedia del Diritto, ed. Giuffrè, Milano, XVII, 1968, 925 ss.; L. CARLASSARE, *Voce "fonti del diritto" (Dir. cost.),* in Enciclopedia del Diritto, Annali II-2, ed. Giuffrè, Milano, 2008, 536 e ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, ed. CEDAM, Padova, 2009.

Una razionalità che rischia di far adeguare il diritto al fatto, rovesciando quella piramide che vede la realtà soggetta e organizzata dal diritto e dalle regole che il legislatore pone.

Tutto ciò fa entrare in crisi la regolamentazione tradizionale ponendo il legislatore davanti ad un bivio: disciplinare le nuove tecnologie alla luce delle regole che il mercato ha già dettato o produrre una propria legislazione dal basso valore coercitivo.

Un dilemma che rischia di porre il sistema davanti ad «una forma e una sostanza regolativa, gestionale e decisionale che, se per un verso appare espressione di logiche artificiali tutte interne al singolo settore, per un altro, non essendo vincolate ad esigenza di generalità ed astrattezza, possono seguire e servire tutte le variabili del settore di volta in volta oggetto di regolazione»[13].

2. Le indicazioni europee

L'esigenza di regolazione dell'innovazione tecnologica ha così comportato un triplice effetto: il superamento della sola predisposizione di norme di *soft law*[14], l'attenzione del legislatore alle regole del mercato ed un nuovo ruolo per le Autorità indipendenti e i Ministeri.

Un approccio che ha interessato anche il diritto europeo e, come abbiamo visto, unisce la necessità di produrre regole certe e conoscibili da tutti all'esigenza sempre più crescente di far partecipare alla creazione delle regole tutti quei soggetti, istituzionali, sociali ed economici, che possono essere interessati a migliorare la disciplina e fissare principi condivisi. La ricerca di nuovi metodi per unire l'incertezza e flessibilità dei nuovi prodotti, frutto dello sviluppo tecnologico, e l'esigenza di individuare valori e principi fondamentali, applicabili

[13] C. AMIRANTE, *Dalla forma stato alla forma mercato*, ed. Giappichelli, Torino, 2008, 44.

[14] Si veda il punto 121 della "Risoluzione del Parlamento europeo del 3 maggio 2022 sull'intelligenza artificiale nell'era digitale" https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0140_EN.html ove si afferma che ci si impegna «a proporre atti legislativi solo sotto forma di regolamenti per nuove leggi digitali in settori quali l'IA, poiché il mercato unico digitale deve essere sottoposto a un processo di vera armonizzazione; è convinto che, a causa del rapido sviluppo tecnologico, la legislazione digitale dovrebbe essere sempre flessibile, basata su principi, neutrale dal punto di vista tecnologico, a prova di futuro e proporzionata, adottando al contempo un approccio basato sul rischio, ove opportuno, basato sul rispetto dei diritti fondamentali e prevenendo inutili ulteriori oneri amministrativi per PMI, start-up, mondo accademico e ricerca; sottolinea inoltre l'importanza di un elevato grado di certezza del diritto e, di conseguenza, la necessità di criteri, definizioni e obblighi di applicabilità solidi, pratici e inequivocabili in tutti i testi giuridici relativi alla vendita, all'uso o allo sviluppo di tecnologie di IA». Al punto 130 si afferma inoltre che «un obiettivo fondamentale della strategia digitale dell'UE, nonché quello della strategia per l'IA, è la creazione di una "via europea" in un mondo digitalizzato; chiarisce che tale approccio dovrebbe essere incentrato sull'uomo, affidabile, guidato da principi etici e basato sul concetto di economia sociale di mercato; sottolinea che l'individuo e la tutela dei suoi diritti fondamentali dovrebbero rimanere sempre al centro di tutte le considerazioni politiche e legislative».

alle soluzioni tecnologiche, determina la possibilità di prevedere modalità di produzione di fonti che minimizzino fin subito i rischi di non conformità.

La nuova proposta di Regolamento[15] sull'Intelligenza artificiale, nel prevedere l'utilizzo di *sandbox*, conferma che tali modalità possono accompagnare un'innovazione responsabile e l'integrazione di tutele adeguate, di misure di contenimento dei rischi fin dalla fase della progettazione della soluzione innovativa.

Negli ultimi anni numerosi Paesi e la stessa Unione europea hanno concentrato il proprio interesse verso modalità di "sperimentazione regolamentare" e di "*sandbox* normative".

L'*Expert Group on Regulatory Obstacles to Financial Innovation* (ROFIEG) della Commissione europea ha inserito tra le sue raccomandazioni quella di valutare l'opportunità di istituire una "*sandbox* normativa" a livello di UE proprio al fine di migliorare gli effetti dell'innovazione tecnologica[16].

L'OCSE, spinta anche dalla necessità di trovare modalità efficaci di produzione del diritto, a seguito di una analisi delle esperienze di produzione normativa[17] che si sono sviluppate nei Paesi europei, ha incentivato l'utilizzo di modelli di normativa agile a partire, in particolare, da settori chiave dell'economia come mobilità e trasporti, comunicazioni, sanità e privacy, e non solo nei servizi finanziari.

L'utilizzo delle "*regulatory sandbox*" e degli altri strumenti di regolamentazione digitali presuppone in molti casi che vi siano necessità tecniche o tecnologiche da affrontare, e che la pubblica amministrazione provi a superarle mediante un dialogo con i privati, con le aziende, con i tecnici e gli *stakeholder* internazionali.

I privati possono così fornire un contributo decisivo nella regolazione della tecnologia partecipando al processo di regolamentazione e in alcuni casi di coregolazione che arricchisce le modalità di produzione del diritto.

[15] L'art. 53 del Regolamento prevede che siano istituiti ambienti controllati da una o più Autorità competenti degli Stati membri o dal Garante europeo della protezione dei dati. Tutto ciò al fine di facilitare lo sviluppo e l'immissione sul mercato di servizi o prodotti particolarmente innovativi, sempre sotto il monitoraggio diretto delle Autorità competenti e al fine di garantire la conformità ai requisiti al regolamento AI e in generale al diritto eurounitario e degli Stati membri.

[16] Commissione Europea, *30 Recommendations on regulation, innovation and finance*, ROFIEG, 2019, pp. 71 ss.

[17] Sul tema si vedano i documenti dell'OCSE, in particolare quelli pubblicati come report per il G20 Digital economy task force, e reperibili all'indirizzo https://www.oecd.org/g20/topics/digitalisation-and-innovation/. In particolar modo il "G20 survey on agile approach to the regulatory governance of innovation", il "G20 collection of digital identity practices" e il "G20 compendium on the use of digital tools for public service continuity".

Tali modalità di "*smart regulation*"[18] rispondono all'esigenza di superamento della regolamentazione mediante modelli di *soft law* delle nuove tecnologie[19] che, seppur consentano al legislatore di far fronte alle esigenze di conciliazione tra normativa flessibile e nuovi modelli di *business*, non permettono di cogliere le specificità di processi contraddistinti da una fase sperimentale tecnica molto complessa, dove l'eventuale collaborazione tra innovatori e legislatore comporta una diminuzione dei costi e dei tempi ed una astratta compatibilità normativa del prodotto innovativo. Un nuovo modo di coinvolgimento di più soggetti che comporta «l'idea è che lo "spazio regolatorio" non sia governato esclusivamente dal legislatore, ma piuttosto sia occupato e condiviso da attori pubblici e privati»[20].

L'UE ha trattato il tema delle *sandboxes* anche nelle "Conclusioni del Consiglio dell'Unione Europea là dove si parla degli "Spazi di sperimentazione normativa e le clausole di sperimentazione come strumenti per un quadro normativo favorevole all'innovazione, adeguato alle esigenze future e resiliente che sia in grado di affrontare le sfide epocali nell'era digitale" del novembre 2020[21].

[18] I documenti e gli studi condotti dall'OCSE riguardano in particolar modo la modalità con le quali le istituzioni devono approcciarsi con la regolamentazione. Per citare solo i principali: OECD (2020), *Review of International Regulatory Co-operation of the United Kingdom*, OECD Publishing, Paris, https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/09be52f0- en.pdf?expires=1619678310&id=id&accname=ocid84004878&checksum=F48BAB9FF66744 5A72230450A64AB4AD ; OECD (2020), *Shaping the future of regulators: the impact of emerging technologies on economic regulators, the governance of regulators,* OECD Publishing, Paris; OECD (2020), *The role of sandboxes in promoting flexibility and innovation in the digital age. Going Digital Toolkit Policy*; OECD (2019), *Regulatory effectiveness in the era of digitalisation*. La stessa dottrina ha affrontato a più riprese il tema della *better regulation* e della *smart regulation*. Per una panoramica si vedano L.TRUCCO, *Better regulation e better lawmaking dell'U.E*, in R. ZACCARIA(a cura di), *Fuga dalla legge?*, Seminari sulla qualità della legislazione, ed. Grafo, Brescia, 2011, 62 ss. Si rimanda altresì a G. VOSA, "*Legiferare con intelligenza" fra contenuto e forma: le procedure di codificazione e rifusione del diritto parlamentare europeo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2011, 11 ss.; A. CARDONE, *La qualità della normazione nel diritto comunitario*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2007, 94 ss.; C. M. RADAELLI, *Whither better regulation for the Lisbon agenda?*, in *Journal of European Public Policy*, 2007, 190 ss.; J. B. WIENER, *Better Regulation in Europe*, in *Current Legal Problems*, 2006; R. BALDWIN, *Is better regulation smarter regulation?*, in *Public Law*, 2005, 485 ss.

[19] Spesso l'UE ha adottato linee guida, raccomandazioni o comunicazioni che in qualche modo rappresentano gli indirizzi su numerosi temi. Si vedano, ad esempio, i numerosi atti legati all'AI quali la Comunicazione dell'aprile 2018 della Commissione dal titolo *"Artificial intelligence: Commission outlines a European approach to boost investment and set ethical guidelines"* o la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)).

[20] M. E. BARTOLONI, *La regolazione privata nel sistema costituzionale dell'unione europea. riflessioni sulla disciplina relativa al settore dell'innovazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3 del 2021, 1334 ss.

[21] Si vedano le Conclusioni (2020/C 447/01) https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13026-2020-INIT/it/pdf.

Il Consiglio identifica nel "principio di innovazione"[22], che tutela l'importanza che le innovazioni normative siano in linea con le trasformazioni tecnologiche, un elemento utile per la creazione di strumenti normativi più efficienti, coerenti, prevedibili, omogenei, adeguati alle esigenze future, sostenibili e resilienti[23]. L'applicazione di tale principio ha incentivato l'utilizzo di spazi di sperimentazione normativa, che il Consiglio riconosce essere già previsti in una serie di settori, che permettono di far progredire in modo proattivo e sinergico l'evoluzione tecnologica e quella legislativa.

Il Consiglio ha invitato ad utilizzare clausole di sperimentazione ed ha impegnato la Commissione a ricercare un ambiente comune di disciplina; nel 2021 la Presidenza Slovena ha sottoposto agli Stati membri un breve questionario e dei documenti di *policy* per monitorare le tipologie di *sandbox* presenti nei vari Paesi e per raccogliere le migliori pratiche[24].

L'istituto della *sandbox* ha così iniziato a trovare un terreno comune di valutazione ed analisi che può portare alla creazione di una disciplina eurounitaria.

I dubbi che permangono e che proveremo ad affrontare sono, tuttavia, molteplici ed afferiscono principalmente alla difficoltà in alcuni sistemi, caratterizzati da processi di *hard law* e rigidi, di accettare una qualsiasi modifica del diritto senza una previa decisione del legislatore, o comunque in una delle modalità costituzionalmente previste, ognuna per propria competenza, modalità e materia.

3. La *sandbox* normativa e le sue peculiarità

La "*sandbox*" non rappresenta altro che una metafora presa in prestito dalla vita quotidiana[25]. Il "box di sabbia" rappresenta, infatti, il luogo sicuro ove far giocare i propri figli in una spiaggia ed in qualche modo rappresenta

[22] Si veda il dossier della Commissione Europea dal titolo *Study supporting the interim evaluation of the innovation principle*, 2019, reperibile sul sito https://ec.europa.eu/info/publications/study-supporting-interim-evaluation-innovation-principle_en.

[23] Lo stesso Consiglio definisce nel documento le clausole di sperimentazione normative quali «disposizioni giuridiche che consentono alle Autorità incaricate di attuare e applicare la legislazione e di esercitare, caso per caso, un certo grado di flessibilità in relazione alla sperimentazione di tecnologie, prodotti, servizi o approcci innovativi».

[24] I documenti sottoposti agli Stati per la consultazione sono: a) *The role of sandboxes in promoting flexibility and innovation in the digital age*; b) *ESAs Joint Committee report FinTech: Regulatory sandboxes and innovation hubs, January 2019*; c) *UNSGSA FinTech Working Group and CCAF 2019, Early Lessons on Regulatory Innovations to Enable Inclusive FinTech*; d) *Regulatory Sandboxes and Innovation Hubs for Fintech*; e) *Regulatory sandboxes and financial inclusion*.

[25] L'utilizzo della parola "*sandbox*" è diffusa soprattutto in informatica dove rappresenta un ambiente virtuale "isolato" che consente di eseguire applicazioni e visualizzare siti Web senza esporre il PC a rischi e minacce. In questo contesto si crea una netta divisione tra i processi in esecuzioni e la *sandbox* permette di non far interagire le due "realtà".

perfettamente le contraddizioni presenti sia in questo spaccato di vita quotidiana che nella sua proiezione metaforica nel diritto.

Così come nella vita reale, anche nell'ordinamento giuridico, tutto ciò che pare più sicuro, delimitato ed osservato a vista, nasconde insidie e difficoltà che non sono facilmente prevedibili.

La *ratio*, traslata prima in ambito informatico e poi giuridico, è abbastanza elementare: se non posso far prevedere al diritto quali effetti avrà la tecnologia, posso sicuramente chiedergli di occuparsene in fase di progettazione e primo inserimento sul mercato, sospendendo l'efficacia delle norme che potrebbero comportare complicazioni.

Gli Stati, seppur abbiano seguito procedimenti in parte differenti per disciplinare le *sandboxes*, hanno tuttavia previsto una struttura comune: un soggetto, pubblico o privato, propone un progetto fortemente innovativo, e in alcuni casi immediatamente testabile, all'ente pubblico che sovrintende la sperimentazione e che è responsabile, da solo o in sinergia con altri soggetti, della valutazione della validità della sperimentazione e della effettiva necessità di sospensione di una norma.

I soggetti incaricati di effettuare la valutazione (in alcuni casi le Autorità, in altre i Ministeri stessi e in altri ancora comitati tecnici *ad hoc*) adottano un parere che viene posto alla base dell'eventuale attivazione della sospensione in ambiente protetto e che potrà portare a una proposta di modifica della normativa.

Non è un caso che la *sandbox* a livello europeo si sia sviluppata a partire dal settore del *fintech*[26] nel Regno Unito, in quanto è risultato più naturale creare una cornice giuridica adeguata in un ordinamento che si basa su regole di *common law* ed in un settore in continua evoluzione, contraddistinto da una forte *territorialità* degli effetti (in gran parte economici e non legati, ad esempio, a beni della vita).

Il progetto fu lanciato nel 2016 e interessò subito *la Financial Conduct Authority*; i requisiti che devono essere soddisfatti al fine di accedere ad una *sandbox* sono principalmente tre: l'innovatività, il beneficio sociale o economico per la collettività e la effettiva necessità di superare una norma al fine della sperimentazione e della messa in commercio di un prodotto.

I benefici della *sandbox*, ben colti prima dall'UK e poi da numerosi Paesi europei ed extraeuropei, non sono solamente giuridici ma altresì economici, anche se il diretto coinvolgimento di sole alcune imprese può limitare il

[26] Per un approfondimento sui limiti e le opportunità della *sandbox* si veda L. BROMBERG – A. GODWIN – I. RAMSAY, *Fintech sandboxes: achiving a balance between regulation and innovation*, in *Journal of banking and finance law and practice*, 2017, 314 ss.; J. M. GONZÁLEZ-PÁRAMO, *Innovazione finanziaria nell'era digitale: sfide per la regolamentazione e la supervisione*, in *Estabilidad financiera*, n. 32 del 2017, 9 ss.

principio di concorrenza e creare diseguaglianze in quanto «*regulatory sandboxes have the potential to give certain economic privileges to specific firms without extending those same privileges to other, similarly situated firms. Typically, regulators approve and allow only certain firms, or types of firms, to participate in their sandbox. Because regulatory sandboxes, by design, reduce the regulatory costs that an admitted firm incurs, firms approved to participate in the sandbox may receive an advantage over their non approved competitors. This presents something of a paradox for policymakers: for a regulatory sandbox to be effective, it must offer participants some form of regulatory relief, but this relief may provide those firms government-granted economic privilege at the expense of their rivals. This concern is an aspect of regulatory sandboxes that so far has been under examined*»[27].

Numerose altre criticità si sono poi registrate: dalla mancanza di adesione da parte dei privati a queste tipologie di *sandbox*, alle difficoltà di collaborazione tra soggetti istituzionali, alle complicazioni insorte nel momento della eventuale proposta di deroga di una normativa o di modifica della disciplina ed al complesso sistema di autorizzazione e dell'interessamento di Autorità indipendenti, oltre ad una evidente difficoltà di inquadramento di questo strumento nel sistema di produzione delle fonti.

4. Le esperienze nazionali

Le questioni principali che riguardano la previsione di *sandbox,* in relazione al loro rapporto con l'ordinamento, afferiscono ai numerosi principi costituzionali che devono essere presi in considerazione.

Innanzi tutto, l'utilizzo e la previsione di *sandbox* può incidere sulla modalità di formazione della legge e sulla gerarchia delle fonti.

Le *sandboxes* prevedono, infatti, un nuovo modello collaborativo di produzione normativa, particolarmente utile nel caso in cui la materia da disciplinare sia caratterizzata da un considerevole fattore tecnologico, che comporta un superamento del tradizionale modello nel quale il legislatore, accogliendo i contributi dei privati mediante procedure formalizzate e non, affronta l'attività di regolazione in modo generale ed astratto.

In questo caso la *sandbox* può comportare una regolamentazione "dal caso concreto", estrapolando regole generali dal caso individuale che è frutto di un impulso di soggetti privati. Un modello che presenta molte potenzialità e altrettanti rischi per quanto attiene alla certezza del diritto e alla effettiva tutela dei diritti fondamentali che nel procedimento legislativo tradizionale trovano un sistema complesso di contrappesi e correttivi.

[27] B. R. KNIGHT – T. E. MITCHELL, *The sandbox paradox*, 2020, 5 ss.

La duplice finalità insita nelle *sandboxes*, quella relativa alla sperimentazione della tecnologia e delle soluzioni innovative e quella di verifica perdurante della tenuta dell'architettura normativa, mediante la sperimentazione di un nuovo modo di regolamentare[28], non ha raggiunto tuttavia lo stesso grado di maturità.

Se infatti questo strumento può essere particolarmente utile per la fase di "sperimentazione" normativa, dove il processo di *test* e della costruzione del prodotto viene svolto tenendo conto della normativa, molto più complessa è invece una effettiva attuazione della "regolazione" sperimentale derivante dalle *sandboxes*.

Vi è infatti una sostanziale differenza, evidente anche nelle varie esperienze statali, tra le sperimentazioni che hanno come fine primario quello di "accompagnare" lo sviluppo di soluzioni tecnologiche, e le sperimentazioni che, invece, intendono determinare le regole che il legislatore deve adottare alla luce dell'evoluzione tecnologica.

Una differenza che incide non solamente sulla fase finale della *sandbox*, e sulla previsione o meno di procedimenti formalizzati di modifica normativa, ma altresì sul ruolo dei soggetti pubblici coinvolti nel procedimento.

Le principali differenze delle varie esperienze statali dipendono anche dal ruolo delle Autorità e dalle competenze dei Ministeri e dei soggetti pubblici che, unito alle peculiarità dei sistemi di *civil law*, alla forte rigidità istituzionale e alla divisione dei poteri, comportano alcune criticità rispetto alla sospensione di norme primarie.

I diversi Stati hanno inoltre previsto differenti tipologie di *sandbox* che coinvolgono in alcuni casi più settori (*sandbox* multisettoriali) e in altre solamente un settore. Esistono inoltre sandbox "intersettoriali" che interessano più materie.

Il rapporto tra Stato, Regioni ed enti locali risulta essere un elemento particolarmente centrale nell'utilizzo delle *sandbox* in quanto è possibile che in alcuni casi gli atti autorizzatori siano di competenza di più soggetti e sia necessario un coinvolgimento formale di più amministrazioni al fine di poter svolgere una adeguata istruttoria e prendere le decisioni conseguenti che produrranno effetti giuridici.

Preme tuttavia constatare come sia necessario che il legislatore interpreti le nuove tecnologie non alla pari di una scienza, ossia metodologia o sistema di risorse cognitive, e quindi sullo stesso piano della norma, che appartiene invece a una scienza, il cui posizionamento nel sistema delle fonti non rappresenta altro che l'essenza profonda del principio di sovranità popolare tipico dello

[28] Si veda M. LESHER, *Bringing new digitally enabled products and services to market: sandboxes and the role of policy experimentation*, in *cepr.org*, 2020.

stato democratico-rappresentativo. Premesso tutto ciò è necessario che la tecnologia rappresenti l'oggetto della normazione e che i pubblici poteri si pongano l'obiettivo di regolarla senza che sia quest'ultima a definire le priorità e le linee di indirizzo. Non è un caso quindi se gli Stati nazionali hanno tenuto un approccio più cauto rispetto all'Unione europea in relazione a questo modello di sperimentazione normativa, dovendo tenere di conto delle implicazioni che la sovranità nazionale e la natura delle fonti comportano nell'ordinamento nazionale. L'accettazione della sperimentazione da parte di uno Stato, infatti, richiede che il tutto si svolga in uno stato di deroga alla legittimità, seppur temporanea, limitata e coperta da una valutazione e dal controllo di un organo pubblico, ma pur sempre in contrasto con l'ordinamento e la realtà in essere[29] per la generalità degli altri soggetti. Se tutto ciò in potenza potrebbe rappresentare un percorso capace di intercettare le nervature dell'evoluzione tecnologica, rischia tuttavia di far decidere al mercato, ed in particolare alle realtà maggiormente strutturate e dotate di mezzi, le priorità della legislazione. Lo spazio eccessivamente libero all'iniziativa privata rischia quindi di determinare ambiti, in particolare quelli maggiormente redditizi, oggetto di percorsi di legislazione innovativi e altri che sottostanno invece ai processi tradizionali (che prevedono tuttavia già un coinvolgimento di *stakeholder* privati).

In tale contesto sono state selezionate le principali esperienze europee (Italia, Spagna, Portogallo e Francia e Germania), tra quelle che hanno adottato strumenti di sperimentazione normativa, analizzando Paesi similari per sistema delle fonti, avanzamento tecnologico e contesto sociale.

In questo contesto è quindi necessario, pur tenendo di conto delle modalità di attuazione delle *sandboxes* nei paesi di *common law* e in quelli extraeuropei, agire su alcune al fine di costruire un modello di sperimentazione normativa, a livello europeo e nazionale, che possa ben bilanciare la rigidità del nostro sistema, il complesso dialogo tra Ministeri e Autorità e l'elasticità richiesta dai sistemi innovativi.

4.1. La *sandbox* fintech in Italia…

Nel nostro ordinamento è difficilmente inquadrabile la *sandbox* normativa nel sistema delle fonti, in quanto essa non potrebbe derogare una normativa senza che tutto ciò vada a modificare profondamente l'assetto istituzionale. Infatti «una deroga troppo ampia andrebbe ad intaccare i fondamenti dello Stato di diritto, giacché neutralizzerebbe norme vigenti senza la mediazione degli organi legittimati a tale scopo[30]».

[29] Differente è infatti il grado di "isolamento" che una *sandbox* normativa può comportare rispetto alla *sandbox* utilizzata in ambito informatico.

[30] Così A. MERLINO, *Il regulatory sandbox e la teoria delle fonti*, in *DPCE online*, n 1 del 2022, 120.

La *sandbox* è stata introdotta nel nostro ordinamento con il decreto legge n. 34 del 30 aprile 2019 (cd. Decreto Crescita) a cui è seguito il decreto 30 aprile 2021, n. 100 del Ministero dell'Economia e delle Finanze; l'ambito di applicazione è limitato al settore della "finanza tecnologica" (il cd. *fintech*)[31], ossia quella parte del mondo finanziario in cui, sfruttando l'innovazione tecnologica, è possibile sviluppare nuovi modelli di *business*, processi, prodotti e anche nuovi operatori di mercato[32].

Lo scopo della *sandbox* italiana (che in questo caso è uno spazio virtuale) è quello di favorire l'innovazione nel settore finanziario, bancario e assicurativo permettendo a coloro che hanno una proposta tecnologicamente innovativa di testarla, adottando gli strumenti necessari per non pregiudicare la concorrenza, tutelare i consumatori, mantenere la stabilità del mercato finanziario ed eventualmente proporre modifiche normative.

Secondo quanto previsto dalla normativa, gli operatori di mercato possono presentare, all'interno di due finestre temporali che vengono previste nel corso dell'anno, i loro progetti alle Autorità competenti per materia. Le Autorità e i soggetti pubblici ai quali può essere indirizzata la domanda sono la Banca d'Italia, la Commissione Nazionale (CONSOB), l'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni (IVASS), il Garante per la protezione dei dati personali, l'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID), l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) e l'Agenzia delle Entrate. Queste, oltre a ricevere la richiesta di partecipazione da parte dei soggetti promotori, si occupano anche degli aspetti gestionali della sperimentazione, quali la determinazione delle finestre temporali per la presentazione delle domande di partecipazione, l'attività di accompagnamento e di supporto nei confronti del richiedente, l'espletamento della fase istruttoria successiva alla presentazione della richiesta e del monitoraggio dei *test* a cui viene sottoposto il progetto, la redazione delle relazioni sullo svolgimento delle sperimentazioni.

Oltre a queste Autorità vengono coinvolti anche altri attori istituzionali quali il Dipartimento del Tesoro, presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze, il Dipartimento per le politiche europee e il Ministero dello Sviluppo Economico.

L'intero procedimento è condotto dal "Comitato *fintech*", presieduto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e coadiuvato dalla Segreteria tecnica del Dipartimento del Tesoro, che rappresenta l'organo di raccordo e

[31] Definizione reperibile sul sito della CONSOB. Vedi anche J. KÀLMÀN, *Ex ante 'regulation'? The legal nature of regulatory sandboxes or how to 'regulate' before regulation even exists*, in *European Financial Law in Times of Crisis, Dialog Campus*, gennaio 2021.

[32] A. MERLINO, *Il regulatory sandbox. Una nuova prospettiva ordinamentale*, ed. Scientifica, Napoli, 2022; M. T. PARACAMPO, *Dalle regulatory sandboxes al network dei facilitatori di innovazione tra decentramento sperimentale e condivisione europea*, in *Rivista di Diritto Bancario*, n. 2 del 2019.

coordinamento e riunisce i rappresentanti di tutti gli enti interessati nel procedimento ed eventuali altri soggetti che potrebbero fornire informazioni utili al fine della valutazione della sperimentazione. Il Comitato svolge anche un'attività di monitoraggio dello sviluppo del settore *fintech*, di concerto con gli altri soggetti internazionali, al fine di delineare linee guida comuni per l'avanzamento del settore.

Possono essere sottoposti a richiesta di sperimentazione mediante *sandbox* i progetti innovativi in uno stato avanzato e finanziariamente sostenibile (requisito oggettivo) presentati da soggetti che operano (o hanno intenzione di iniziare ad operare), anche non in modalità prevalente, nel settore *fintech* (requisito soggettivo) e che rispondono a uno dei requisiti funzionali richiesti. Il progetto, per essere ammesso alla sperimentazione, deve infatti realizzare benefici per gli utenti finali che comportino un miglioramento della qualità del servizio, della promozione della concorrenza, delle condizioni di accesso, della disponibilità, della tutela dell'utente finale o dei costi; produrre una maggiore efficienza del sistema bancario, finanziario e assicurativo o di coloro che in questi sistemi operano; migliorare l'applicazione della regolamentazione del sistema bancario, finanziario o assicurativo in una maniera meno onerosa e più efficace; semplificare i sistemi, le procedure, e i processi interni degli operatori nel settore bancario, finanziario o assicurativo in materia di gestione di rischi.

Prima della presentazione della domanda è prevista una fase di "accompagnamento", nel corso della quale i soggetti interessati a proporre un progetto per la sperimentazione possono effettuare delle richieste di supporto alle Autorità di vigilanza, per avere dei chiarimenti sul funzionamento della *sandbox*, sull'individuazione dell'Autorità competente per materia e sulle modalità di presentazione della domanda di ammissione. I soggetti interessati a proporre la domanda di partecipazione possono farlo durante la vigenza di una delle due finestre annuali dedicate, allegando alla domanda tutti i documenti attestanti la conformità del progetto ai requisiti legali.

Successivamente l'Autorità competente svolge la fase istruttoria, effettuando una valutazione circa la completezza della richiesta e la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge, tenendo conto delle deroghe alla normativa richieste dai promotori, delle misure predisposte per la prevenzione dei rischi e degli strumenti a tutela degli utenti. L'Autorità, ai fini della completezza dell'istruttoria, può richiedere a coloro che hanno presentato la domanda chiarimenti o integrazioni, ed anche pareri al Comitato o ai membri di questo.

Al termine della sperimentazione l'Autorità elabora una relazione sull'esito di questa fase e la invia alla Segreteria tecnica, la quale, dopo averne preso visione, la trasmette agli altri componenti del Comitato che, nel caso in cui lo ritengano necessario, possono chiedere di convocare una riunione con le Autorità di vigilanza competenti per analizzare i contenuti dell'istruttoria. Se al

termine dell'istruttoria il progetto viene valutato positivamente, l'Autorità competente emette un provvedimento in cui sono enunciate le modalità, le prescrizioni e le tempistiche della sperimentazione; in caso contrario invece, emette un provvedimento di diniego.

Nel corso dello svolgimento della sperimentazione l'Autorità competente è incaricata anche del monitoraggio della stessa; al termine del monitoraggio questa può disporre integrazioni, modifiche e anche la revoca del provvedimento iniziale di ammissione alla *sandbox*.

Terminato il periodo di sperimentazione accordato, l'Autorità effettua una relazione sui risultati ottenuti e la trasmette alla Segreteria tecnica, segnalando se sia il caso o meno di effettuare modifiche normative, alla luce del progresso scientifico e tecnologico. Spetterà poi al Comitato, se lo riterrà opportuno, presentare al Governo una proposta di intervento sulla normativa di settore; il Comitato può anche promuovere la formulazione di proposte normative da parte delle istituzioni europee.

Questo modello di *sandbox* è senza dubbio uno tra i più complessi in quanto prevede il coinvolgimento di numerosi soggetti pubblici di differente natura e composizione, con una *governance* dell'intero processo in capo all'Autorità competente e al Comitato tecnico che accompagna i soggetti privati nella sperimentazione. La modifica normativa non rappresenta l'elemento primario di questo procedimento, pensato principalmente per testare prodotti innovativi sul mercato, ma un aspetto eventuale che potrà intervenire alla fine del processo e su impulso del Comitato tecnico verso il Governo. Manca del tutto, infatti, un coinvolgimento sia del Parlamento che delle Regioni affidando così sia la fase di monitoraggio della normativa sia quella di "dialogo" tra privato e istituzioni all'organo esecutivo tramite il "filtro" di un Comitato tecnico.

4.1.2. … e la *Sandbox* multisettoriale

L'Italia ha previsto recentemente una *sandbox* normativa multisettoriale, disciplinata dall'art. 36 del decreto legge n. 76 del 2020 (Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale». Il progetto "Sperimentazione Italia"[33], come è possibile leggere dai vari documenti, ha lo scopo di incentivare *start-up*, imprese, Università e centri di ricerca a sperimentare progetti tecnologicamente innovativi, che consentano di portare a termine la digitalizzazione della P.A., creare benefici per l'ambiente e per le realtà socio-economiche del Paese, migliorare la competitività e l'aggiornamento della normativa in funzione del progresso tecnologico, così da creare nuove opportunità di business per gli operatori economici.

[33] Il progetto del Dipartimento per la Trasformazione Digitale è consultabile sul sito https://innovazione.gov.it/progetti/sperimentazione-italia/.

Questa tipologia di *sandbox*, a differenza di quella *fintech*, è caratterizzata dall'attenzione del legislatore alla «trasformazione digitale della pubblica amministrazione» e come tale ha una natura multisettoriale, e lascia ampia discrezionalità ai soggetti pubblici coinvolti, in particolare nel rilascio dell'atto autorizzatorio, in quanto la norma primaria risulta essere ampia e generica, avendo forse come fine quello di incentivare molteplici e differenti proposte di sperimentazioni provenienti dal settore privato.

Per accedere alla *sandbox*, il promotore del progetto deve presentare un'apposita domanda al Dipartimento per la Trasformazione Digitale e al Ministero dello Sviluppo Economico i quali, dopo avere svolto un'istruttoria, in caso di esito positivo della stessa, ed aver ottenuto eventuali autorizzazioni da altri enti coinvolti, autorizzano la sperimentazione definendone le modalità. Una volta terminata questa fase i promotori devono trasmettere al Dipartimento e al Ministero una relazione sui risultati e sui benefici socio-economici del progetto; il Dipartimento dopo aver preso visione della relazione può inviare alla Presidenza del Consiglio dei Ministri e al Ministro competente per materia un parere sulla possibilità di modificare la normativa di settore.

Allo scopo di tutelare i diritti di tutti la deroga, oltre che ai settori già coperti dalla *sandbox* in ambito *fintech*, non può essere applicata in settori quali la salute, l'ambiente, la tutela dei beni culturali e paesaggistici; lo stesso divieto di deroga vale per le disposizioni del codice penale, per la legislazione antimafia e per i vincoli internazionali e comunitari. Ulteriori limitazioni riguardano poi prodotti e servizi innovativi in ambito di «sicurezza nazionale, anagrafica, di stato civile, di carta d'identità elettronica; elettorale e referendaria; procedimenti di competenza delle autorità provinciali di pubblica sicurezza relativi a pubbliche manifestazioni, misure di prevenzione personali e patrimoniali, autorizzazioni e altri provvedimenti a contenuto abilitativo, soggiorno, espulsione e allontanamento dal territorio nazionale degli stranieri e dei cittadini dell'Unione Europea, o comunque di ogni altro procedimento a carattere preventivo in materia di pubblica sicurezza»[34].

Le stesse esclusioni, previste dal comma 3, rappresentano un forte limite all'applicazione di *sandboxes* in quanto, per la loro genericità e ampiezza, rischiano di interessare molteplici ambiti applicativi, escludendo, se interpretati in modo rigoroso, numerose sperimentazioni.

Tali strumenti, applicati alle tecnologie emergenti, seppur delimitati a specifici settori, rischiano di coinvolgerne altri proprio a causa del grande utilizzo

[34] Ministero per l'Innovazione Tecnologica e la Trasformazione Digitale, *Sperimentazione Italia*, in Innovazione.gov.it.

dei dati da parte dell'IA e in generale dei prodotti innovativi, rendendo quindi in alcuni casi difficile una vera e propria definita categorizzazione[35].

Seppur siano iniziate delle sperimentazioni legate in particolare alla mobilità[36], le principali criticità ad oggi evidenziate dalla disciplina sono relative alla difficoltà a coordinare più soggetti pubblici, a ricevere eventuali autorizzazioni a sospensioni che potrebbero comportare danni a persone o cose, al ruolo non chiaro delle varie istituzioni coinvolte, alla mancanza effettiva di fondi ed all'eccessiva numerosità delle eccezioni alle deroghe che, in sostanza, in particolar modo in sistemi dotati di IA, rischiano di essere sempre presenti (si pensi alla guida autonoma ed alle tante materie interessate). Nell'allegato tecnico fornito dal Dipartimento, inoltre, si chiede di indicare con precisione le norme che osterebbero alla sperimentazione, comportando senza dubbio un elemento di forte criticità per le imprese che necessiterebbero di un maggior coinvolgimento iniziale e di un accompagnamento.

4.2. La *sandbox* in Spagna

La Spagna sul tema ha seguito un approccio quasi sovrapponibile a quello italiano, istituendo una *sandbox* virtuale relativa al settore *fintech*, con la legge n. 7 del 13 novembre 2020[37]. Qualunque soggetto interessato a presentare un progetto tecnologicamente innovativo per il settore della tecnofinanza può presentare domanda di partecipazione. I requisiti sono pressoché simili a quelli previsti dalla normativa italiana: il valore aggiunto del progetto agli strumenti del settore finanziario, i soggetti in ambito *fintech* ed il grado di avanzamento e sostenibilità della proposta. Il legislatore spagnolo, nel prevedere una *sandbox fintech* che unisca il progresso tecnologico e scientifico e l'efficienza settore finanziario, ha tenuto in ampia considerazione sia lo svilupparsi di una adeguata politica finanziaria di contorno che la previsione di tutele, per evitare che

[35] Sul punto si veda quanto sostenuto anche da G. LO SAPIO, *Il regolatore alle prese con le tecnologie emergenti. Le regulatory sandbox tra principi dell'attività amministrativa e rischio di illusione normativa*, in *Federalismi.it*, n. 30 del 2022, 95.

[36] Bisogna segnalare che all'interno del progetto Sperimentazione Italia è stata approvata a febbraio la sperimentazione di alcuni prototipi di navette a guida autonoma su strada a Torino e a Milano è in corso una sperimentazione per dei robot a guida autonoma per le consegne a domicilio.

[37] M. GÓMEZ SANTOS, *Régimen jurídico del "regulatory sandbox" en España*, in *Revista de Derecho del Sistema Financiero: mercati, operadores e contratos*, vol. 1 del 2021, 195 ss. Per un'analisi completa e profonda della legge spagnola e dei limiti che fissa si veda F. ZUNZUNEGUI, *Aproximación al espacio controlado de pruebas, (Commentary on Spanish Regulatory Sandbox Act)*, in *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, 2020, il quale afferma a p. 20 che «*Estamos ante una opción de política legislativa, presentada como algo necesario, por la que se traslada al sector financiero la experiencia de los ensayos clínicos del ámbito de la salud. Dicha opción amplía el mandato de los supervisores financieros a la evaluación y monitorización de proyectos empresariales. Es un cambio estructural que impone un cambio de cultura y una necesaria reorganización. Se crea un Regulatory Sandbox con Innovation Hub complementario, pero sin dotarlo de los necesarios recursos*».

vi siano dei pregiudizi per la tutela dei consumatori dei servizi finanziari, la stabilità finanziaria e l'integrità dei mercati[38].

Nel caso della *sandbox fintech*, la domanda di partecipazione può essere presentata dagli interessati durante la vigenza delle apposite finestre che vengono aperte una volta ogni sei mesi e vede coinvolti come attori la Segreteria Generale del Tesoro e della Finanza internazionale (un'articolazione interna del Ministero degli Affari Economici) e varie Autorità e soggetti istituzionali pubblici: "l'Autorità di Vigilanza e Finanza Internazionale", la "Banca di Spagna", la "Commissione Nazionale sul Mercato e i Prodotti Finanziari", e la "Direzione Nazionale sulle Assicurazioni e i Fondi Pensione". Anche in questo caso è stato istituito un organo di raccordo: il Comitato di coordinamento. La "Segreteria Generale del Tesoro e della Finanza Internazionale" (SGTFI) trasmette il progetto all'Autorità di Vigilanza e Finanza Internazionale ed eventualmente all'Autorità di vigilanza competente per materia, la quale svolge una valutazione preliminare del progetto e, in caso di esito favorevole, la invia alla SGTFI. In caso di accoglimento della domanda, l'Autorità competente sottoscrive con il promotore un protocollo in cui sono indicati termini e modalità di svolgimento della sperimentazione. Il monitoraggio è svolto dall'Autorità di vigilanza competente e valuta l'effettiva conformità del progetto al protocollo e alla legge durante lo svolgimento delle prove, che possono essere interrotte nell'eventualità di una violazione.

In questo caso il ruolo dell'Autorità di Vigilanza è particolarmente centrale in quanto non solamente segue l'intero processo ma è anche il soggetto che sigla il protocollo con il privato e conclude il procedimento mediante una relazione. La relazione, trasmessa al Comitato di coordinamento, sarà poi posta alla base di un eventuale impulso di modifica normativa tramite la sua inclusione nel rapporto annuale della SGTFI in cui sono incluse le proposte di modifica alle normative scaturite in seguito ai *test* dei progetti e che vengono illustrati in Parlamento dal Ministro degli Affari Economici[39].

Recentemente, il Governo spagnolo, insieme alla Commissione Europea, ha altresì annunciato il lancio di un progetto pilota finalizzato all'istituzione di una nuova *sandbox* sull'intelligenza artificiale[40].

[38] Legge n. 7 del 13 novembre 2020 *para la transformación digital del sistema financiero*, https://www.boe.es/buscar/pdf/2020/BOE-A-2020-14205-consolidado.pdf.

[39] Ministerio de Asuntos Economicos y Transformaciòn Digital, *Sandbox Financiero*, in Tesoropublico.es. Vedi anche Banco de España, *Sandbox*, in bde.es.

[40] European Commission, *Launch event for the Spanish Regulatory Sandbox on Artificial Intelligence*, in digital-strategy.ec.europa.eu.

4.3. L'esperienza tedesca

L'esperienza tedesca rappresenta senza dubbio un *unicum* nel panorama europeo e merita un approfondimento proprio al fine di coglierne le peculiarità. In particolare è lo stesso approccio che risulta essere completamente differente da quello della maggior parte dei Paesi che prevedono le *sandboxes*, in quanto si è voluto, fin da subito, definire una strategia ufficiale, incentivando l'utilizzo delle *sandboxes* e, in particolare, delle clausole di sperimentazione da parte dei singoli *Länder*.

La strategia sulle *regulatory sandboxes*, adottata fin dal 2018, è stata altresì riportata in una guida redatta dal Ministero Federale degli Affari economici e dell'Energia[41] che definisce le *sandboxes* e il loro utilizzo, fissa gli obiettivi e propone una modalità di funzionamento. La strategia individua quali obiettivi quelli dell'incentivazione delle politiche sull'innovazione, mediante un utilizzo sempre più frequente di clausole sperimentali o strumenti similari, della creazione di un *network* tra le esperienze, anche al fine di superare l'estrema parcellizzazione territoriale che potrebbe verificarsi, e delle iniziative di lancio e supporto delle *sandboxes*, in particolare nei confronti delle realtà imprenditoriali e di ricerca.

La Germania ha, quindi, preferito creare un presupposto culturale e giuridico allo sviluppo di strumenti di sperimentazione normativa, incentivando gli stessi *Länder* a inserire nelle proprie norme delle clausole che permettano la deroga di specifiche previsioni, al fine di testare dei progetti innovativi che riguardano l'ambito di applicazione della normativa stessa. Analizzando le principali esperienze effettuate in Germania è possibile constatare come si tratti principalmente di "clausole di sperimentazione" generali e non di vere e proprie "*sandbox*"[42] che sono il frutto della cooperazione tra vari attori appartenenti al settore privato e a quello pubblico (governo nazionale, governi dei *Länder*, enti locali ed enti pubblici).

Siamo di fronte a un sistema completamente differente, a causa anche della struttura federale, ove le clausole di sperimentazione sono inserite direttamente nelle normative (federali e di ogni *Länder*) e coinvolgono i *Länder* nel procedimento.

Questo approccio decentrato e flessibile ha comportato l'assoluta disomogeneità delle deroghe previste e dei relativi aspetti inerenti il rilascio dell'autorizzazione, il tipo di procedimento da seguire, le tempistiche del procedimento e gli ulteriori requisiti di ammissione, che variano a seconda del progetto presentato e dall'interlocuzione con i soggetti pubblici interessati. Gli altri

[41] Si veda il report *Making space for innovation. The handbook for regulatory sandboxes,* 2019 pubblicato sul sito https://www.bmwk.de/Redaktion/EN/Publikationen/Digitale-Welt/handbook-regulatory-sandboxes.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

[42] Sulla distinzione si veda quanto già affrontato nel cap. 1.

elementi, quali l'oggetto della sperimentazione, gli attori che ne sono coinvolti e la sua portata (che può essere locale o nazionale) comportano che a seconda del caso possa essere necessario chiedere l'autorizzazione ad un'Autorità di supervisione e controllo (nazionale o locale), variando altresì le tempistiche, le condizioni di finanziamento e il procedimento.

Sono state numerose, ad oggi, le iniziative in Germania che hanno comportato una sperimentazione su numerosi settori. In particolare le iniziative si sono svolte sul tema del trasporto intelligente, sul punto è significativa l'esperienza di Amburgo[43], rese possibili a loro volta da altrettante modifiche normative che hanno previsto clausole di sperimentazione[44].

Recentemente il Ministero federale per gli affari economici e il clima ha pubblicato un resoconto[45] sulle iniziative legate all'innovazione e alla sua regolazione, identificando nelle *sandboxes* lo strumento utile per disciplinare i prodotti dall'alto contenuto tecnologico.

Tale approccio ha così permesso alla Germania di rappresentare uno dei Paesi maggiormente avanzati sul tema della sperimentazione normativa, che non ha mancato di investire su di essa sia economicamente che politicamente, coinvolgendo in particolare i vari livelli territoriali e garantendo un ampio accesso da parte di tutti privati a queste sperimentazioni in virtù delle clausole inserite in norme che possono essere applicate a tutti. A fronte di ciò, è possibile anche constatare come permanga molto ampia la discrezionalità dei vari soggetti pubblici e come il principale intento non sia quello di modificare la normativa bensì di sviluppare nuovi prodotti a contenuto altamente tecnologico, limitando eventuali rischi e danni.

[43] Si fa riferimento al progetto "HEAT" (*Hamburg Eletric Autonomous Transportation*) ove venivano sperimentati bus a guida autonoma per le strade di Amburgo. La "clausola di sperimentazione" è contenuta nella Sezione 7(2) della Legge sui Trasporti di Passeggeri che prevede «Al fine di consentire la sperimentazione pratica di nuovi modi o mezzi di trasporto, l'Autorità di rilascio delle licenze può, su richiesta caso per caso, autorizzare deroghe alle disposizioni della presente legge o alle disposizioni adottate sulla base della presente agire per un periodo massimo di quattro anni, purché non siano in contrasto con gli interessi del trasporto pubblico».

[44] Senza alcuna presunzione di esaustività si richiamano i progetti legati ai Robot per le attività di consegna dei pacchi, all'*E-government* cooperativo nelle strutture federali, alla telemedicina, ai bus e alle auto a guida autonoma, all'energia, che hanno comportato modifiche legislative, tra le quali:

· Regolamento sul traffico aereo, sezione 21b, sottosezione 3;
· Legge sul trasporto dei passeggeri, sezione 2, sottosezione 7;
· Legge federale sul commercio, sezione 13;
· Legge della Sassonia sull'*E-government*;
· Legge sull'industria energetica, sezione 119;
· Legge sui Media del Nord Reno Westfalia, sezioni 10b e 30.

Ulteriori progetti sono consultabili all'indirizzo https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Wettbewerb/innovationspreis-reallabore.html.

[45] Si veda *Regulatory Sandboxes – Enabling Innovation and Advancing Regulation*, settembre 2022, pubblicato https://www.bmwk.de/Redaktion/EN/Downloads/I/info-reallabore.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

4.4. Le Zone di Sperimentazione in Portogallo

Un caso di particolare interesse è quello della *sandbox* portoghese. La legge n. 67 del 30 luglio 2021 non individua un settore specifico, né definisce una modalità di individuazione dei settori ed affida all'Agenzia Nazionale per l'Innovazione la facoltà di delimitare un luogo fisico in cui è possibile svolgere sperimentazioni. In Portogallo, infatti, la sperimentazione si svolge in un luogo fisico definito "Zona Franca Tecnologica" (ZLT), ossia un'area geografica e "tematica" in cui sperimentare progetti tecnologicamente innovativi ai quali chiunque sia interessato può accedere su istanza di parte o, in alternativa, per mezzo di *call* aperte appositamente definite come "programmi per l'innovazione" (*call to action*). Il progetto che i promotori intendono presentare deve contenere l'enumerazione dei rischi potenziali e le misure predisposte per scongiurarli; devono, inoltre, stipulare una polizza assicurativa per la responsabilità civile nei confronti di terzi[46]. I promotori hanno facoltà di presentare la domanda all'Ente di gestione della ZLT che, dopo averla valutata positivamente, sottoscrive un "protocollo di prova" con loro e con l'Agenzia Nazionale per l'Innovazione ove sono indicati gli obiettivi, i parametri, le modalità, i potenziali impatti sui terzi e le tempistiche della sperimentazione. L'Ente di gestione è altresì incaricato del monitoraggio, d'intesa con l'Agenzia Nazionale per l'Innovazione e con la supervisione dell'Autorità di vigilanza e regolamentazione competente, secondo le modalità indicate nell'atto costitutivo. In Portogallo il ruolo delle Autorità di vigilanza è diverso rispetto ai due casi precedentemente analizzati; oltre a supervisionare il monitoraggio della sperimentazione, infatti, possono presentare proposte per la costituzione di nuove ZLT, e forniscono supporto tecnico per le attività di sperimentazione. Inoltre, la caratteristica principale di questa tipologia di *sandbox* è la previsione di zone geografiche ove svolgere gli esperimenti che pare rappresentare una modalità ibrida tra una *sandbox* tradizionale e un *innovation hub*. Luogo che può essere gestito anche da un soggetto privato e che quindi, in quanto preposto a tali sperimentazioni, posto fuori ed isolato dalla realtà circostante. In questa sperimentazione, infatti, nelle ZLT, è possibile testare beni e servizi innovativi senza che gli effetti ricadano direttamente sulla realtà circostante comportando da una parte una maggiore sicurezza e un minor impatto sul diritto vigente ma, dall'altra, un'efficienza ridotta della sperimentazione stessa.

In questo caso, inoltre, anche per la natura simile agli *innovation hub*, non è prevista una modalità con la quale sia possibile attivare una modifica

[46] Vedi *As zonas livres tecnologicas e o modelo português de regulatory sandbox*, in novaconsumerlab.novalaw.unl.pt. Vedi anche A.N.I., *Free zones for technology - Framework for regulatory sandboxes*, in ani.pt.

legislativa ma meramente la produzione di relazioni che vengono effettuate su ogni sperimentazione.

Questa esperienza risulta essere una delle maggiormente complesse e avanzate a livello europeo in quanto è prevista per legge la possibilità di istituzione di numerosi "centri" ove svolgere le sperimentazioni in modo sicuro e senza che vi siano effetti negativi su persone o cose. I soggetti coinvolti nella sperimentazione sono numerosi e, a differenza che in altre esperienze, non sono solamente di natura pubblica ma altresì di natura privata. La disciplina portoghese ha come fine quello di incentivare lo sviluppo di soluzione ad alto livello innovativo e tecnologico in aree che possano, per le loro caratteristiche naturali o artificiali, creare una sorta di isolamento dalla realtà e ove gli effetti possano essere studiati ed eventualmente essere posti alla base della produzione normativa.

4.5. Le *sandboxes* in Francia

La Francia ha istituito due *sandbox*[47], una relativa al settore energetico ed una seconda per i progetti relativi alla tutela ed al trattamento dei dati personali in diversi settori (sanità, trasporti etc.) la cui *governance* è affidata alla Commissione Nazionale per l'Informatica e le Libertà (CNIL), che è incaricata di presidiarne tutti gli aspetti gestionali.

Nel caso della *sandbox* per l'energia (istituita con l'art. 61 della legge n. 1147 dell'8 novembre 2019) la domanda può essere presentata da chiunque abbia interesse a proporre un progetto tecnologicamente innovativo relativo all'uso di tecnologie sperimentali per la transizione energetica. Anche in questo caso viene richiesto che il progetto sia già in uno stato avanzato e che il promotore indichi la normativa da derogare. La *sandbox* viene gestita dalla "Commissione per la regolamentazione dell'energia elettrica" (CRE), una articolazione interna del Ministero dell'Energia, la quale svolge la fase istruttoria e può richiedere ulteriori informazioni ai promotori e consultare gli operatori della rete elettrica e le Autorità preposte alla distribuzione dell'energia elettrica per eventuali dubbi.

La CRE, quando viene presentata una domanda di partecipazione, deve informare il Ministero, il quale può opporsi all'accesso del progetto alla *sandbox* qualora ritenga che non sussistano i presupposti previsti dalla legge. Nel caso in cui dovesse essere confermata la fattibilità della sperimentazione, la CRE adotta una delibera in cui enuncia quali deroghe vengono concesse e le condizioni di svolgimento della sperimentazione. In questo caso è quindi il Ministero che ha competenza a sospendere una norma ed agire affinchè non vi siano

[47] G. BRANELLEC - J. LEE, *La scelta del modello di regolazione Fintech: tra sandbox e soundbox*, in *Giornale di economia finanziaria*, 2019, 387 ss.

effetti negativi sull'ordinamento e sul sistema dell'energia. La sperimentazione può avere una durata massima di quattro anni ed il monitoraggio viene svolto personalmente dai responsabili del procedimento, che una volta all'anno devono inviare alla CRE una relazione sullo svolgimento della sperimentazione. Terminata la sperimentazione, la Commissione può stabilire la fine della deroga alla normativa oppure prorogare la sperimentazione. Per quanto riguarda la seconda *sandbox,* la durata massima della sperimentazione è di tre anni e l'accesso è consentito a condizione che il progetto garantisca una migliore tutela dell'individuo e il corretto trattamento dei dati personali, contribuisca al superamento di criticità concrete di applicazione della disciplina sulla *privacy* nel settore di riferimento, risponda ad un interesse collettivo, sia ad un livello sufficientemente avanzato e sia dotato di una adeguata copertura finanziaria. Il CNIL valuta così la conformità del progetto rispetto ai presupposti di ammissibilità e stila una graduatoria da sottoporre al Comitato di valutazione (un organo interno al CNIL composto da membri di questo ed integrato da esperti che variano a seconda del settore per cui è stata aperta la *call to action*) che, dopo un'audizione dei singoli promotori, stila l'elenco dei progetti ammessi a sperimentazione. Il comitato nomina un responsabile del monitoraggio che si occupa di valutare la conformità della sperimentazione al GDPR e cura i rapporti con il promotore del progetto; i risultati della sperimentazione vengono inclusi dal CNIL nella sua relazione annuale.

La *sandbox* francese è quindi caratterizzata da una *governance* fortemente centralizzata, in capo al Ministero dell'Energia o al CNIL, e ha come elemento caratterizzante non quello della modifica normativa bensì della ricerca di soluzioni innovative che possano essere compatibili con l'ordinamento o che, mediante un dialogo serrato, possano diventarlo.

5. Conclusioni

Lo studio della *sandbox* come modello di regolamentazione è ancora allo stato iniziale, sia da un punto di vista tecnico-scientifico, che (ancor più) politico-ordinamentale.

Non tutti i Paesi adottano una vera e propria *sandbox*, preferendo invece prevedere *digital innovation hub* o mere clausole di sperimentazione, al fine di permettere sia agli innovatori di sperimentare un bene in uno spazio protetto, senza incorrere in violazioni e sanzioni, sia di verificare la possibilità di definire norme maggiormente coerenti con gli effetti che lo sviluppo tecnologico ha comportato. Le clausole di sperimentazione sono «disposizioni giuridiche che consentono alle Autorità incaricate di attuare e applicare la legislazione di esercitare, caso per caso, un certo grado di flessibilità in relazione alla

sperimentazione di tecnologie, prodotti, servizi o approcci innovativi»[48] mentre i *digital innovation hub,* poli di imprese innovative ove è possibile sviluppare progetti innovativi, hanno visto una loro evoluzione con gli "European Digital Innovation Hub" (EDIH) ossia «*a single entity or a coordinated group of entities with complementary expertise and a not-for-profit objective to support on a large scale the digital transformation of companies, especially SMEs and small mid-caps, and/or public sector organisations conducting non-economic activities. EDIHs provide services such as testing before investing, training and skills development, support to find investments, networking and access to innovation ecosystems*»[49].

L'approccio è quindi diffuso e vede la compartecipazione e co-regolazione di numerosi soggetti pubblici e privati che si inseriscono nell'*iter* normativo in modo orizzontale, tanto che «il passaggio dal modello della piramide normativa a quello della rete non comporta necessariamente un indebolimento della funzione ordinatrice del diritto, ma consente invece di applicare principi giuridici fluidi ad una realtà che necessita di essere regolamentata senza incappare nella Scilla di una eccessivamente rigida regolamentazione, ma senza nemmeno rinunciare a regolare fenomeni nuovi che sono oggi una realtà già esistente»[50].

Dall'analisi degli Stati presi in considerazione è possibile per prima cosa affermare che esistono varie tipologie di *sandbox* che dipendono principalmente dalle finalità che si prefissa il legislatore.

La prima, quella più comune, ha come oggetto principale il lancio commerciale di un bene o servizio ed il suo effettivo rispetto della normativa esistente o eventualmente modificata.

In questo caso, l'interesse principale è quello della "sperimentazione normativa" ove la parte tecnica è chiamata ad adeguarsi alla normativa in fase di sperimentazione.

Una seconda, più complessa e meno utilizzata, è quella che vede come oggetto preponderante la normativa ed in cui le sperimentazioni vengono svolte per affermare *policy*, linee guida e modificare la normativa esistente.

In questi casi si è di fronte a una regolazione sperimentale, cosicché il ruolo delle Autorità e dei soggetti istituzionali risulta essere maggiormente centrale.

[48] Sul punto v. Consiglio dell'Unione europea, "Conclusioni del Consiglio sugli spazi di sperimentazione normativa e le clausole di sperimentazione come strumenti per un quadro normativo favorevole innovazione, adeguato alle esigenze future e resiliente che sia in grado di affrontare le sfide epocali nell'era digitale", 16 novembre 2020, reperibile al link: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13026-2020-INIT/it/pdf, § 9.

[49] Così Commissione Europea, *Work programme. Digital Europe: European Digital Innovation Hubs*, 2021, 7 ss.

[50] A. MERLINO, *Il regulatory sandbox e la teoria delle fonti*, cit., 126.

Un'ulteriore tipologia di *sandbox*, di derivazione europea, ha come obiettivo quello di creare uno spazio comune di sperimentazione, come richiesto anche dal considerando 70 della proposta di Regolamento dell'UE sull'IA, al fine di facilitare il posizionamento delle imprese innovative nel mercato globale.

Un ulteriore elemento di differenziazione è dato dal settore della *sandbox*: se alcuni Paesi preferiscono creare solamente *sandbox* monosettoriali (Spagna e Regno Unito,) altri hanno invece previsto anche *sandbox* multisettoriali (Italia e Portogallo) o trasversali (Francia con la *sandbox* sulla *privacy*).

L'effettivo funzionamento delle *sandboxes* dipende anche dal ruolo dei soggetti coinvolti.

In alcuni casi, come visto, viene interessata solo una Autorità che ha competenze sulla materia e, in quel caso, l'eventuale sospensione è più diretta; in altri casi, invece, come in quello italiano, i soggetti chiamati a dare il proprio parere sono molti e tutto ciò rischia di deresponsabilizzare e far interrompere il procedimento nell'attesa di una autorizzazione.

In questi casi, la *governance* accentrata o diffusa può incidere fortemente sull'effettiva riuscita della *sandbox* in quanto con il moltiplicarsi degli enti chiamati a fornire la propria autorizzazione si rischia di appesantire il procedimento dovendo far esprimere sull'ammissibilità soggetti pubblici anche molto diversi tra loro.

Bisogna altresì osservare che l'eventuale sospensione di una norma nel sistema italiano non è di facile attuazione, in particolar modo per le norme che sono poste alla base di beni fondamentali e dalla cui inosservanza potrebbero derivare danni a persone.

Rimane sullo sfondo anche il ruolo delle Autorità che nel nostro ordinamento hanno limitati poteri legislativi esterni, seppur dipendenti da fonti che glieli affidano e disciplinano[51].

L'eventuale sospensione dei soli atti adottati dalle Autorità, infatti, seppur sia maggiormente sostenibile e comporti meno complicazioni, rischierebbe di non essere sufficiente al fine della buona riuscita della sperimentazione.

[51] Sul potere e la natura delle Autorità indipendenti si vedano almeno S. NICCOLAI, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, ed. Ets, Pisa, 1996; P. BILANCIA, *Attività normativa delle Autorità indipendenti e sistema delle fonti*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Le autorità indipendenti: da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, ed. Giuffrè, Milano, 1999, 148 ss.; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, ed. Cedam, Padova, 2002; P. CARETTI (a cura di), *I poteri normativi delle autorità indipendenti - Osservatorio sulle fonti* 2003-2004, ed. Giappichelli, Torino, 2005; G. GRASSO, *Le autorità amministrative della repubblica tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, ed. Giuffrè, Milano, 2006; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, ed. Giuffrè, Milano, 2007, 499 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative*, in *Astrid online*, 2009; R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione*, ed. Giappichelli, Torino, 2012; F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, ed. Giappichelli, Torino, 2020.

Gli interrogativi su questo modello sono ancora molti, ma l'eventuale previsione di una Autorità *ad hoc*, di *call* settoriali ben definite, di una razionalizzazione dei soggetti competenti (in particolar modo nella *sandbox* multisettoriale), di maggiore coinvolgimento dei soggetti privati al procedimento, di una limitazione delle eccezioni, di istituzioni di Zone franche ove condurre sperimentazioni, potrebbe comportare un utilizzo migliore della *sandbox* nell'ottica della più adeguata regolamentazione delle tecnologie emergenti.

L'utilizzo della *sandbox* risulta, in conclusione, essere un importante strumento non solamente per il legislatore, ma in particolare per tutti quei soggetti privati che operano nel mercato dell'innovazione e che proprio da questo dialogo con le istituzioni pubbliche possono sia indirizzare i propri beni e servizi verso soluzioni che rispettino le norme vigenti sin dalla fase della progettazione, sia inserirsi in modo più efficace nel mercato europeo.

Permangono numerose questioni ancora aperte che rappresentano un importante banco di prova per il legislatore e per la dottrina in generale.

Prima di tutto è necessario che la disciplina delle *sandboxes* tenga conto della natura, differente e spesso contrastante, dei soggetti pubblici interessati nel procedimento. Se risulta critico (se non addirittura non possibile) il fatto che un'Autorità indipendente o un Ministero possano sospendere l'efficacia di una norma primaria, è tuttavia possibile garantire la sospensione di norme secondarie, linee guida o fonti direttamente riconducibili ad amministrazioni pubbliche.

In verità "Sperimentazione Italia" non esclude espressamente la sospensione anche di norme primarie, in quanto nello stesso modulo da presentare ai Ministeri competenti si riporta quale esempio di norma da sospendere l'art. 3 Codice della Strada e nella disciplina si prevede che è possibile presentare richiesta di sperimentazione con «contestuale domanda di temporanea deroga alle norme dello Stato, diverse da quelle di cui al comma 3, che impediscono la sperimentazione»[52].

Nel *fintech* la disciplina è, invece, più restrittiva in quanto vengono posti limiti alla deroga soltanto ai regolamenti delle Autorità di vigilanza e non alle altre fonti (e senza dubbio non a quelle primarie). Nell'art 10, lett. c del DM 100/2021 si prevede esplicitamente che «l'indicazione, se del caso, degli orientamenti di vigilanza o atti di carattere generale adottati dalle Autorità di vigilanza, nonché delle norme o dei regolamenti adottati dalle medesime Autorità di vigilanza, concernenti i profili di cui all'articolo 36, comma 2-quater, lettere

[52] Così l'art. 36, comma 1, d. l. 76/2020. Il comma 3 prevede l'esclusione «di disposizioni a tutela della salute, dell'ambiente, dei beni culturali e paesaggistici ovvero di disposizioni penali o del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, né possono essere violati o elusi vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea o da obblighi internazionali».

b), c), d), e), f), g), h), i) e l) del decreto-legge n. 34 del 2019 di cui si chiede la deroga totale o parziale durante il periodo di sperimentazione, ai sensi dell'articolo 14 e delle ragioni per le quali si chiede la deroga»[53], delimitando così espressamente le fonti che possono essere sospese[54].

Sul punto la previsione legislativa è tuttavia troppo generica e rischia di generare non poche difficoltà nella sua applicazione comportando quindi incertezza sull'effettività di norme primarie, la cui legittimazione (ed efficacia) non dipende dalle competenze di Ministeri o Autorità indipendenti. In questo caso, al fine di garantire una effettiva sospensione, potrebbe essere utile approfondire la necessità di adottare una legge-provvedimento che delimiti in modo formale, con il corretto coinvolgimento dei vari soggetti, le modalità della sperimentazione e la deroga normativa. In questo modo è possibile non solamente garantire una adeguata conoscibilità dell'efficacia della norma, ma altresì attivare le salvaguardie insite nel nostro ordinamento in una fase di "legislazione negativa" seppur temporanea[55].

Un tema ulteriore da porsi è tuttavia relativo all'eventuale sopravvenienza di norma primaria maggiormente stringente che incide sulla norma secondaria sospesa. In questo caso è necessaria evidentemente non solamente una rinnovazione della valutazione dei soggetti pubblici chiamati ad esprimersi sulla sospensione, ma altresì una valutazione profonda sulla possibilità di permettere il continuo della sospensione di una regola "superata" dal legislatore.

Un tema di particolare interesse risulta poi l'individuazione di eventuali responsabilità per danni e l'identificazione dei soggetti sui quali potrebbero ricadere. In tale ambito, pur registrando un sostanziale obbligo di assicurazione nella sperimentazione, risulta ad oggi non chiaro il sistema delle responsabilità, in quanto il soggetto attuatore agisce pur sempre tramite l'autorizzazione di un soggetto pubblico che ne ha valutato rischi ed eventuali danni. Risulta essere necessario tracciare una distinzione, quantomeno tra i danni che possono sopraggiungere a seguito di una sperimentazione condotta in difformità dal progetto presentato e dalle autorizzazioni fornite, con le conseguenze previste e quelle invece che sono l'effetto della sperimentazione stessa e che sono stati valutate in sede di approvazione del progetto da numerosi soggetti pubblici.

Il procedimento previsto per l'approvazione di sperimentazioni non tiene conto inoltre, se non mediante un coinvolgimento *de facto* condotto dai

[53] Nello stesso modulo pubblicato sul sito della Banca d'Italia si prevede la necessità di indicare "gli orientamenti di vigilanza, gli atti di carattere generale, le norme o i regolamenti adottati dalle Autorità di vigilanza nelle materie previste all'art. 6 del DM 100/2021 di cui, in caso di ammissione alla *sandbox*, si chiederebbe la deroga.

[54] Di differente orientamento G. LO SAPIO, *Il regolatore alle prese*, cit., 103, secondo la quale sarebbero addirittura derogabili le norme primarie al pari delle altre fonti.

[55] Si condivide quanto osservato sulla struttura piramidale del nostro sistema in A. MERLINO, *Il regulatory sandbox e la teoria delle fonti*, cit., 112.

Ministeri competenti, delle competenze regionali e della necessità di far partecipare in sede istituzionale gli enti territoriali, in particolar modo nei casi in cui norme o atti sottoposti a sperimentazione siano di competenza non statale.

Lo studio delle *sandboxes*, della loro applicazione e delle loro criticità, appare dunque, in prospettiva, rilevante in quanto la sospensione di leggi e regole amministrative, al fine di valutare l'impatto di strumenti tecnologici altamente innovativi che potrebbero condurre a una migliore tutela dei diritti dei cittadini, presenta non poche incognite e rischi derivanti soprattutto dall'idoneità di questo strumento di produzione normativa e dalla necessità che il legislatore non insegua la tecnologia e i soggetti privati ma svolga un ruolo primario nella definizione delle priorità.

Risulta tuttavia necessario evitare che l'eventuale sperimentazione dipenda solamente dalla solidità del soggetto privato e dalla sua capacità di adempiere a tutti quegli obblighi e a soddisfare quei requisiti che la norma prevede per l'accesso, riaffermano sempre la centralità si una scelta strategica e politica del decisore sui contesti ove operare. Nel caso della *sandbox* normativa, a differenza che nella *sandbox* applicata in ambito informatico, gli effetti giuridici, seppur limitati, sono irreversibili perché "legittimi", in quanto prodotti nella realtà disapplicando norme formulate come "legittime" e irrompono nel contesto normativo e sociale. In questo caso si crea quindi una condizione per la quale in uno stesso territorio vi sarebbero discipline differenti che regolano situazioni eguali. L'effetto di questo paradosso può portare a un venir meno della certezza del diritto, rischiando di creare non poche difficoltà sia per gli operatori del diritto che per i soggetti pubblici che sono chiamati ad intraprendere operazioni sul territorio interessato. Una mancanza di chiarezza ed uniformità delle norme che può comportare altresì una lesione del principio di concorrenza in quanto soltanto alcune società possono sostenere iter che spesso richiedono competenze precise e capacità ampie. Soggetti privati che, *de facto*, non solamente avrebbero una via preferenziale nel dialogo con il legislatore, indirizzando anche gli ambiti di priorità nei quali è necessario intervenire normativamente, ma godrebbero di una posizione privilegiata sul mercato, rischiando di compromettere l'efficacia e la validità del principio di concorrenza ed i suoi corollari. Siamo infatti di fronte a sperimentazioni private che si svolgono non in condizione di parità con altri soggetti di mercato, che non accedono ai benefici della stessa, e che comportano sospensione di norme e accompagnamento da parte di soggetti pubblici.

Si rischia, se non adeguatamente disciplinata dall'ordinamento, di avere poca garanzia per gli effetti negativi sui soggetti e una eccessiva "dipendenza" della legislazione all'evoluzione della tecnologia e alla presenza di grandi *stakeholder* in grado di orientare il mercato (e quindi la stessa attività di regolazione).

In chiave problematica, tale possibilità, in particolare per quanto riguarda le fonti legislative, deve essere attentamente valutata alla stregua della compatibilità di tale sospensione con il sistema giuridico generale, che non può non essere affidata alle cure dei pubblici poteri dai quali dipende la tenuta dell'ordinamento giuridico e sociale.

L'ACCENTRAMENTO DEL POTERE DECISIONALE NEL GOVERNO E LE FONTI DI GESTIONE DELL'EMERGENZA SANITARIA[*]

ELISABETTA CATELANI[**]

Sommario

1. Premessa. – 2. Le anomalie del periodo emergenziale. – 3. Il PNRR: un'altra forma di emergenza? - 4. Conclusioni.

Abstract

The topics analyzed in this paper concern the methods of action of the government during the emergency and, in particular, the use of the sources of law during this period. The anomalies of these two profiles use reverberate in the post-Covid period and in particular in the phase of development and implementation of the New Generation Italy (PNRR).

Suggerimento di citazione

E. CATELANI, *L'accentramento del potere decisionale nel Governo e le fonti di gestione dell'emergenza sanitaria*, in *Osservatorio sulle fonti,* n. 3/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[*] Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al Convegno dal titolo *Emergenza pandemica e forma di governo: la verticalizzazione del potere tra tendenze sistemiche e discontinuità* svoltosi a Roma il 18 ottobre 2021.

[**] Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Pisa.
Contatto: elisabetta.catelani@unipi.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 3/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Premessa

L'obiettivo di questa mia relazione è, prima di tutto, quella di tornare ancora una volta a riaprire il dibattito sull'uso delle fonti da parte del governo nel periodo dell'emergenza sanitaria, non solo e non tanto limitandosi ai profili formali e sostanziali della tipologia delle norme e degli atti utilizzati, quanto per inquadrare tali tematiche all'interno della forma di governo e del modo in cui il Presidente del consiglio ha interpretato i suoi poteri durante la pandemia. È stato un tema su cui i costituzionalisti[1], e non solo[2], hanno discusso a lungo a partire dal marzo 2020 e molti sono intervenuti a legittimare o, meglio, a cercare di trovare giustificazioni in ordine agli strumenti normativi impiegati da parte del governo, in modo assai anomalo rispetto ai principi, alle prassi normative, fino a quel momento seguiti. Si fa riferimento, in particolare all'estensione dell'uso dei DPCM, su cui, come vedremo, la Corte ha trovato il modo per legittimarne il loro ampio impiego. Ciò non esclude che, indipendentemente dalla legittimità di tale uso, la loro adozione ha inevitabilmente ridotto l'intervento collegiale del governo in misura significativa, non essendo appunto necessario, ma solo possibile ed eventuale, il passaggio del relativo atto in Consiglio dei ministri. I tanti DPCM, che si sono susseguiti fino al 2021[3], sono stati adottati in piena autonomia dal Presidente del consiglio, talvolta con l'iniziativa del Ministro della salute e sentiti alcuni ministri (non

[1] Impossibile richiamare tutta la dottrina che direttamente ed indirettamente ha affrontato il tema, ma, pur con il rischio di gravi dimenticanze, non si possono non richiamare i lavori di M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Riv. AIC*, fasc. n. 2/2020 , 120 ss.; A. RUGGERI, *Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del COVID-19*, in *ConsultaOnline*, fasc. n. 3/ 2020, 694 ss.; B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, n. 6, 2020, IV ss.; M. BIGNAMI, *Di nuovo tra apocalittici e integrati: tecniche statali di normazione contro il coronavirus*, in F.S. MARINI e G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza COVID-19 e ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2020, 44; M. CAVINO, S. MALLARDO, *Stato di emergenza e potere di ordinanza,* in M. CAVINO, L. CONTE, S. MALLARDO, M. MALVICINI (a cura di), *Un'imprevista emergenza nazionale. L'Italia di fronte al Covid-19*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, 9 ss.; U. RONGA., *Il Governo nell'emergenza (permanente). Sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, fasc. n. 1, 2020; S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 2/2020; G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 1, 2020; A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *Riv. AIC*, fasc. n. 2, 2021, 164 ss. E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Riv. AIC*, fasc. n. 2, 2021, p. 68; A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di COVID-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 1, 2021, 22; E. LONGO, M. MALVICINI, *Il decisionismo governativo: uso e abuso dei poteri normativi del Governo durante la crisi da COVID-19*, in *Federalismi.it*, fasc. n. 28/ 2020, 212 ss.; A. SAITTA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. Cost. n. 198 del 2021*, in *Consulta online Studi*, 2021/III, 841 ss.

[2] Fra i tanti G. AGAMBEN, *A che punto siamo? L'epidemia come politica*, Quodlibet, Macerata 2020.

[3] Con il governo Draghi l'uso dei DPCM si è velocemente contratto fino ad escludersi quasi completamente, proprio alla luce dei tanti dubbi di legittimità del loro uso.

tutti), cosicché si è realizzata un'interlocuzione molto limitata con gli altri componenti del governo. A ciò si deve aggiungere che l'uso dei DPCM ha parimenti ridotto il rapporto di leale cooperazione con le regioni, ossia è venuto meno uno dei capisaldi del nostro ordinamento nella formazione degli atti normativi e che hanno prodotto effetti diretti nell'esercizio delle competenze regionali[4].

D'altra parte, stiamo parlando dell'azione di governo non in una fase normale, ma in una fase d'emergenza, che la nostra Costituzione solo in parte regola. E parlare dell'emergenza, ossia dell'eccezione, significa aver ben presente quali sono le regole generali, qual è l'ordine giuridico che disciplina il sistema, i poteri decisionali dell'azione del governo in tempi ordinari.

Ma con riguardo ai poteri e alle competenze del Presidente del Consiglio non si può affermare che sussista un ordine giuridico predeterminato, perché anche in situazioni "normali" l'assetto e l'esercizio di tali poteri sono affidati al soggetto che impersona quel ruolo, al contesto storico in cui opera, al sistema politico di base ed alle funzioni che sono effettivamente esercitate dagli altri organi costituzionali che partecipano all'indirizzo politico. Cosicché occorre anche cercare di delineare ciò che rientra in un assetto di distribuzione dei poteri in situazioni di normalità e ciò che può essere legittimato "in casi straordinari", che la Costituzione ipotizza e giustifica, ma solo e limitatamente ad un tempo limitato[5].

Partendo quindi da questi caratteri anomali dell'azione del governo che si sono riscontrati in occasione dell'emergenza, occorre andare oltre e verificare quali sono gli indirizzi più recenti, quali sono le strade che attualmente il

[4] Aspetto questo che non si può approfondire in questa sede, ma ampiamente analizzato in dottrina fra cui C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Diritti comparati*, 2/2020, 45 ss.; V. BALDINI, *Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale. Tra problema di riconoscibilità' dell'atto di giudizio e differenziazione territoriale delle tutele costituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 1/2020; G. SCACCIA, C. D'ORAZI, *La concorrenza fra Stato e autonomie territoriali nella gestione della crisi sanitaria fra unitarietà e differenziazione*, in *Forum Quad. cost.*, 3/2020, 108 ss; A. MORELLI, *I rapporti tra i livelli di governo alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2020, 747; G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, in *Biolaw Journal*, 1/2020, special issue, Un diritto per la pandemia, 183 ss.; P. GIANGASPERO, *La normativa "speciale" sulla gestione della pandemia da covid-19 sotto il profilo dei rapporti tra competenze statali e regionali*, in G.P. DOLSO, M.D. FERRARA, D. ROSSI (a cura di), *Virus in fabula. Diritti e Istituzioni ai tempi del covid-19*, Trieste, EUT Edizioni Università di Trieste, 2020, 113 ss. e se si vuole anche E. CATELANI, *Centralità della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome durante l'emergenza Covid-19? Più forma che sostanza*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1bis/2020; ID, *Emergenza Covid-19 e forma di stato: fra autonomia ed accentramento*, in *Scritti in memoria di P. Carrozza*, Pluss University Press, 2021, 89 ss.

[5] Su tali profili si rinvia a quanto già analizzato in E. CATELANI, *Poteri e organizzazione del governo nel contesto degli ordinamenti pluralistici contemporanei*, Tipografia editoriale pisana, Pisa, 2017.

governo sta percorrendo per gestire non tanto l'emergenza sanitaria, che può considerarsi terminata[6], ma la gestione del post-emergenza, ossia come operi ai fini dell'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), anche con riguardo all'adozione di quei provvedimenti necessari per coniugare la funzione di indirizzo a quella di gestione, per quanto attiene gli obiettivi, *milestone* e *target* dello stesso PNRR. Le due funzioni (politiche e di gestione) dovrebbero operare in modo separato, così come previsto fin dalla prima riforma del pubblico impiego del 1993 (d. lgs. n. 29) e poi nel più ampio disegno delle leggi Bassanini (prima con il d.lgs n. 80/97, poi trasfuso nel TU sul pubblico impiego n. 165/2001), che tuttavia hanno acquisito una diversa operatività dinanzi alla necessità di decisioni celeri durante la pandemia. Altrettanto poi sta avvenendo con riguardo a quegli obiettivi fissati in modo circostanziato e preciso nel PNRR, ed in particolare nelle note di accompagnamento al PNRR, con controlli non solo interni sui tempi di realizzazione degli obiettivi, ma anche a livello di UE. In definitiva, dopo che nel piano sono state fissate le finalità generali che devono essere perseguite dalle varie Amministrazioni e dagli altri soggetti che sono chiamati a darvi esecuzione (regioni ed enti locali ad esempio), è necessario poi che tali organi e soggetti intervengano concretamente, perché i tempi della *New generation EU* non consentono ritardi ed incertezze.

Non si può certo escludere, pertanto, che la gestione governativa rimanga sostanzialmente in una situazione di emergenza per tutto il periodo previsto, anche perché è possibile ed è previsto l'esercizio dei poteri sostitutivi.

2. Le anomalie del primo periodo emergenziale

La base di partenza di tutta l'attività del governo in questi mesi è rappresentata dalla dichiarazione dello stato di emergenza, in conseguenza del rischio sanitario, adottata con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, in attuazione del d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 (art. 7, comma 1, lett. *c*), e art. 24, comma 1), che teoricamente avrebbe dovuto costituire il punto di riferimento giuridico per tutta la fase successiva, ma che, invece, ha seguito una procedura diversa da quella prevista nel codice. La disciplina sulla protezione civile non è riuscita a funzionare pienamente con la sua struttura organizzativa e di indirizzo o, per meglio dire, ha funzionato limitatamente alle sue competenze e poteri disciplinati nel d.lgs. n. 1/2018, non rispondenti alla natura dell'emergenza COVID-19 che aveva caratteristiche totalmente impreviste e non

[6] Con il Decreto-legge n. 24 del 24 marzo 2022 e poi convertito con modificazioni dalla L. 19 maggio 2022, n. 52, il Consiglio dei Ministri ha disposto al 31 marzo 2022 la chiusura dello stato di emergenza.

rispondeva pienamente ad una gestione affidata solo alla protezione civile, ma che imponeva di mettere in gioco tutto l'assetto del governo e dello Stato.

Se la normativa contenuta nel codice fosse stata applicata in modo completo, ne sarebbe derivata, come conseguenza necessaria, anche l'applicazione delle altre parti della normativa, fra cui l'attribuzione di competenze essenziali e funzioni decisorie alla protezione civile, con l'adozione di ordinanze solo dopo aver acquisito «l'intesa» con le Regioni interessate. L'applicazione integrale del codice non avrebbe escluso un ruolo del Presidente del Consiglio nella gestione dell'emergenza, ma avrebbe in ogni caso collocato lo stesso Presidente in una funzione di generico indirizzo unitario, al fine di garantire le peculiarità dei territori. Così ancora, non gli avrebbe in ogni caso consentito di avere una posizione di preminenza e di centralità in ogni decisione, in quanto la gestione e la maggior parte dei poteri d'indirizzo avrebbero dovuto essere esercitati direttamente dalla protezione civile.

Il centro decisorio, si potrebbe dire di comando, si è spostato invece in capo al governo o, meglio, in capo al Presidente del Consiglio, al ministro della salute e pochi altri ministri, come una specie di consiglio di gabinetto estremamente ristretto, un *War Cabinet*. Ma l'azione del governo aveva un carattere così complesso, che, ancor prima dell'esercizio dell'attività normativa, doveva riguardare le modalità d'interpretazione e di recepimento delle informazioni, che provenivano dalla scienza, dai tecnici e dai medici. Cosicché più che una decisione collegiale all'interno del Consiglio dei ministri, la scelta veniva fatta formalmente dal Presidente del consiglio, tenendo conto delle informazioni "scientifiche", non ben identificabili dall'esterno. Non a caso ci siamo chiesti spesso a chi in quella fase fosse affidato il compito di decidere: se fossero decisioni prevalentemente tecniche o fortemente condizionate anche da valutazioni politiche, se gli effettivi soggetti decisori fossero gli uffici della Presidenza, il Comitato tecnico scientifico (CTS), o se le decisioni fossero frutto di interventi diversi come le indicazioni che provenivano dalle c.d. *task force*.

Sicuramente si può dire che il Comitato tecnico scientifico ha svolto un ruolo centrale, visto che gli stessi DPCM venivano adottati "tenuto conto delle indicazioni del Comitato tecnico scientifico", inducendo a ritenere che i presupposti della loro adozione fossero da desumere dai dati emersi in quel contesto[7]. Il primo DPCM che ha fatto riferimento alle indicazioni del CTS è del 22 marzo (quelli anteriori non facevano riferimento esplicito a quelle riunioni tecniche) ed è significativo che quel DPCM del 22 marzo richiami le

[7] Cfr. A. IANNUZZI, *Il Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza sanitaria: un bilancio dell'esperienza utile per far emergere prospettive di riforma*, in A. IANNUZZI, G. PISTORIO (a cura di), *La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica,* Editoriale scientifica, Napoli, 2022, 8 ss.

sedute del 28 febbraio 2020 e del 1° marzo 2020. Insomma, gli interventi urgenti che presupponevano l'adozione di un DPCM trovavano la loro causa in valutazioni di quasi un mese prima.

Altro aspetto che è risultato anomalo nel fondamento tecnico di questi atti era la poca trasparenza sui lavori del CTS, in quanto, per lungo tempo, non è stato possibile conoscere il contenuto di tali verbali, le indicazioni tecniche ed i dati scientifici in essi presenti fino alla sentenza del TAR Lazio (sez. I-*quater*, sentenza 13-22 luglio 2020, n. 8615), che ha precisato come la giustificazione dell'Amministrazione sulla propria discrezionalità in ordine all'«ostensibilità» fosse «illogica e contraddittoria»[8]. Da quel momento sicuramente c'è stata la possibilità di acquisire con maggiore trasparenza le informazioni che provenivano dagli organi tecnici, ma è rimasta molta incertezza sulle motivazioni che potessero giustificare e costituissero il fondamento dei provvedimenti adottati. E questo non è marginale con riguardo a quegli "atti amministrativi tipizzati", come sono stati definiti i DPCM dalla Corte costituzionale (sent. 198 del 2021) o come provvedimenti amministrativi *extra ordinem*[9] dalla dottrina, in quanto la conformità dell'esercizio dei poteri di emergenza da parte dell'amministrazione è subordinata al fatto che siano: a) non stabili, ma ad efficacia limitata nel tempo; b) proporzionati alla situazione; c) adeguatamente motivati; d) oggetto di pubblicazione nel caso in cui abbiano portata generale; e) siano coerenti con i principi generali dell'ordinamento giuridico. Tali presupposti sono stati indicati come essenziali dalla stessa Corte costituzionale, fin dalla sent. n. 8/1956, per ogni intervento dello Stato adottato in situazioni di emergenza.

Durante tutta l'azione del governo nel periodo della pandemia tali presupposti erano soddisfatti solo in parte.

Ma proprio questo ci impone, ancora una volta, di sollevare il problema del ruolo degli organi tecnici, sia nella normale azione di governo, sia in occasione di eventi emergenziali. Si tratta di un tema ampiamente dibattuto e studiato[10], ma, riassumendo molto, non vi è dubbio che i tecnici devono

[8] L'Amministrazione sosteneva infatti che potesse essere divulgato il contenuto solo al termine dello stato di emergenza e sempre che fosse da quella «ritenuto opportuno», con un eccesso di discrezionalità ed in palese violazione del principio di trasparenza che, anche in emergenza, deve sempre caratterizzare l'azione della P.A.

[9] E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Biolaw Journal*, 1 Special issue, 2020, 95 ss., V. PADOVANI, *La natura giuridica delle ordinanze contingibili e urgenti*, in *Iusinitinere.it*, 24 novembre 2020.

[10] Da ultimo un bellissimo libro di Antonio Iannuzzi con *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018 ed ora con riguardo proprio all'emergenza sanitaria nel lavoro collettaneo A. IANNUZZI, G. PISTORIO (a cura di), *La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica*, cit. A mia volta, ho cercato di analizzare i più recenti aspetti del rapporto fra tecnica e politica, anche durante l'emergenza, nell'ultimo editoriale *dell'Osservatorio sulle fonti*, E. CATELANI, *Evoluzione del rapporto fra tecnica e politica. Quali saranno gli*

costituire sempre un supporto costante dei politici, anche in situazioni di non emergenza. Questo non esclude che l'organo d'indirizzo possa avere delle competenze tecniche prevalenti rispetto alla qualificazione politica, come avviene nei governi tecnici, più volte sperimentati nella nostra storia repubblicana, ma ciò non esclude che il Presidente del consiglio, il ministro o comunque il soggetto d'indirizzo, si faccia affiancare, a sua volta, da ulteriori tecnici. In ogni caso, il politico deve essere colui che deve avere le capacità di selezionare il tecnico e nello stesso tempo riuscire a valutare, fra le varie soluzioni scientifiche, quella che risponda meglio alle proprie finalità. È necessario che vi sia qualcuno che operi come "cerniera" fra tecnici e comunità, rappresentato appunto dal soggetto a cui è affidato il potere d'indirizzo politico.

I "tecnici" non devono certamente essere demonizzati (comprese anche le società di consulenza esterna che, per il fatto di essere estranee alla P.A., non le rende di per sé improprie al raggiungimento dell'obiettivo dell'adozione dell'atto amministrativo, dell'atto d'indirizzo, della norma, necessaria in quel momento[11]), anzi devono convivere in modo simbiotico con il politico. In altre parole, è necessaria la figura di un "tecnico" che abbia ben presente il dato scientifico nelle sue più ampie accezioni, che utilizzi e si confronti con i tanti specialisti di settore e sappia fare a sua volta da collettore fra le varie soluzioni possibili, per poi tramutare tale indagine in soluzioni tecniche da sottoporre al politico. È fondamentale, in altre parole, che prima di adottare un atto o prendere una decisione vi sia un margine di sicurezza della "verità", della bontà del dato scientifico, occorre cioè che vi sia un consenso scientifico su cui fondarsi[12].

Se questo è valido in situazioni non emergenziali, per la normale azione di governo, ancor di più è valido in una pandemia, che ha visto i vari scienziati coinvolti in forte difficoltà nell'individuazione della strada più idonea da percorrere. Cosicché il ruolo del tecnico, seppur centrale, non può mai essere considerato portatore di verità, ma, come in questa congiuntura eccezionale, artefice di plurimi tentativi al fine dell'individuazione della soluzione che possa creare meno danni possibile. E queste incertezze nel substrato tecnico hanno inciso inevitabilmente sul normale assetto delle scelte politiche e, di conseguenza, nell'uso degli strumenti giuridici, degli atti normativi ed amministrativi da adottare, con inevitabili frizioni ed incomprensioni fra i tecnici ed i politici che poi dovevano adottare le relative decisioni.

effetti in uno stato tecnologico?, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2/2021.

[11] Sull'opportunità e sulla legittimità dell'affidamento di incarichi a società di consulenza esterna cfr. quanto più ampiamente analizzato nel § successivo ed in particolare alla nota 19.

[12] Principi questi ben noti a partire dalla ricostruzione di Thomas KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche,* pubblicato per la prima volta nel secondo volume dell'International Enciclopedia of Unified Science, ed ora Einaudi, Torino, 1969.

Concludendo su questo punto, si può dire che la gestione dell'emergenza ha visto una centralizzazione del potere d'indirizzo nelle mani del Presidente del Consiglio, affiancato da pochi soggetti politici, in particolare il Ministro della salute e molti tecnici che in vario modo hanno contribuito ad adottare le relative decisioni, con una sorta di "nube" d'incertezza che circondava le ragioni e la *ratio* stessa di molte scelte.

Ma la gestione dell'emergenza ha messo a dura prova il sistema delle fonti, piuttosto che l'assetto costituzionale nel suo complesso. Ciò risulta in particolare nella necessità, percepita dallo stesso governo, di un intervento abrogativo del primo decreto-legge n. 6/2020 e con l'intervento in forma di sanatoria del decreto-legge n. 19/2020. Non si può non rilevare come la stessa Corte costituzionale chiamata a valutare la legittimità dell'operato del governo dal giudice di Frosinone nella già richiamata sent. n. 198/21 non è intervenuta per motivazioni procedurali sul contenuto del primo decreto, perché avrebbe posto in seria difficoltà il governo in ordine alla legittimità dei provvedimenti adottati nella vigenza del relativo decreto. Il presupposto normativo dei vari "atti amministrativi tipizzati" è stato poi trovato nel decreto-legge n. 19/2020, che peraltro non esaurisce tutti i dubbi e perplessità visto che anche con tale decreto sono stati limitati fortemente diritti garantiti da riserva assoluta di legge[13]. La giustificazione finale della Corte costituzionale riguarda solo il fatto che i decreti-legge oggetto del giudizio non abbiano "conferito al Presidente del Consiglio dei ministri una funzione legislativa in violazione degli artt. 76 e 77 Cost.", ma non si dice che abbiano conferito un potere normativo ad esso, come, di fatto, è avvenuto.

Nella stessa linea della Corte anche la dottrina ha cercato di trovare una giustificazione giuridica all'uso anomalo delle fonti del diritto in questa fase, penso a Luciani, Raffiotta, Morbidelli, Mangia[14], ma certamente forzando un po' i principi generali del nostro ordinamento giuridico.

In definitiva, si può riconoscere che tutto ciò possa rientrare nei poteri costituzionali del governo, solo perché e prendendo atto che le norme

[13] In questo senso anche M. CAVINO, S. MALLARDO, *Stato di emergenza e potere di ordinanza*, cit. 36.

Non si affronta in questo contesto, perché sarà analizzato dalle relazioni successive la parziale abdicazione o comunque compressione delle proprie competenze da parte del Parlamento, che si riuniva con difficoltà e che si è limitato ad apportare modifiche ai decreti-legge in una sola Camera per evitare ritardi nella conversione, ma anche determinando un monocameralismo di fatto nel nostro ordinamento. Si concorda comunque con quanto giustamente detto da A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporan*ea, cit., 163, che il Parlamento "ha finito per alterare, nelle more dell'emergenza, l'equilibrio tra stato parlamentare e stato amministrativo, scaricando in modo pressoché totale il peso dell'azione statale sull'amministrazione".

[14] Autori già citati alla nota 1. Per quanto attiene al pensiero di G. MORBIDELLI, si fa riferimento in particolare ad uno studio precedente alla pandemia, ma che anticipa il pensiero di molti, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 1, 2016, 33 ss.

costituzionali consentono un'elasticità di contenuto ed un'interpretazione variegata anche nell'assetto delle fonti. D'altra parte, come diceva Carlo Mezzanotte, l'uso delle fonti a sua volta dipende dalla legittimazione politica del soggetto che esercita quella competenza**.** Ed è inutile ribadire come l'elasticità interpretativa derivi, nel caso specifico, dallo stesso contenuto dell'art. 95 Cost.

3. Il PNRR: un'altra forma di emergenza?

L'accentramento del potere decisionale nelle mani del governo e del suo Presidente si è visto parimenti anche in occasione della progettazione, dell'elaborazione e della formulazione del PNRR, sia nella prima fase del governo Conte 2, ma in particolare con la nuova stesura del piano ad opera del governo Draghi. Una centralizzazione del potere che dalla progettazione si è ulteriormente consolidata nella successiva fase esecutiva, con effetti che andranno ben oltre la vita dello stesso esecutivo ideatore e che vincolerà i governi successivi fino almeno al 2026.

Le linee guida del PNRR Italia sono state delineate inizialmente con l'attivazione dell'indirizzo che doveva provenire dal CIAE, ma in realtà poco è emerso da quel contesto[15], così come marginale è stato l'apporto di altri organi, tanto che il contenuto della prima formulazione del PNRR durante il governo Conte 2 è stato assai ridotto. Il Parlamento, a sua volta in quella prima fase, si è limitato a qualche risoluzione[16].

Una diversa formulazione ha poi avuto il PNRR con il Presidente del consiglio Draghi che ha elaborato il nuovo testo in uno spazio di tempo assai ridotto dopo la sua nomina[17]. Inizialmente sono sorti dubbi su chi

[15] In realtà, il 9 settembre 2020 il Comitato interministeriale per gli Affari Europei (CIAE), si è riunito per concordare le *Linee guida per la definizione del Piano nazionale di ripresa e resilienza* poi approvate dallo stesso CIAE e trasmesse al Parlamento, che possono essere considerate le basi di partenza del futuro piano che viene articolato in tutte le sue parti anche se le missioni del Programma resteranno quelle enunciate in seno allo stesso CIAE durante il governo Conte 2, ovvero "l'innovazione, la digitalizzazione, la competitività e la cultura; la transizione ecologica; le infrastrutture per la mobilità sostenibile; la formazione e la ricerca; l'equità sociale, di genere, generazionale e territoriale; la salute e la relativa filiera produttiva". Nel disegno originario il CIAE era infatti visto come la cabina di regia del *Recovery plan*, idea poi superata nel disegno del nuovo governo.

[16] Si può fare riferimento alle risoluzioni/atti di indirizzo del 13 e 14 ottobre 2020 con cui le Camere si sono pronunciate, invitando il Governo a predisporre il piano e poi ancora le risoluzioni del 26 e 27 aprile 2021 sul testo del PNRR, ormai pronto e da inviare all'UE per la definitiva approvazione.

[17] Si pensi che dalla nomina del governo Draghi (13 febbraio 2021) in meno di 3 mesi era già stato pubblicato il testo il testo del *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) trasmesso dal governo italiano alla Commissione europea dal titolo "Italia domani"* (5 maggio 2021), poi seguito dalla proposta della Commissione europea di decisione di esecuzione da parte del Consiglio (22 giugno 2021 ed infine approvazione definitiva del piano il 13 luglio 2021, esattamente cinque mesi dopo la nomina del governo Draghi.

effettivamente avesse elaborato il testo del piano all'interno del governo: se fossero stati i vari Dipartimenti e Direzioni dei Ministeri, ovvero se il governo si fosse fatto affiancare in questa attività anche a società esterne di consulenza[18]. Un aspetto sicuramente non marginale da un punto di vista organizzativo del governo ed in ordine alle modalità con cui viene elaborato l'indirizzo politico dello Stato, ma, specialmente in situazioni di emergenza, non si può escludere che anche i profili organizzativi possano subire delle evoluzioni. E la necessità di formulare in tempi rapidi il piano costituiva sicuramente una priorità per il governo Draghi, la cui nomina e la stessa composizione aveva fondamento in una situazione di emergenza, per affrontare in modo emergenziale, pur nei limiti costituzionali, la "ripresa e la resilienza".

Ma l'aspetto che più merita attenzione nel quadro della nostra forma di governo è costituito dallo stesso elemento di partenza, ossia dal PNRR, che rappresenta un *unicum* nel contesto costituzionale per delimitare il futuro indirizzo politico. Si è detto che si tratta di un particolare atto d'indirizzo politico, assimilabile alla categoria interna degli atti di alta amministrazione, un atto programmatico d'indirizzo politico e, come tale, privo di efficacia giuridica se non tradotto in atti normativi formali. Se il PNRR non ha carattere normativo, trova comunque il suo fondamento normativo, a livello europeo, in un insieme di regolamenti ed in particolare nel regolamento (UE) 2020/2094, che appunto "istituisce uno strumento dell'Unione europea per

[18] Il ministero dell'economia ha confermato un ruolo significativo della società di consulenza Mc Kinsey come attività di "supporto tecnico-operativo e studio di benchmark", ma affermando anche che "la governance del Pnrr è in capo al Mef e alle Amministrazioni competenti, che si avvalgono di personale interno degli uffici". L'interesse pubblico e la determinazione dell'indirizzo politico che è contenuto nel PNRR non sono quindi opera della multinazionale americana, ma degli organi governativi. Occorre in ogni caso chiedersi come mai le strutture ministeriali, che in alcuni casi sono ampiamente solide anche numericamente, non siano in grado di svolgere un'attività tecnico-operativa e di ricerca che dovrebbe essere propria di tali Amministrazioni, ma questo è più un problema connesso all'organizzazione del pubblico impiego, piuttosto che di scelte emergenziali che il Presidente del Consiglio ed il governo si è trovato a dover prendere. Quindi, se da un lato non si possono demonizzare queste consulenze esterne di carattere tecnico, che possono essere anche economicamente più idonee a raggiungere gli obiettivi, nonché con competenze scientifiche più specifiche al raggiungimento degli obiettivi prefissati (l'esternalizzazione da tempo rappresenta uno dei modi di agire della P.A. specialmente nel campo dei servizi e non può essere escluso anche con riguardo a questo ambito), dall'altro occorre capire se tali studi preliminari non possano anche condizionare ed interferire sulle scelte d'interesse pubblico che devono essere preminenti nell'azione pubblica. Non a caso la stessa P.A. costituisce uno dei *milestone* del PNRR e vedremo come la necessaria riforma possa incidere in modo significativo sotto questo profilo su una riorganizzazione della p.a., non rispondendo solo ad una semplificazione, che comunque rappresenterebbe un obiettivo importante, ma si dovrebbe indirizzare anche ad una ricerca dell'efficienza e della buona amministrazione, che parte da una valorizzazione delle competenze. Sul tema cfr. P. FANELLI, *Il Recovery Plan: come adeguare la gestione delle amministrazioni pubbliche alle esigenze del programma*, in B.G. MATTARELLA, L. FIORENTINO, M. CARDONE (a cura di), *La gestione del Recovery plan*, in *I quaderni della rivista Amministrazione in Cammino*, 2021, 98 ss.

la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi COVID-19" e poi il più noto regolamento (UE) 2021/241, con cui si istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza. Parimenti a livello statale, il fondamento è nei decreti-legge nn. 77/2021, 152/2021, e nei successivi atti normativi che li hanno seguiti e seguiranno per costruire sia proceduralmente, sia sostanzialmente il relativo piano (fra cui d.l. n. 59/2021, 80/2021, 36/2022).

In definitiva, una pluralità d'interventi che determinano obiettivi, riforme da realizzare, finanziamenti da erogare (ed in parte già erogati) condizionati, a loro volta, dall'approvazione di riforme normative importanti (dalla riforma della giustizia, a quella del catasto o a quella del codice degli appalti), da *milestone* e *target* predeterminati, secondo un modello aziendale di determinazione degli obiettivi, che condizioneranno sicuramente l'indirizzo politico degli anni futuri indipendentemente dal cambio di governo e di maggioranza che lo sostiene[19]. Atti questi che incidono poi sulla stessa forma di governo, visto che condizionano la formazione della volontà degli organi competenti, sia statali che regionali, e sempre che un margine di decisione politica venga ancora loro riconosciuto[20].

Il PNRR si caratterizza poi per una serie di novità organizzative che incidono anche sull'assetto della forma di governo. Al Consiglio dei ministri, che dovrebbe essere la sede principale della formazione della politica di governo, si è affiancata, per quanto attengono i poteri di indirizzo, impulso e coordinamento generale del PNRR, la Cabina di regia, in cui le decisioni dovrebbero essere elaborate e discusse per poi essere approvate dal Consiglio dei ministri. In realtà si potrebbe fortemente dubitare che nella sede consiliare vi siano i tempi per un'effettiva valutazione delle decisioni prese in Cabina di regia e non si limiti ad una semplice ratifica, tenendo conto dei tempi stretti di decisione per il rispetto delle scadenze. Scadenze che non consentono parimenti un effettivo controllo del contenuto dei relativi atti elaborati dalle varie Amministrazioni, né da parte degli altri ministri, né spesso da parte del Parlamento in sede di conversione dei decreti-legge[21]. D'altra parte, il timore che

[19] Soltanto ai fini del rispetto della scadenza dell'ultima tranche di finanziamenti per il 2022 devono essere approvati almeno quindici decreti legislativi, dalle norme a tutela dei consumatori, all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari, dalle norme sul mercato interno dell'energia elettrica, a quelle concernenti la qualità delle acque destinate al consumo umano.

[20] Ampia è ovviamente la competenza amministrativa riconosciuta alle regioni, che anzi hanno il problema di realizzare in tempi brevi gli obiettivi fissati a livello centrale, con il rischio dell'intervento sostitutivo da parte dello Stato ex art. 12 d.l. 77/2021 di cui si parlerà *ultra*.

[21] In questa sede è possibile solo segnalare che durante il governo Draghi, in continuità con quanto era avvenuto durante l'emergenza sanitaria, il lavoro del preconsiglio dei Ministri si è limitato in un preventivo scambio per posta elettronica degli atti che dovevano essere portati in decisione al consiglio dei ministri o, al massimo, riunioni da remoto, che se ovviamente giustificate durante la pandemia, con il ritorno della normalità sanitaria forse potevano anche essere ripristinate in forma normale. La diversa funzionalità delle riunioni in presenza consentono notoriamente la maggiore

l'istituzione della Cabina di regia possa determinare uno spostamento della sede di determinazione dell'indirizzo politico, vista la pluralità di competenze molto incisive ad essa attribuite, ha fatto sorgere l'esigenza di richiamare le competenze del Consiglio dei ministri, in sede di conversione del d.l. n. 77/2021, in cui si ribadisce quanto previsto dall'art. 2 della legge n. 400/88 in ordine ai poteri propri del Consiglio. Peraltro, c'è da sottolineare che comunque la Cabina di regia può ricevere direttive dal Consiglio dei Ministri solo su impulso del Presidente del Consiglio, che si può attivare in proposito e non in modo diretto da parte dell'organo collegiale[22]. Al di là delle precisazioni e dei richiami ai principi generali, in ordine al carattere collegiale della determinazione dell'indirizzo politico, con riguardo alla realizzazione degli obiettivi del PNRR rimane la centralità del Presidente con il suo potere di indirizzo, ma anche di stimolo e d'impulso.

Competenze, dicevo, che vanno dall'elaborazione degli indirizzi per l'attuazione del PNRR, a poteri incisivi come quello di promuovere il coordinamento tra i diversi livelli di governo e propone, ove ne ricorrano le condizioni, l'attivazione dei poteri sostitutivi di cui all'articolo 12 (art. 2 lett. f), nonché attività d'informazione al Parlamento con la trasmissione di una relazione sullo stato di attuazione del PNRR con cadenza semestrale[23].

La Cabina di regia è poi supportata, come previsto dall'art. 3 decreto legge 77/2021, da un Tavolo permanente e dalla Segreteria tecnica (art. 4), a cui può sempre partecipare il Presidente del consiglio (qualora non deleghi la Presidenza ad altro Ministro), ma a cui gli altri Ministri e Sottosegretari sono chiamati solo "in ragione delle tematiche affrontate in ciascuna seduta", coinvolgendo, se interessati, i Presidenti delle regioni speciali o il Presidente della Conferenza Stato regioni, oltre al Comitato per la regolazione e all'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione (art . 5). Il d.l. n. 77/2021 delinea, in altre parole, un nuovo insieme di organi di supporto per la formazione, coordinamento e promozione dell'indirizzo politico, forse

conoscenza delle problematiche o la soluzione delle divergenze fra l'interpretazione delle diverse Amministrazioni, se non anche il raggiungimento di compromessi fra posizioni diverse. Ma all'emergenza sanitaria si è affiancata poi un'emergenza nei tempi di decisione che ha cambiato anche da un punto di vista organizzativo le modalità di confronto fra uffici legislativi dei ministeri.

[22] La Cabina di regia deve poi coordinare il proprio lavoro con quello di due Comitati interministeriali, quello della transizione digitale e della transizione ecologica, che hanno, a loro volta, poteri incisivi sull'indirizzo ed attuazione del PNRR, spostando ancora di più le scelte politiche dal Consiglio dei ministri ad altre sedi in cui la presenza dei ministri è parziale e selezionata *rationae materiae*.

[23] Un'attività di informazione del governo al Parlamento, quella richiamata nel testo, che ricorda molto la relazione consuntiva e preventiva prevista dalla legge n. 234 del 2012 sulla partecipazione dell'Italia all'UE, sia con riguardo alla fase ascendente che discendente, istituita più per dare un'apparenza di condivisione e codecisione delle scelte fra governo e parlamento, che di effettiva partecipazione di entrambi gli organi, dato che l'esperienza pregressa insegna che anche in quel caso ci si limita ad un'informativa, al massimo discussa in sede di commissioni parlamentari.

necessari per i tempi rapidi di decisione, imposti anche da quella finalità generale di resilienza, di cui si diceva, che richiede di affrontare in modo nuovo e diverso le emergenze, potendo condizionare fortemente il modo di operare degli organi costituzionali e quindi la forma di governo.

Vedremo, con il passare dei mesi, quanto queste strutture siano effettivamente operative (per ora la Cabina di regia risulta essersi riunita solo due volte) e quanto invece rimarrà sulla carta. Dipenderà dalla volontà del nuovo Presidente del Consiglio e dall'uso che ne vorrà fare, ma gli strumenti normativi per uno spostamento del centro decisionale sono stati previsti[24]. A ciò si aggiunga che tali strutture hanno durata temporanea, ma superiore a quella del governo che le ha istituite e nominate, cosicché i dirigenti rimangono teoricamente in carica fino al completamento del PNRR, non rientrando nel meccanismo dello *spoil system*, proprio in virtù della natura emergenziale del Piano. Peraltro, si tratta di strutture che devono monitorare e garantire il rispetto delle scadenze e, salvo che vi siano delle responsabilità accertabili di tali soggetti in ordine al rispetto dei termini e dei vincoli interni ed europei, non dovrebbe essere interesse dello stesso governo prevedere una nuova e diversa direzione di organismi così centrali nella realizzazione degli obiettivi del piano.

Infine, un'ultima precisazione deve essere fatta con riguardo all'altra novità del d.l n. 77/2021 che ha introdotto il potere sostitutivo del governo e che può influire in modo significativo sui rapporti sia da un punto di vista interorganico che intersoggettivo. L'art. 12 infatti riconosce tale potere al governo sia nelle ipotesi di mancato rispetto degli obblighi e degli impegni connessi al PNRR da parte delle regioni, ma anche nei confronti di uno stesso Ministero, qualora "situazioni o eventi ostativi alla realizzazione dei progetti rientranti nel PNRR non risultino altrimenti superabili con celerità". Due situazioni ovviamente diverse, ma che alterano sicuramente i rapporti fra Stato e regioni, visto che quest'ultime non vengono qualificate come soggetti competenti *ratione materiae* nell'ambito della propria autonomia, ma come soggetti

[24] Da ultimo il Consiglio dei ministri, nella riunione del 10 novembre 2022, ha rimodulato gli incarichi di alcuni Ministri senza portafoglio al fine di renderli più funzionali all'esercizio delle rispettive deleghe. In particolare, al Ministro per gli Affari europei è stato conferito l'incarico anche per il Sud, le Politiche di Coesione e il PNRR. Qui c'è da domandarsi se il nuovo governo Meloni intenda spostare la centralità del Presidente del Consiglio per l'attuazione del PNRR ad un Ministro senza portafoglio a cui si è attribuita una delega specifica e che consenta a quest'ultimo d'indirizzare anche con la Cabina di regia la fase esecutiva del piano. D'altra parte, una volta fatte le scelte d'indirizzo e già formulati e scadenzati gli obiettivi da raggiungere, viene poi affidata ad un Ministro (con delega dal Presidente) la funzione di controllare e far rispettare le scadenze previste. Ma non si può escludere che anche le convocazioni e il potere d'indirizzo in sede di Cabina di regia sia poi spostato dal Presidente al Ministro per gli affari europei, per il Sud, le Politiche di Coesione e il PNRR, creando così una sorta di super-Ministro.

attuatori, considerati in questo contesto solo amministrativamente competenti e che, nel caso di inadempienza o ritardo, possono essere sostituiti con altra amministrazione, ente organo o con un commissario *ad acta*[25]. Ma la portata dell'art. 12 è ben più ampia, perché non si limita ai rapporti con le regioni ed enti locali, ma può indirizzarsi anche nei confronti di un Ministero che non intervenga, in base alla proposta dello stesso Presidente del consiglio o della Cabina di regia e con decisione del Consiglio dei ministri. Cosicché, si introduce un potere sostitutivo interno al governo con nomina anche di un Commissario *ad acta*. Sicuramente una novità nel nostro ordinamento che merita particolare attenzione ed un uso ovviamente moderato e che può andare ad incidere sull'assetto della stessa forma di governo.

Se quindi in via generale il Presidente del Consiglio, prima del d.l. n. 77, aveva possibilità di indirizzare, ma non certamente di imporre il contenuto di una direttiva o di un atto d'indirizzo, né ovviamente l'adozione di un atto specifico, il potere sostitutivo previsto nell'art. 12 amplia sicuramente il suo potere.

4. Conclusioni

Il ruolo svolto dal Presidente del Consiglio e dal governo in fase di emergenza ed ora anche tutti i poteri che il Presidente si è auto-attribuito con la formulazione e l'attuazione del PNRR, hanno determinato non solo un accentramento inconsueto delle funzioni, ma anche la tendenziale esclusione da qualsiasi intervento di cooperazione e condivisione delle scelte con molti organi e soggetti costituzionali, che normalmente concorrono alla formazione degli atti o delle decisioni.

In un approfondito saggio Antonella Sciortino sembra dubitare che questi poteri presidenziali e più in generale governativi siano dentro la Costituzione o, al più, si possono inquadrare ai limiti della Costituzione[26].

Nonostante tutti i rilievi mossi in questa relazione sul modo in cui è stata gestita la pandemia, e nonostante quanto sia stato scritto in passato in ordine al carattere collegiale delle decisioni del governo e all'esclusione di una posizione nettamente differenziata del Presidente del Consiglio rispetto a tutto il resto del governo, l'art. 95 Cost. lascia ampio spazio per un'interpretazione elastica. Una norma costituzionale che nasce non a caso da quell'accordo compromissorio rappresentato dall'emendamento Perassi, che attribuisce al Presidente del Consiglio tutti gli strumenti giuridici per svolgere un ruolo

[25] Sul tema cfr. M. TRAPANI, *Il sistema delle conferenze e il regionalismo dimezzato: il difficile rapporto tra Pnrr e regioni alla luce delle recenti evoluzioni normative*, in *Rivista AIC*, fasc. 4/2021, 189 ss.

[26] A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico "normativo"?*, in *Federalismi.it*, fasc. 18/2021.

super partes, un ruolo di coordinamento e, talvolta, anche di controllo, ma, in particolare, poteri di promozione dell'azione di governo. Una norma che, parimenti, può porre il Presidente come mero coordinatore di una politica che si forma e si evolve all'interno dell'organo collegiale[27]. Si potrebbe in definitiva dire che il suo ruolo si può adattare alla pluralità di aspetti esterni che possono influire sul suo modo di agire, tenendo conto del modo in cui è stato nominato, dalle caratteristiche personali del Presidente, ma anche del contesto storico. E l'emergenza, come si è visto, ha influenzato fortemente il suo modo di operare, diventando così la *ratio* stessa dell'esercizio di determinati poteri.

Talvolta il suo modo di operare può consentire di definirlo *primus super pares*, ma tale definizione non mi pare che centri bene il ruolo del Presidente del consiglio in questo contesto emergenziale. Non vi sono dubbi che il Presidente del Consiglio abbia ormai acquisito, e l'emergenza gli ha ulteriormente conferito, una posizione di *primus*, perché le funzioni di direzione gli sono formalmente affidate dalla Costituzione con riguardo ad una "politica generale del governo" che, se non formata e non formabile perché affidata al giorno per giorno, ai dati tecnici, ai dati forniti quotidianamente dal CTS, è necessariamente prerogativa del Presidente del Consiglio e del suo *staff*, che la deve elaborare all'occorrenza ed adattarla alle esigenze del momento. Cosicché, la tecnicità delle decisioni impone sempre più che il supporto degli uffici di diretta collaborazione possa agevolare le relative decisioni.

Dal lato ministeriale, ed in particolare in questo contesto emergenziale, non tutti i ministri possono sempre essere considerati *pares* fra loro. Ancor più quando i luoghi in cui si forma la politica governativa si spostano dal Consiglio dei ministri, alla Cabina di regia, o ai Comitati interministeriali[28]. Nel

[27] E' solo pleonastico qui ricordare le plurime ricostruzioni del ruolo del Presidente del Consiglio a partire da A. PREDIERI, *Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei ministri*, Barbera ed., Firenze, 1951; P.A. CAPOTOSTI, *Accordi di governo e presidente del consiglio dei ministri,* Giuffré, Milano, 1975; G. PITRUZZELLA, *Il Presidente del Consiglio dei Ministri e l'organizzazione del governo*, Cedam, Padova, 1986; L. VENTURA, *Il governo a multipolarità diseguale,* Giuffrè, Milano, 1988, e da ultimo I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*, Jovene, Napoli, 2018.

[28] Il numero e l'influenza dei comitati interministeriali negli ultimi anni si erano ridotti significativamente nel contesto dell'attività di governo, anche se vi erano alcuni Comitati interministeriali che, nonostante tutto, hanno mantenuto una centralità nella determinazione dell'indirizzo politico di settore, si pensi al Comitato interministeriale per la programmazione economica o quello per il credito e risparmio (ossia i Comitati interministeriali che hanno una lunga storia nel nostro ordinamento) ed altri il cui ruolo è affidato ad alterne vicende e che in alcuni momenti storici vivono una centralità ed in altri in cui sono stati marginalizzati. Si pensi al ruolo del CIAE, a cui si intendeva attribuire un ruolo rilevante nella formazione delle politiche europee, sia nella fase ascendente che in quella discendente, come risulta chiaramente dalla legge n. 234 del 2012 e così lo è stato per lungo tempo (e forse lo sarà anche in futuro se il contesto organizzativo e personale assumerà caratteristiche diverse), come ad esempio è emerso durante il primo governo Conte. In quella fase, alle riunioni del

governo Draghi poi i ministri non erano certamente in una posizione di parità: e questo era emerso fin dall'inizio della sua formazione, quando otto ministeri chiave sono stati affidati a tecnici, ma in particolare sono stati affidati a soggetti di stretta fiducia del Presidente del Consiglio, indipendentemente dal fatto che provenissero o meno da un contesto politico.

Da qui ancor più la centralità, la natura di *primus*, del Presidente, perché è colui che garantisce verso l'esterno la solidità delle decisioni, colui che decide quali sono gli atti normativi da adottare, colui che interviene anche con potere sostitutivo sugli inadempimenti anche delle Amministrazioni, colui che sceglie chi convocare nella Cabina di regia o negli altri Comitati in cui non è predeterminata la presenza di determinati Ministri[29].

Cento anni fa, nel luglio 1921 il governo Giolitti cadde anche perché in un disegno di legge chiedeva pieni poteri per la riforma della p.a., fin da allora poco efficiente, con eccesso di personale e comunque improduttivo e Luigi Einaudi si rammaricava dell'impossibilità di raggiungere questo obiettivo che solo un governo con pieni poteri avrebbe potuto realizzare[30]. L'assenza della forza politica sufficiente da parte di quel governo di fare una riforma essenziale per lo Stato dopo la Prima guerra mondiale è stata sicuramente una delle cause dell'instabilità e, come sappiamo, anche dell'avvento del fascismo. Non è certamente il caso di rammaricarsi ora di una centralizzazione dei poteri in capo al governo, ma in un contesto democratico e costituzionale è peraltro necessario poi che i pesi e contrappesi funzionino e siano operativi. Prima di tutto il Parlamento che nella fase emergenziale sanitaria, ma anche dopo, non si è contraddistinto per questa funzione, neppure di controllo sugli atti normativi del governo, ma questo è tema di altro intervento in questo seminario[31].

CIAE erano sempre presenti i due vicepresidenti del Consiglio dei ministri, Salvini e Di Maio, partecipazione assai anomala per quel contesto, ma che sta proprio ad indicare che spesso questi luoghi che potremmo definire "appartati" e forse meno formali possono rappresentare le sedi per assumere decisioni di rilievo dal punto di vista dell'indirizzo politico europeo. La sensibilità per i Comitati interministeriali sembra cambiare significativamente nella XIX legislatura alla luce del contenuto del d.l. n. 173 del 2022, visto che si istituiscono il Comitato interministeriale per il made in Italy nel mondo (art. 9), quello per la transizione ecologica (art. 10) nonché quello per le politiche del mare (art. 11), così come già nel 2021 era stato istituito un nuovo Comitato sulla cybersicurezza (legge n. 109/21).

Valorizza sicuramente la funzione dei Comitati interministeriali G. MOBILIO, *I Comitati interministeriali nella struttura policentrica del Governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2017 e più ampiamente ID, *CIPE e Costituzione. Governare attraverso i comitati interministeriali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018.

[29] Vedasi, però, in ordine alle novità che emergono dal nuovo governo, quanto già precisato nel precedente paragrafo ed in particolare alla nota 23.

[30] *I pieni poteri per la riforma burocratica,* in *Il Buon governo*, Laterza, Roma-Bari, 2004, 35.

[31] Non si può non segnalare la sostanziale trasformazione in monocameralismo del nostro Parlamento almeno in questa fase emergenziale, visto che la navetta è sostanzialmente scomparsa, specialmente in fase di conversione in legge dei relativi decreti, con un'abdicazione della seconda

Ed allora, se nella fase più calda dell'emergenza non c'era la possibilità di coinvolgere collegialmente il governo, cosicché le decisioni non erano adottate in Consiglio dei ministri, ma dal Presidente insieme al Comitato tecnico e magari al Ministro della salute, nella fase successiva di attuazione del PNRR, in cui permane sotto altra forma l'emergenza, la possibilità di coinvolgere gli altri componenti del governo è sicuramente molto più ampia, ma solo in parte praticata dal Presidente Draghi, come se volesse concentrare la determinazione dell'indirizzo politico nelle mani ristrette di pochi e ben selezionati soggetti nelle sedi che la stessa normativa ed in particolare il d.l. n. 77/2021 ha individuato[32]. Una volta che le scelte principali sono state delineate e contenute all'interno del PNRR, è e sarà compito dei vari soggetti attuatori dargli vita: dagli uffici dei vari ministeri, alle regioni, agli enti locali, più con atti di carattere esecutivo ed amministrativo, che di indirizzo.

In definitiva, è in atto una trasformazione dei ruoli, dei poteri e quindi della forma di governo già presente da molto tempo ed ora ancor più per effetto del PNRR, per la necessità di adattamento ed ora di resilienza imposte dai mutamenti esterni, ma sempre nel recinto costituzionale, che, nonostante tutto, condiziona anche questo piano[33].

Camera di apportare eventuali emendamenti.

[32] Permane poi, come si è detto, in capo al Presidente quel potere sostitutivo anche nei confronti dei Ministeri inadempienti verso i vincoli temporali o di contenuto del PNRR, che ancora una volta consente di affermare quel ruolo differenziato del Presidente del Consiglio nel contesto governativo, che l'emergenza sicuramente ha mantenuto ed in parte anche accentuato.

[33] A tali conclusioni sono giunta, in modo assai più sintetico, anche nella lettera mensile di maggio 2022 del Direttivo AIC, pubblicata nel sito dell'Associazione in ordine ai *Profili costituzionali del PNRR*.

L'ACCENTRAMENTO DEL POTERE AMMINISTRATIVO NEL PNRR TRA ESIGENZE DI UNIFORMITÀ E ISTANZE DI DIFFERENZIAZIONE

ELEONORA RINALDI[**]

Sommario

1. L'incidenza del PNRR sul rapporto Stato-regioni. – 2. Una programmazione trasversale al riparto di attribuzioni tra Stato ed enti territoriali. – 3. La Regione come ente "di governo". – 4. *Segue*. … e contitolare della funzione di programmazione nel PNRR. – 5. L'ambiguo ruolo dei Comuni: le misure di semplificazione/accelerazione nel PNRR.

Abstract

As an instrument for the direction of general economic policy, the National Recovery and Resilience Plan, drawn up by the Italian Government to implement the European funding program, "Next Generation EU", introduces a concept for economic and social development with regard to the future of Italian regionalism. The essay questions the implications arising from the acceptance of a wider concept of sustainability which, inspired by the link between environmental protection, social inclusion and economic growth, would require the involvement of local authorities in the implementation of the Plan. Finally, the Author highlights some problems in Italian Law Decree no. 77/2021 which was approved in order to guarantee the correct fulfillment of commitments undertaken by the State. This was on account of the fact that dialogue between the State and regions was sacrificed in order to save time and the true meaning of the vertical subsidiarity principle was not taken into due consideration.

Suggerimento di citazione

E. RINALDI, *L'accentramento del potere amministrativo nel PNRR tra esigenze di uniformità e istanze di differenziazione*, in *Osservatorio sulle fonti,* n. 3/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[**] Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

Contatto: eleonora.rinaldi@uniroma1.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 3/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Oltre la pandemia: l'incidenza del PNRR sul rapporto Stato-regioni

La crisi sanitaria da Covid-19 ha comportato plurime criticità con riguardo alla tenuta del riparto delle competenze tra Stato e Regioni, concretizzatosi in modo problematico non solo nella gestione delle misure restrittive riguardanti il confinamento domiciliare, ma in fase di implementazione delle scelte relative allo svolgimento delle attività produttive e all'erogazione di numerosi servizi sociali[1].

Le questioni problematiche connesse alla gestione del *Piano nazionale di ripresa e resilienza* (PNRR) proiettano l'esigenza di riflessione oltre la pandemia e impongono di considerare l'impatto più duraturo dell'emergenza sul nostro regionalismo; il fatto che molte tra le tendenze emerse durante la crisi sanitaria rappresentino l'estremizzazione di dinamiche preesistenti nell'ambito delle relazioni multilivello non esaurisce infatti le questioni connesse al processo di elaborazione del PNRR e i problemi attuativi che ne derivano[2].

Piuttosto, un'indagine specificamente orientata a considerare il ruolo delle autonomie territoriali si lega immediatamente al radicale "cambio di passo" nell'approccio macro-economico dell'Unione europea[3], giacché il Piano, portatore di un'idea nuova di sviluppo economico e sociale nel sistema delle relazioni tra i diversi livelli di governo[4], concorre a ridefinire l'intero contesto ordinamentale dell'Unione economica e monetaria e, anche alla luce di nuovi equilibri tra mercato e intervento pubblico, rinnova numerosi interrogativi in ordine allo statuto teorico e alle prospettive del nostro regionalismo[5].

[1] Ho avuto modo di affrontare in altra sede alcuni profili specificamente rilevanti e in particolare le criticità ravvisabili con riguardo ai meccanismi predisposti per garantire una protezione uniforme del diritto alla salute sul territorio nazionale in assenza di clausole di supremazia appositamente preordinate alla gestione dei momenti emergenziali. Sul punto, sia consentito rinviare al mio *Il principio di sussidiarietà verticale alla prova dell'emergenza interna,* in *Consulta OnLine,* disponibile all'indirizzo *www.giurcost.org*., III, 2021, 929 ss.

[2] Sono ritornati su questi problemi M. LUCIANI, *Il diritto e l'eccezione*, in *Rivista AIC,* n. 2/2022, 49 ss., specie 60 ss. e da ultimo, S. LIETO, *L'impatto dell'emergenza sanitaria ed economica da COVID-19 sul sistema delle fonti tra livello statale, regionale e locale*, Relazione al Convegno annuale del Gruppo di Pisa 2022 su *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nella crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza,* Firenze, 17-18 giugno 2022, disponibile all'indirizzo *www.gruppodipisa.it* (versione provvisoria), ora in *Osservatorio sulle fonti,* disponibile all'indirizzo *www.osservatorio-sullefonti.it,* 2, 2022, 683 ss.

[3] Così, tra gli Altri, G. FALCON, *Viaggio al centro del PNRR, Editoriale,* in *Le Regioni,* 2021, 715 ss., 717.

[4] Sul punto, tra i Molti, v. l'interessante saggio di B. MANNI, *Sviluppo sostenibile e rigenerazione urbana tra tutela dell'ambiente e inclusione socio-economica,* in *Dir. pubbl.,* 2022, 273 ss.

[5] V. Parlamento europeo, *Una nuova strategia industriale per l'Europa, 2020/2076 Ini*; e le conclusioni del Consiglio europeo del 25 e 26 marzo 2021 (video-conferenza dei membri del Consiglio europeo del 25 marzo 2021). Sulla complessa nozione di *sviluppo sostenibile* che si sostituisce al mantra della liberalizzazione/privatizzazione delle imprese, finora dominante, la bibliografia è cospicua anche in ragione delle difficoltà di inquadramento teorico della nozione. Mi limito in questa sede a ricordare alcune pubblicazioni recenti, cui rinvio per indicazioni bibliografiche ulteriori (più

Non approfondirò, invero, i numerosi problemi connessi alla dimensione europea del concetto di *sviluppo sostenibile*[6]; ai fini che qui rilevano, mi limiterò a ricordare che tale obiettivo ispira l'intera strategia sottesa agli investimenti e alle grandi riforme strutturali previsti dal PNRR e che la nozione condiziona trasversalmente le politiche pubbliche che a questo si connettono.

Nel Piano trova infatti riconoscimento un concetto ampio di sostenibilità[7] che, sulla base di un preciso legame tra tutela dell'ambiente, inclusione sociale e crescita economica[8], promuove un modello di sviluppo chiamato a garantire la rifondazione del sistema economico attraverso il coinvolgimento di tutti gli ambiti territoriali, in una prospettiva di tutela dell'ambiente e di inclusione sociale perseguita anche attraverso la rimozione dei divari territoriali[9].

La specifica attenzione al collegamento tra regolazione economica da un lato, ambiente, coesione sociale e sostenibilità dall'altro condiziona quindi profondamente l'assetto delle relazioni tra potere centrale e sistema delle autonomie[10] e, in quanto acquista specifica effettività a livello locale, attraverso il tentativo di coniugare la molteplicità di profili che connotano il principio dello sviluppo sostenibile, sottende un'adeguata distribuzione del potere pubblico su base territoriale[11].

risalenti), cfr. F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?* in *Diritto amministrativo,* n. 1/2017, 163 ss.; e, ai fini di un utile confronto relativo all'evoluzione dell'approccio al tema negli scritti di uno stesso Autore, E. BRUTI LIBERATI, *Politica della concorrenza e politica industriale tra unità e differenziazione,* in M. CAFAGNO, F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia,* in Serie di studi diretta da Leonardo Ferrara e Domenico Sorace, *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana,* Firenze University Press, Firenze, 2016, 157 ss.; nonché IDEM, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di* governance*,* in *Diritto pubblico,* 2021, 415 ss.

[6] Sul punto, ancora B. MANNI, *Sviluppo sostenibile,* cit., 276-277.

[7] Su cui F. FRANCIONI, *Sviluppo sostenibile e principii di diritto dell'ambiente*, in P. FOIS (a cura di), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente,* Convegno, Alghero, 16-17 giugno 2006, SIDI, Società italiana di diritto internazionale, ES, Napoli, 2006, 42.

[8] Cfr. P. CARPENTIERI, *Paesaggio, ambiente e transizione ecologica,* in *www.giustiziainsieme.it,* 5 ss.

[9] Cfr. M. PIANTA, *La politica industriale al tempo del PNRR, Il Mulino,* 2021, 152 ss., 158 e B. MANNI, *Sviluppo sostenibile,* cit., 283.

[10] Si legge nel *Piano nazionale di ripresa e resilienza,* pag. 9: «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».

[11] Così già F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato-Regioni,* in *Diritto pubblico,* 2020, 333 ss., 346-347, che ricorda come le questioni ' sul tappeto ' siano molteplici e che, vista l'entità delle risorse messe a disposizione, involgano il dibattuto problema dell'autonoma allocazione delle stesse, in una con l'esigenza di garantire un'adeguata perequazione tra i territori e il riequilibrio di gravi disparità nel godimento di diritti fondamentali. Sul punto, anche A. M. POGGI, *Il PNRR come possibile collante dell'unità repubblicana? (riflessioni in margine al regionalismo e al divario Nord-Sud),* in *Le Regioni,* 2021, 201; M. DELLA MORTE, *Il futuro dei territori (e del Sud). Rilanciare rappresentanza a partecipazione per una migliore attuazione del PNRR,* in

Su questo aspetto specifico, vorrei proporre alcune considerazioni che, lungi dall'esaurire le numerose questioni problematiche, si orientano a evidenziare speculari criticità nel processo di implementazione del PNRR, talvolta accostato al Piano Marshall[12], in altre occasioni più pragmaticamente definito un sostanziale «riciclo dei Piano nazionali di riforma adottati nel Semestre europeo»[13], ma in ogni caso costituente un pervasivo strumento di condizionamento delle dinamiche che connotano la nostra forma di stato (e di governo)[14].

2. Una programmazione trasversale al riparto di attribuzioni tra Stato ed enti territoriali

Corposo e articolato nei contenuti, il PNRR rappresenta indubbiamente una straordinaria occasione di ricostruzione delle capacità produttive colpite dalla crisi[15].

Per l'ampia congerie di investimenti e riforme strutturali contemplati, evoca inoltre un tipo di intervento che in altri tempi sarebbe stato ribattezzato «pianificazione globale nazionale»[16]; un atto a portata generale di durata

Costituzionalismo.it, 2, 2021, 1 ss. e C. MAINARDIS, *Il regionalismo italiano tra continuità sostanziale e le sfide del PNRR,* in *Le Regioni,* 2021, 139 ss., 150.

[12] Così, seppure in modo critico, F. SALMONI, *Piano Marshall*, Recovery Fund *e il* containment *americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere,* in *Costituzionalismo.it,* n. 2/2021, 52 ss.

[13] V. F. BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del* Recovery and Resilience Facility Plan, *tra concorrenza e nuove politiche pubbliche,* in *Costituzionalismo.it,* n. 1/2022, 1 ss., e S. NICCOLAI, *L'influenza del PNRR sui processi di decisione politica,* Relazione al seminario AIC su "*PNRR e ordinamento costituzionale*", Università di Roma Tre, 20 maggio 2022, in *Rivista AIC,* disponibile all'indirizzo *www.rivistaaic.it,* 3, 2022, 222 ss., specie 223.

[14] Su entrambi i profili, cfr. E. CATELANI, *Profili costituzionali del PNRR,* in *Rivista AIC, La Lettera,* disponibile all'indirizzo *www.rivistaaic.it,* 5, 2022, e più ampiamente, ancora EAD., *PNRR e ordinamento costituzionale: un'introduzione,* in *Rivista AIC,* cit., 210 ss. e C. COLAPIETRO, *La forma di Stato e di governo italiana "alla prova" del Piano nazionale di ripresa e resilienza,* ibidem, 325 ss.

[15] In attuazione dell'art. 20 del regolamento istitutivo del *Recovery and Resilience Facility* (RRP), il PNRR elaborato dal Governo italiano (269 pagine) è finalizzato a dare attuazione al programma di finanziamenti europei ribattezzato *Next Generation EU,* seguendo l'impostazione indicata dal regolamento e dalle linee-guida della Commissione. Il piano di intervento finanziario progettato per l'Unione europea dalla Commissione, è articolato in due pilastri: il *Recovery Resilience Facility (*che comprende il *Next Generation EU)* e un rinforzato *budget* pluriennale, il *Multiannual Financial Framework* (MFF) per gli anni 2021-2027 (sul punto, ampiamente, F. BILANCIA, *Indirizzo politico,* cit., 4, che tuttavia rileva: «Forse è prematuro parlare di un vero e proprio *deficit spending* europeo, dati i caratteri provvisori e transeunti di questi strumenti, giustificati ed orientati al mero inquadramento dell'attuale fase di crisi economica dovuta agli effetti della pandemia»). In attuazione dell'ampio progetto europeo, il *Piano nazionale di ripresa e resilienza* è successivamente predisposto dal Governo italiano all'esito di un confronto parlamentare; trasmesso alla Commissione europea il 30 aprile 2021, è approvato con decisione di esecuzione del Consiglio ECOFIN l'8 luglio 2021.

[16] Così A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione,* Edizioni di Comunità, Milano, 1963, 427.

pluriennale impiegato come strumento di orientamento finalistico dell'azione pubblica di regolazione economica[17].

Gli elementi di somiglianza tra l'odierno *Piano nazionale di ripresa e resilienza* presentato dal Governo italiano alle istituzioni europee e l'idea di programmazione economica già accolta in passato nel nostro Paese sono diversi[18] e muovono anzitutto dalla circostanza che il PNRR delinea un quadro di riferimento rilevante come indirizzo generale della politica economica del Governo attraverso l'indicazione di obiettivi e previsioni di crescita per lo Stato, di riforme strutturali da approvare, di investimenti da effettuare[19].

È invece formalmente diversa la soluzione data al problema di come garantirne l'efficacia precettiva che, in occasione della programmazione globale relativa al quinquennio 1966-70, veniva risolto attraverso l'assorbimento dell'atto pianificatorio in una legge-provvedimento[20], accogliendo implicitamente la tesi, emersa nel dibattito scientifico degli anni Sessanta, secondo cui l'approvazione del piano richiede necessariamente una legge[21], in attuazione del principio di pianificazione accolto dall'art. 41, comma 3 della Costituzione[22].

[17] Sul significato costituzionale di una 'pianificazione economica globale', rinvio ancora alle pagine di A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione,* cit., 42-43: «La trasformazione della società - più che l'affermazione dell'uguaglianza - è la norma fondamentale, il principio primo costituzionale del nostro ordinamento: o se si vuole, lo è l'affermazione di una uguaglianza nella società (cioè non di uguaglianza per lo Stato di situazioni giuridiche fondate su disuguaglianza sociali) che implica la trasformazione dei dati sociali nel momento attuale non egualitari».

[18] Sulle analogie tra programmazione economica per il quinquennio 1966-70 e PNRR, cfr. M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico,* in *Rassegna ASTRID,* n. 12/2021, 1 ss.

[19] Ricordo tuttavia che, sebbene ricca di potenzialità per l'implementazione dei principi della nostra Costituzione economica, la programmazione consentita dal terzo comma dell'art. 41 Cost. rimarrà inattuata come pianificazione economica generale, cfr. M. NIGRO, *Manuale di diritto pubblico. III. L'azione dei pubblici poteri,* (a cura di G. Amato, A. Barbera, con la collaborazione di C. Fusaro), V ed., Il Mulino, Bologna 1997, 39.

[20] Si tratta della L. n. 685/1967.

[21] L'indirizzo pianificatorio acquista in tal modo l'efficacia tipica della legge in senso formale e sostanziale, ciò che consente di superare antiche dispute sull'efficacia interna o esterna dell'atto, destinato a divenire fonte di poteri e doveri, situazioni di vantaggio o di svantaggio per tutti i soggetti (sia pubblici che privati) coinvolti nella sua attuazione, cfr. A. PREDIERI, *Pianificazione,* cit., 111. Sul piano contenutistico della riserva di legge, va inoltre ricordato che al comma 3 dell'art. 41 Cost. è stato associato un contenuto preciso, in virtù del quale la riserva (ritenuta relativa) è soddisfatta non da una generica indicazione dei fini ma dall'indicazione dei mezzi, dalla determinazione degli organi chiamati ad attuare i programmi, infine dall'indicazione delle competenze relative all'esercizio dei controlli (sul punto, rinvio ancora alle acute osservazioni di A. PREDIERI, *Pianificazione,* cit., 97 ss. e 112; e oggi, seppure con diversità di vedute, a F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il giudice,* disponibile all'indirizzo *www.lamagistratura.it,* 12 novembre 2021, 18 ss.; e M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale,* cit., 10 ss.

[22] Tale principio «permea tutta la Costituzione, ricca di norme programmatiche e per ciò stesso predisposte ed inducenti a misure pianificatorie, intese nel più schietto loro profilo di determinazione (e palese determinazione) di indirizzo», ancora A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione,* cit.,

Opzione non priva di conseguenze giuridiche giacché, pur vero che l'indirizzo pianificatorio avrebbe potuto essere approvato dal Parlamento in forma diversa da quella legislativa, l'adozione di una legge "di piano" risulta più efficace, in particolare con riguardo all'esigenza di vincolare la legislazione e l'amministrazione regionale[23], rispetto a cui la funzione governativa di indirizzo e coordinamento, pure funzionale allo scopo, incontra i limiti più specifici delineati dalla giurisprudenza costituzionale, particolarmente stringenti per le autonomie speciali (tenute invece ad osservare le norme fondamentali delle riforme economico-sociali)[24].

Quanto all'oggi, la scelta di non considerare formalmente il PNRR come allegato di una legge dello Stato non impedisce di ritenere che, in disparte il legame tra il piano, la decisione di esecuzione del Consiglio e l'accordo concluso dal nostro Governo con la Commissione europea[25], al D. L. n. 77/2021 (conv. dalla L. n. 108/2021) si debba il sostanziale recepimento dei contenuti dell'atto pianificatorio[26], grazie alla disciplina di un assetto organizzativo creato per garantirne l'attuazione e preposto a consentire un'interazione unitaria tra lo Stato italiano e la Commissione[27].

91 ss.). In seguito, prospetta l'esigenza di distinguere tra la definizione con legge di piano «di un quadro di riferimento assunto come sistema di compatibilità delle scelte di bilancio e come indirizzo della politica economica del Governo» e la riserva di legge prevista dall'art. 41, comma 3, Cost., M. CARABBA, *Programmazione economica,* in *Enc. Dir.,* XXXVI, Giuffré, Milano, 1987, 1137.

[23] Così già A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione,* cit., 111 ss. Sui contenuti del *Piano economico nazionale* per il quinquennio 1966-70, v. anche M. S. GIANNINI, *Pianificazione,* in *Enciclopedia del diritto,* XXXIII, Milano, 1983, 629 ss.; nonché IDEM, *Diritto pubblico dell'economia,* Bologna 1997, 300. Quanto all'efficacia vincolante del PNRR, questa è riletta alla luce della categoria dell'indirizzo politico normativo da A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico "normativo"?* in *Federalismi,* n. 18/2021, 235 ss. e F. BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del* Recovery and Resilience Facility, *tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2022, 1 ss.

[24] La funzione di indirizzo e coordinamento è in seguito delineata dall'art. 17 della L. n. 281/1970 (che avvia la prima regionalizzazione) ed il suo esercizio espressamente demandato ad atti di governo dai D. P.R. nn. 616 e 617/1977. Sui limiti degli atti governativi di indirizzo e coordinamento v. le mai smentite sentenze della Corte costituzionale nn. 150/1982 e 408/1998 e la ricostruzione di M. LUCIANI, *Un regionalismo senza modello,* in *Le Regioni,* 5, 1994, 1313 ss., specie 1332-1333 (con particolare riguardo all'esigenza di legalità sostanziale degli atti adottati e ai vincoli di ordine procedimentale).

[25] Su questo aspetto, v. almeno N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi.it*, 1, 2022, iv ss. ed E. CAVASINO, *Le fonti del diritto dal policentrismo alla normazione euro-statale,* relazione al seminario AIC, cit., in *Rivista AIC*, 3, 2022, 247 ss.

[26] *Contra,* però, M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico,* cit., 10 ss.

[27] Mi trova concorde l'opinione di quanti ricordano che «le competenze amministrative presuppongono una legge, nel rispetto dell'art. 97 Cost.» e che le modifiche introdotte sulla base di presupposti puntuali rispondono agli impegni assunti nei confronti dell'Unione europea (il virgolettato è in F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo,* cit., 13). Già prima del D. L. n. 77/2021, la legge di bilancio per il 2021 (L. n. 178/2020) aveva inoltre stabilito (commi 1037-1050) le prime misure

La legificazione del Piano, seppure indiretta, rinnova evidentemente numerose questioni e, per quanto qui specificamente rileva, l'esigenza di delimitare l'area possibile della disciplina della legge in materia di programmazione rispetto all'ambito dell'autonomia regionale; non solo perché, come in passato, la linea di confine fra legislazione nazionale e legislazione regionale non è definita in modo rigido dall'elencazione delle materie spettanti alla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni, ma in ragione dei principi costituzionali in materia di funzioni amministrative degli enti territoriali[28].

L'analisi dell'incidenza dispiegata dal Piano sul rapporto centro-periferia acquista quindi rilievo cruciale; perché «il riequilibrio territoriale e lo sviluppo del Mezzogiorno» sono obiettivi che tutte le componenti del PNRR devono perseguire[29] ed in quanto i medesimi obiettivi involgono le competenze legislative e amministrative delle Regioni e degli altri enti territoriali[30].

L'invocazione di titoli di competenza esclusiva dello Stato nella legislazione recentemente approvata per istituire l'assetto organizzativo funzionale all'implementazione del PNRR costituisce dunque la premessa di una disciplina attuativa ulteriore[31], grazie alla quale le funzioni di direzione politica

attuative del programma *Next Generation EU;* nel D. L. n. 77/2021 sono inserite altre previsioni finalizzate ad accelerare e snellire le procedure di implementazione, rafforzando la capacità amministrativa delle istituzioni nazionali coinvolte.

[28] Molte previsioni dettate indirizzano l'attività del legislatore futuro sia statale che regionale e l'adozione di ulteriori atti di pianificazione od altri atti amministrativi, sia statali che regionali. Il legame tra riforme e investimenti è chiarito nella seconda parte del PNRR intitolata a Riforme e Investimenti; tutti i piani nazionali di ripresa e resilienza - è sancito solennemente - sono «innanzitutto piani di riforma» perché le linee di intervento devono essere necessariamente accompagnate da una strategia complessiva finalizzata a «migliorare le condizioni regolatorie e ordinamentali di contesto», in modo da incrementare stabilmente l'equità, l'efficienza e la competitività del Paese. All'attuazione delle previsioni del Piano, le Regioni sono chiamate a concorrere sia per la parte relativa alle pubbliche amministrazioni, ma anche intervenendo nei diversi settori affidati alla loro competenza legislativa e amministrativa con gli strumenti di azione tradizionali (leggi, atti di pianificazione - sia strategica che di settore - atti amministrativi generali) e con strumenti ulteriori, declinati in relazione al peculiare coinvolgimento di ciascuna di esse in relazione al PNRR.

[29] Le Componenti del piano sono sedici, aggregate in sei Missioni: *Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo; Rivoluzione verde e transizione ecologica; Infrastrutture per una mobilità sostenibile; Istruzione e ricerca; Coesione e inclusione; Salute*.

[30] In ragione di ciò, benché la responsabilità della programmazione degli interventi e della messa a punto della *governance* relativa alla implementazione del Piano sia formalmente demandata ai soli governi nazionali, le istituzioni europee ed il Regolamento del *Recovery Fund* raccomandano di consultare tutti i livelli territoriali di governo, sia in fase di formulazione che di attuazione del Piano, cfr. B. BALDI, S. PROFETI, *Le Regioni italiane e il PNRR: la (vana) ricerca di canali di accesso all'agenda,* in *Riv. it. di pol. pubbliche,* 2021, 432.

[31] L'art. 2 del D. L. n. 77/2021 richiama le lettere *a)* dell'art. 117 Cost. («politica estera e rapporti internazionali dello Stato; rapporti dello Stato con l'Unione europea; diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea») ed *m)* («determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale»). L'insufficienza del rinvio ai ricordati titoli di intervento statale è evidenziata, tra gli Altri, da C. MAINARDIS, *Il regionalismo italiano tra continuità sostanziale e le sfide*

allocate al centro devono confrontarsi con il potere di governo riconosciuto alle collettività locali minori[32].

Ne discende l'esigenza di definire un assetto dei pubblici poteri *funzionale* allo scopo, in ossequio all'idea che la valorizzazione del sistema delle autonomie territoriali possa essere realizzata attraverso una grande programmazione economico-sociale, intesa come «azione per indirizzi» che consente «al livello di governo sovraordinato di esercitare la propria influenza sugli enti inferiori senza escludere l'autodeterminazione e autonomia degli enti territoriali»[33].

Questo legame, del resto, ha già ispirato alcuni tra gli interventi legislativi più rilevanti in materia di ordinamento regionale[34]; in particolare, la seconda legislazione di trasferimento delle funzioni dallo Stato alle Regioni che, dopo il sostanziale fallimento degli undici decreti delegati approvati in attuazione della legge-delega n. 281/1970, è stata approvata per concretizzare una distribuzione delle competenze coerente con l'idea che la programmazione possa assolvere al ruolo di cerniera dell'organizzazione di uno Stato pluralista[35].

Alle scelte politico-legislative del biennio 1975-77, per molti versi criticabili, si deve così un regionalismo nuovo, ispirato dal superamento del vecchio

del PNRR, in *Le Regioni*, 2021, 151-152.

[32] Questa esigenza è stata già affrontata dal legislatore statale, prendendo in considerazione le regioni (o comunque la dimensione regionale) in occasione delle passate programmazioni e riaffermando la responsabilità statale quanto alla programmazione e relativamente alla gestione di alcuni grandi interventi di portata nazionale senza trascurare la disciplina dei raccordi tra livello nazionale e livello regionale. Sebbene inattuata, già la legge di piano n. 685/1967 aveva posto il problema della competenza normativa regionale in materia di pianificazione economica e del rapporto tra questa e l'indirizzo pianificatorio veicolato dalla legge di piano (v. in particolare l'art. 3, comma 1, L. n. 685/1967 che chiarisce: «Con successive leggi saranno fissate le modalità e le procedure per la programmazione, nel rispetto delle competenze e dei diritti costituzionali delle Regioni»). In seguito, altre leggi settoriali hanno disciplinato i raccordi necessari all'attuazione della programmazione voluta dal legislatore statale; a titolo puramente esemplificativo, può farsi riferimento alle leggi n. 48/1967 sulle strutture della programmazione e n. 132/1968 sull'assistenza ospedaliera, ricordate da M. NIGRO, *Lineamenti generali,* in *Manuale di diritto pubblico,* III, cit., 39.

[33] Cfr. ancora M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri. III,* loco ult. cit. che sottolinea l'idoneità del *metodo programmatorio* a collocare l'apparato dello Stato, le regioni e gli enti locali minori, al «giusto posto nella trama dei rapporti che tutti coinvolge».

[34] Sulla tecnica di «"riuso selettivo"» di soluzioni organizzative preesistenti si esprime in senso critico (seppure rispetto ad altre forme di re-impiego), S. NICCOLAI, *L'influenza del Pnrr sui processi di decisione politica*, Relazione al seminario AIC su "*PNRR e ordinamento costituzionale*", cit., ora in *Rivista AIC,* cit., 224.

[35] I decreti delegati di trasferimento del biennio 1971-72 (la c.d. prima regionalizzazione) avevano dato un'interpretazione restrittiva dei principi e criteri direttivi della delega contenuta nell'art. 17 della L. n. 281/1970 ed operato un cospicuo ritaglio di competenze statali nelle materie regionali (puntualmente avallato dalla giurisprudenza costituzionale, cfr. Corte costituzionale, sentenze nn. 138 e 142 del 1972). Con la legge n. 382/1975 e i decreti delegati del 1977 tuttavia, il legislatore statale delinea un modello nuovo che affida al raccordo tra livello nazionale e livello regionale di programmazione il compito di tracciare il confine (necessariamente mobile) tra centro e periferia, in modo da garantire la realizzazione degli interessi perseguiti dal governo programmato dell'economia e dall'intervento pubblico in campo economico-sociale.

impianto separatista e proteso ad assicurare una gestione *sistematica e programmata* delle attribuzioni attraverso un ampliamento dell'ambito delle competenze legislative regionali[36].

Il raggruppamento delle voci di potestà legislativa concorrente in quattro settori organici rappresenta non solo la premessa di un'ampia integrazione delle materie elencate con ambiti desunti in via interpretativa dalla combinazione di più voci[37], ma della riduzione delle funzioni amministrative direttamente esercitate da ciascuna Regione che, almeno nelle intenzioni, eleva queste ultime al ruolo di enti di governo e istituzioni di snodo del rapporto tra Stato e sistema delle autonomie territoriali[38].

L'impossibilità di ripercorrere in questa sede l'ispirazione complessiva di quella legislazione e la temperie politica e culturale in cui si colloca la c.d. seconda regionalizzazione non esime quindi dal ricordare che il secondo trasferimento di funzioni dallo Stato nasce con questa ambizione e ridefinisce le competenze degli enti territoriali per consentirne un ampio coinvolgimento nelle nuove forme di intervento pubblico di cui si persegue al tempo stesso la democratizzazione, affidando il mantenimento dell'unità di indirizzo al coordinamento nel procedimento amministrativo.

[36] Le competenze legislative dello Stato e delle Regioni sono reinterpretate in modo da realizzare, per tutti i trasferimenti e le deleghe, una identificazione delle materie per settori organici «non in base alle competenze dei Ministeri, degli organi periferici dello Stato e delle altre istituzioni pubbliche, ma in base a criteri oggettivi desumibili dal pieno significato che esse hanno e dalla più stretta connessione esistente tra funzioni affini, strumentali e complementari». Sulla base di quanto previsto dall'art. 1, comma 3, punto 1) della L. n. 382/1975, l'art. 7 del D.P.R. n. 616/1977 formalizza un uso congiunto degli articoli 117, comma 2 e 118 comma 2 Cost. (v.t.), che non solo permette di associare alla competenza legislativa regionale di attuazione di norme statali, intesa in modo analogo alla potestà concorrente, la delega di funzioni amministrative dallo Stato in alcuni ambiti (soprattutto in materia di ordinamento dei poteri locali o attività attinenti allo sviluppo economico in campo commerciale, industriale o energetico) ma, per le materie o parti di materia in cui sono delegate funzioni amministrative dallo Stato, legittima le Regioni ad adottare «norme legislative di organizzazione e di spesa, nonché norme di attuazione ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 117 Cost.».

[37] Sul punto, cfr. M. NIGRO, *Il governo regionale e locale,* in G. AMATO, A. BARBERA, (a cura di), *Manuale di diritto pubblico. II. L'organizzazione costituzionale,* V ed., Bologna 1997, 379-380, che ricorda, tra le ipotesi di ampliamento delle materie, il caso della «tutela dell'ambiente dagli inquinamenti» (derivante dalla combinazione di assistenza sanitaria e ospedaliere, urbanistica e lavori pubblici), della «protezione della natura» (derivante dalla combinazione di agricoltura e foreste, caccia, pesca, urbanistica); dei «consorzi industriali» (discendente dalla combinazione di lavori pubblici e urbanistica nel quadro dello sviluppo economico). Sulla Regione come ente di governo del sistema amministrativo degli enti territoriali, v. invece A. BARBERA, *La Regione come ente di governo,* Il Mulino, Bologna 1973, 2 ss.

[38] L'assetto complessivo può essere così sintetizzato: «per ogni materia lo Stato esplica un ruolo di legislazione e di programmazione generale, la Regione un ruolo di legislazione e di programmazione specifica, gli enti territoriali minori (i Comuni) un ruolo di amministrazione organicamente concepito» (il virgolettato è in M. NIGRO, *Il governo regionale e locale,* cit., 365).

Un disegno senz'altro ambizioso che rimarrà - com'è noto - inattuato, in quanto il vessillo delle politiche pubbliche unitarie si trasformerà presto in strumento di compressione dell'autonomia degli enti territoriali.

La predeterminazione degli indirizzi della programmazione nazionale o dell'ambito assegnato ad interventi diretti di pertinenza statale in materie di competenza regionale occuperà un'area via via più ampia e, soprattutto attraverso la legislazione di settore, vanificherà l'idea che la programmazione debba essere intesa come *metodo* (e non come materia statale), che i pubblici poteri devono seguire nell'esercizio delle proprie competenze[39].

Il gradualismo normativo che dovrebbe associarsi al raggiungimento di obiettivi condivisi ma declinabili su base territoriale sarà invece compromesso da una riorganizzazione al ribasso del rapporto centro-periferia[40]; la dimensione politica dell'autonomia regionale risulterà schiacciata dalla centralità dello Stato e con essa l'autonomia di indirizzo politico-amministrativo degli enti minori che, formalmente difesa dalla conformazione con leggi generali dello Stato, sarà da queste soffocata[41], attraverso l'imposizione di un assetto di poteri condivisi[42].

[39] Attorno ai contenuti della programmazione prende corpo infatti la funzione amministrativa di indirizzo e coordinamento che, riservata allo Stato nei confronti della sola potestà amministrativa regionale, si estende a ridisegnare i confini della potestà legislativa, sia concorrente che esclusiva (v. già l'art. 17 della L. n. 281/1970 che fa riferimento ad «attività che attengono ad esigenze di carattere unitario, anche derivanti dagli obiettivi della programmazione economica nazionale e dagli obblighi internazionali dello Stato»).

[40] Tra le cause di tale evoluzione spicca l'adozione di leggi di programmazione e intervento puntuale adottate dallo Stato, che tradiscono l'idea di coordinamento tra Stato e Regioni introdotta nel 1975 (v. art. 3, L. n. 382/1975). Ne discende, nel corso degli anni Ottanta, una netta inversione di tendenza nel processo di regionalizzazione e il ritorno al centralismo decisionale, sia attraverso l'adozione di norme statali di dettaglio nelle materie di potestà concorrente che grazie all'uso della funzione governativa di indirizzo e coordinamento, concepita per somministrare indirizzi agli enti territoriali ma concretamente impiegata per dettare previsioni puntuali ed inderogabili da parte di successivi interventi normativi regionali (cfr., *ex plurimis*, Corte costituzionale, sentenza n. 177/1988). Non possono inoltre tacersi le inadeguatezze dell'assetto preesistente di Comuni e Province su cui si sofferma, tra gli Altri, G. GARDINI, *Dalla "questione meridionale" alla "questione settentrionale": l'amministrazione regionale in cerca di identità, Le Istituzioni del federalismo,* disponibile all'indirizzo *www.regione.emilia-romagna.it*, 1.2., 2010, 11 ss., specie 19.

[41] Ciò è in parte imputabile all'ambiguità di alcune norme costituzionali sul ruolo delle regioni. Il riferimento è al combinato disposto degli artt. 129 e 117, c. 1, Cost. (v.t.) che, nel prevedere che la Regione possa disporre di una propria amministrazione periferica ed istituire enti pubblici da essa dipendenti, introduce un modello alternativo rispetto a quello della Regione come ente di amministrazione indiretta necessaria, cfr. L. PALADIN, *Diritto regionale,* Cedam, Padova 1979, 351.

[42] Così S. CASSESE, *Lo Stato introvabile. Modernità e arretratezza delle istituzioni italiane,* Donzelli, Roma 1998, 86. Ricorda inoltre S. STAIANO, *Art. 5. Costituzione italiana,* Carucci, Roma 2017, 56-57, che una delle ragioni dell'insuccesso risiede «nell'orientamento "panregionalista" della Commissione» che riserva minore attenzione al come garantire il completamento del disegno organizzativo attraverso un'adeguata legislazione (regionale) di delega delle funzioni agli enti locali infra-regionali (art. 118, c. 3, Cost. v.t.).

3. La Regione come ente "di governo"

Al sostanziale fallimento del metodo programmatorio come strumento di valorizzazione delle autonomie territoriali sopravvive, cionondimeno, il superamento dell'impianto separatista del nostro regionalismo che, sebbene sulle «gambe assai deboli» del modello *cooperativo* continua a connotare il percorso attuativo del dettato costituzionale[43].

Dall'inizio degli anni Novanta, inoltre, le istanze del sistema delle autonomie riprendono quota, accolte dalla legislazione ordinaria anche grazie al deflagrare della crisi del sistema dei partiti tradizionali.

Alla luce di un inatteso legame con i principi ispiratori della L. n. 382/1975[44], il terzo trasferimento di funzioni dallo Stato al sistema delle autonomie si ispira anch'esso all'idea che l'art. 117 Cost. non costituisca un vincolo puntuale per l'identificazione delle materie; la L. n. 59/1997 anticipa in gran parte gli approdi della riforma costituzionale del Titolo V della Costituzione e, ridisegnato interamente il sistema amministrativo delle autonomie territoriali sulla base del principio di sussidiarietà verticale, formalizza il superamento del principio di parallelismo tra potere legislativo e potere amministrativo regionale per affrontare «il mare aperto della traslazione in norma di un apparato culturale e ideologico molto connotato»[45].

L'obiettivo è attribuire la parte più rilevante dell'amministrazione al governo locale (ai Comuni anzitutto), relegando l'intervento diretto nella società dell'amministrazione statale o regionale al rango di eccezione destinata a trovare applicazione solo qualora sussistano esigenze di esercizio unitario della funzione[46].

La mancanza di una riflessione consapevole sul rapporto tra unità e autonomia condiziona tuttavia la riscrittura a livello costituzionale del diritto regionale e degli enti locali che, di poco successiva, conserva diverse incertezze in merito al ruolo della Regione come ente di governo dell'amministrazione territoriale e istituzione di snodo di una programmazione nazionale autonomamente specificata[47].

[43] Il virgolettato è in M. LUCIANI, *Un regionalismo senza modello,* in *Le Regioni,* n. 5/1994, 1321.

[44] Si sofferma su questo aspetto, S. STAIANO, *Art. 5*, cit., 78 ss., evidenziando la contiguità tra l'impostazione della L. n. 59/1997 e il trasferimento di funzioni *per settori organici* del biennio 1975-77.

[45] Ancora IDEM, *Art. 5,* 85.

[46] Ancora G. GARDINI, *Dalla "questione meridionale",* cit., 23, evidenzia che: «Il principio di sussidiarietà, peraltro, è puntualmente associato al principio di adeguatezza, come due facce della medesima medaglia: la prima opera a favore dei Comuni, mentre la seconda agisce a sfavore degli enti locali che non hanno adeguate dimensioni, capacità, risorse per gestire le funzioni devolute».

[47] Sull'esigenza di recuperare tale ruolo sono ritornati, da ultimo, i relatori del Convegno "*Il PNRR e le Assemblee legislative*", svoltosi a Torino il 1° aprile 2022 ed organizzato dal Comitato per

Protagonista della ridefinizione del modello di regionalismo accolto dal nuovo Titolo V rimane pertanto la giurisprudenza costituzionale, che prospetta soluzioni volte a sopperire alle non poche contraddizioni presenti nel testo[48]; sia sul versante del riparto di potestà legislativa - frettolosamente ridefinito dai nuovi elenchi di materie dell'art. 117 Cost. - che sul piano dell'amministrazione, in cui l'affermazione di una competenza generale dei Comuni, a soppiantare il parallelismo tra funzioni legislative e funzioni amministrative, crea non pochi problemi interpretativi.

Le pronunce emesse nei primi anni del Duemila si protendono ad operare una razionalizzazione delle lacune e incongruenze scaturenti dalla riforma e a fornire soluzioni volte a garantire la coesistenza delle attribuzioni legislative statali e regionali in caso di competenze inestricabilmente intrecciate[49]; elaborano al tempo stesso meccanismi specifici per affrontare i problemi del sistema amministrativo, in ragione della formulazione scarna delle nuove disposizioni costituzionali[50].

Il ruolo creativo della sentenza n. 303 del 2003 è unanimemente riconosciuto; questa imposta nei tratti essenziali un modello organizzativo nuovo, destinato a snodarsi sul piano dell'amministrazione ma pensato per consentire l'attuazione di politiche pubbliche trasversali alla distribuzione delle competenze legislative tra i diversi livelli di governo[51].

La pronuncia ha il merito di affrontare il problema amministrativo rappresentato dall'eventualità che sia necessario realizzare interventi di dimensione

la Legislazione della Camera dei deputati e dalla Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province, in collaborazione con il Consiglio regionale del Piemonte. È possibile ascoltare gli interventi sul canale *YouTube* della Camera dei Deputati.

[48] In assenza di previsioni costituzionali che espressamente dispongano come provvedere per l'ipotesi di attrito tra competenze legislative statali e regionali, il problema è risolto dalla Corte costituzionale, cui si deve la sostanziale flessibilizzazione del riparto, cfr. da ultimo, F. TRIMARCHI-BANFI, *Sul regionalismo cooperativo,* in *Dir. amm.,* 2021, 123 ss.

[49] Sull'intreccio delle competenze legislative e sul ruolo della Corte costituzionale, cui si deve nella risoluzione delle contraddizioni scaturenti dagli artt. 117 e 118 Cost., v. per tutti, A. D'ATENA, *Diritto regionale,* V ed., Giappichelli, Torino, 2022, 167 ss. (anche per ampie indicazioni bibliografiche, 201 ss.).

[50] Il principio di sussidiarietà verticale viene così riletto come limite alla discrezionalità del legislatore (sia statale che regionale) in fase di attribuzione delle competenze amministrative, in quanto si ritiene che dallo stesso derivi una sorta di riserva di legge rinforzata per introdurre deroghe alla titolarità comunale della funzione amministrativa. Secondo la sentenza della Corte costituzionale n. 303/2003, non solo lo spostamento verso l'alto della funzione è ammesso solo per legge ma quando ravvisi l'esigenza di esercizio unitario della funzione il legislatore dovrà rispettare i principi di adeguatezza e differenziazione, disciplinando un procedimento idoneo a coinvolgere gli enti spogliati della competenza. Osserva G. GARDINI, *Dalla "questione meridionale", cit.,* 28-29, che rispetto alla riforma Bassanini il nuovo art. 118 Cost. introduce una fondamentale innovazione, in quanto in fase di devoluzione delle competenze guarda ai Comuni, cui intesta la generalità delle attribuzioni amministrative, comportando un drastico ripensamento del ruolo dell'amministrazione regionale.

[51] Sul punto, da ultimo, C. MAINARDIS, *Il regionalismo italiano,* cit., 143 ss.

ultra-regionale in materie di competenza regionale (qualcuno parlerà di materie 'dimenticate' dall'art. 117 Cost.) e lo risolve ammettendo l'intervento legislativo dello Stato, anche a contenuto puntuale, purché lo spostamento delle competenze dal livello comunale al livello superiore metta capo ad un'intesa tra lo Stato e le Regioni.

In questa fase, l'applicazione del principio di leale collaborazione ancora esclude i Comuni dalla partecipazione al procedimento strumentale a promuovere l'intesa[52]; in seguito, tuttavia, la Corte costituzionale si fa carico di questa esigenza[53], come della necessità di derogare, in nome del principio di buon andamento dell'amministrazione, ad una declinazione rigorosa del principio di coinvolgimento procedimentale sancito dalla sentenza n. 303[54].

Le soluzioni prospettate avrebbero dovuto essere formalizzate in norme di legge; queste mancano, però, unitamente all'auspicabile ri-definizione dei meccanismi di raccordo tra Stato ed enti territoriali che, unitamente ad una disciplina rinnovata della rete di organi a composizione mista via via stratificatasi nel sistema, dovrebbe promuovere il coordinamento tra apparati centrali e rappresentanti degli enti periferici[55].

Quando si parla di de-quotazione dell'autonomia politica regionale si fa riferimento anche agli effetti di questa opzione, che mantiene lo Stato al

[52] Sebbene titolari di una competenza amministrativa generale (art. art. 118 Cost.) e benché le scelte operate ricadano nel loro territorio alterando l'assetto del territorio precedentemente pianificato, cfr. ancora A. D'ATENA, *Diritto regionale,* cit., 218-219.

[53] La Corte costituzionale affronta questo profilo qualche anno dopo ed estende l'esigenza di coinvolgimento nel processo decisionale ai soggetti istituzionali rappresentativi dei Comuni, cfr. Corte costituzionale, sentenze nn. 383/2005 e 163/2012.

[54] È ammesso infatti che, in determinate ipotesi, il coinvolgimento regionale possa legittimamente rivestire la forma del parere obbligatorio (cfr. Corte costituzionale, sentt. nn. 285/2005 e 278/2010) e comunque, dopo alcune pronunce immediatamente successive alla revisione costituzionale che concepiscono l'intesa in senso forte, si consolida l'orientamento che questa ponga una mera obbligazione di mezzi e non di risultato (sent. n. 169 del 2020, ma tale orientamento può essere fatto risalire alla sent. 121 del 2010), quindi «la necessità di reiterare le trattative per addivenire a un accordo, senza che questo assurga a condizione di blocco della procedura», così C. CARUSO, *Cooperare per unire. I raccordi tra Stato e Regioni come metafora del regionalismo incompiuto,* in *Rivista del Gruppo di Pisa,* disponibile all'indirizzo www.gruppodipisa.it, 1, 2021, 295.

[55] Sui limiti specificamente ascrivibili al 'sistema delle Conferenze', v. R. CARIDÁ, *Leale collaborazione e sistema delle conferenze,* Cedam, Padova, 2018, 73 ss.; più di recente, ancora C. CARUSO, *Cooperare per unire. I raccordi tra stato e Regioni come metafora del regionalismo incompiuto,* cit. specie 291-292 (in cui si ripercorre l'evoluzione storica della disciplina sulla conferenza Stato-Regioni nata negli anni Ottanta): «La nascita della conferenza Stato-Regioni segna una discontinuità con il passato: essa presuppone una nuova concezione degli enti regionali, concepiti non più come articolazioni decentrate dello Stato ma quali soggetti propriamente politici». Nell'esprimere una valutazione sulla sistematizzazione della disciplina originaria avvenuta grazie al D. Lgs. n. 281/1997 (tuttora in vigore) aggiunge: «Le funzioni della conferenza riflettono questa incerta natura: sovente esercitate a livello di attuazione amministrativa, non per questo sono prive di rilievo politico generale» (292).

centro dell'intermediazione dei diversi livelli territoriali[56] e che, unita alla perdurante inadeguatezza di Comuni e Province, ridimensiona le potenzialità insite nel combinato disposto degli artt. 117 e 118 Cost., da cui dovrebbe derivare l'attribuzione agli enti territoriali esclusivamente amministrativi di funzioni *proprie* e un ripensamento del ruolo dell'amministrazione regionale essenzialmente in chiave di indirizzo e programmazione[57].

La dimensione politica dell'autonomia amministrativa regionale non manca ovviamente di coniugarsi con le dinamiche istituzionali del nuovo regionalismo, in cui Presidenti legittimati dall'elezione diretta difendono la posizione conquistata grazie alla gestione di una fetta consistente della spesa pubblica (concentrata essenzialmente sulla sanità) e all'adozione di scelte organizzative marcatamente incidenti sul godimento dei diritti costituzionali dei cittadini[58].

Ciononostante, la programmazione a livello regionale è spesso negletta, anche in ragione di una carente programmazione settoriale nazionale "a monte" che, conservando il governo centrale di alcuni processi, dovrebbe ridefinire i contorni dell'autonomia degli enti territoriali.

La mancata previsione di una competenza legislativa esclusiva sull'ordinamento locale e la parificazione sul piano costituzionale di Comuni, Province e Regioni operano in direzione analoga; la regia regionale dell'apparato amministrativo rimane esposta al ruolo assolto dalle fonti di autonomia locale, soppiantate all'occorrenza da interventi pervasivi del legislatore statale[59].

[56] Sul piano dell'amministrazione, l'impostazione rigorosamente dualistica cui mira il nuovo art. 118 Cost., con le Regioni enti di indirizzo e programmazione e i Comuni e le Province titolari di compiti di gestione è quindi depotenziata, in quanto spesso ritenuta contrastante con l'esigenza di tenuta dell'ordinamento.

[57] Rileva al tempo stesso la tendenza di molte Regioni a ri-accentrare in forma legislativa scelte operative (sul punto, di recente, cfr. Corte costituzionale sentenze nn. 9 e 179 del 2019).

[58] Sul condizionamento determinato dalle norme organizzative sulle norme regolatrici di situazioni soggettive, cfr. M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 3, 2002, 345 ss. Più recentemente, con specifico riguardo all'esperienza pandemica e ai riflessi nel settore della sanità, cfr. A. PIOGGIA, *La lezione dell'epidemia di Covid-19 sul sistema sanitario e il suolo ruolo,* in *Le Istituzioni del federalismo,* disponibile all'indirizzo *www.regione.emilia-romagna.it,* numero speciale, 2020, 17 ss. e S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia,* in *Rivista AIC,* disponibile all'indirizzo *www.rivistaaic.it,* 2, 2020, 531 ss., specie 550 ss.

[59] Per un *exursus* sulla giurisprudenza costituzionale recente in materia di governo del territorio, ponendo a confronto l'atteggiamento rigoroso del giudice delle leggi quando si tratta di 'difendere' le prerogative comunali da leggi-provvedimento regionali e le scelte più lasche, operate rispetto a norme di legge dello Stato che invocano clausole generali e materie trasversali (quali la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e la perequazione delle risorse finanziarie o la tutela della concorrenza), rinvio a P.L. PORTALURI, *L'«incanto che non so dire»: unicità e unicismi procedimentali nel governo del territorio,* in *Federalismi,* disponibile all'indirizzo *www.federalismi.it,* 29, 2021, 16 ss., specie 35 ss. Si discosta però dal filone giurisprudenziale ricordato, la sentenza della Corte costituzionale, n. 116/2020 (con nota di F. FERRARI, *Il* giudizio comparativo tra atti *colpisce anche la fonte*

L'adozione del PNRR si innesta in questo quadro contraddittorio, ma offre alle autonomie una preziosa occasione di rilancio[60]; non solo perché l'inclusione sociale, declinata anche in termini di coesione territoriale, costituisce un asse strategico del Piano[61], ma per il coinvolgimento di tutte le amministrazioni (centrali, regionali e locali), secondo le rispettive competenze e responsabilità, nell'attuazione degli interventi previsti[62].

Com'è stato ricordato di recente, «una quota rilevante delle linee di investimento attivate dal PNRR coinvolge le autonomie territoriali come soggetti attuatori» - ovvero soggetti che assumono la responsabilità della realizzazione operativa degli interventi tramite l'avvio, l'esecuzione, il monitoraggio e la rendicontazione degli stessi (i cosiddetti interventi a regia) - e «anche quando non rivestono tale ruolo le Amministrazioni locali partecipano come destinatari finali dei grandi progetti attivati a livello nazionale»[63].

primaria statale: ancora su riserva di amministrazione e leggi-provvedimento (nota a C. Cost. n. 116 del 2020), in *Forum di Quaderni Costituzionali,* disponibile in *www.forumcostituzionale.it*, 3, 2020, 136 ss.,

[60] Cfr. *Il PNRR e le Assemblee legislative,* Nota tematica per il seminario di Torino del 1° aprile 2022, *Osservatorio sulla legislazione della Camera dei Deputati in collaborazione con la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle regioni e delle Province autonome,* pag. 28, in cui si legge: «il raggiungimento degli obiettivi indicati nei tempi prestabiliti richiede «uno sforzo congiunto del sistema Paese».

[61] Come ho già ricordato, il PNRR italiano si sviluppa intorno a tre assi strategici - digitalizzazione e innovazione, transizione ecologica, inclusione sociale - e, organizzato intorno a sei Missioni, mira a 'rivoluzionare' la macchina statale nel suo complesso, attraverso la riscrittura di centinaia di procedimenti amministrativi. Le *Linee guida* elaborate dalla Commissione europea per l'elaborazione dei PNRR identificano inoltre le 'Componenti' come ambiti in cui aggregare progetti di investimento e riforma dei Piani stessi (nella sezione del Piano dedicata alla descrizione degli *Obiettivi generali* e della sua struttura si illustrano le ragioni che inducono a considerare i tre assi strategici quali priorità trasversali del Piano, in *www.governo.it,* pp. 14-15). Il Piano si articola pertanto in sedici componenti che confermano l'interconnessione tra le misure proposte, in quanto riflettono riforme e priorità di investimento in un determinato settore o area di intervento, ma anche attività o temi correlati, finalizzati ad affrontare sfide specifiche, v. *Piano nazionale di ripresa e resilienza*, 13-16.

[62] Solo per riportare alcuni dati, a titolo esemplificativo, è sufficiente evidenziare che circa il 36% dei fondi disponibili con riguardo ai progetti indicati nel PNRR e nel fondo complementare sono riferite a progetti e programmi localizzabili a livello regionale e locale. Inoltre, considerando in modo specifico le Missioni 5 e 6 (*Inclusione e Coesione* e *Salute*), il 93% delle risorse disponibili è destinato prevalentemente agli enti locali, percentuale che nel caso della missione *Salute* sale al 97% di risorse destinate alle Regioni, cfr. *Il PNRR e le Assemblee legislative,* Nota tematica*,* cit., pag. 27. Si legge ancora nella *Nota tematica,* cit., 28: «Ad esempio, con riferimento all'obiettivo caratterizzante della riduzione del divario economico e infrastrutturale tra le diverse aree del Paese, potrebbe risultare la non compiuta coerenza dei criteri individuati a livello centrale rispetto alle reali esigenze dei territori; oppure, da un altro punto di vista, che le amministrazioni destinatarie degli interventi non dispongano della capacità progettuale di intercettare le risorse».

[63] I virgolettati sono in A. ZANARDI, *Il ruolo degli enti territoriali nell'attuazione del PNRR,* Relazione al seminario AIC "PNRR e ordinamento costituzionale", in *Rivista AIC,* cit., 239 ss. Per una ricostruzione completa delle diverse declinazioni della nozione di "soggetto attuatore", v. M. CECCHETTI, *L'incidenza del Pnrr sui livelli territoriali di governo e le conseguenze nei sistemi*

C'era dunque da attendersi una partecipazione degli enti territoriali alla definizione dell'agenda politica del Piano che, in ragione dell'interconnessione tra competenze legislative statali e regionali[64], avrebbe dovuto ispirare l'attivazione di meccanismi di raccordo tra Stato e regioni, garantendo l'emersione delle istanze dei territori nel processo decisionale. I canali tradizionali di partecipazione non hanno funzionato però e il coinvolgimento regionale è stato limitato[65].

Certamente la reputazione non lusinghiera dell'Italia riguardo alla capacità d'impiego dei fondi strutturali europei e la guida tecnica del Governo in carica hanno esplicato un'efficacia condizionante in questa direzione[66]; la scarsa influenza delle regioni può essere però imputata anche ad altri fattori, fra cui spicca il ripercuotersi delle fratture partitiche sullo svolgersi del rapporto tra Esecutivo nazionale e 'Governatori'[67].

Neppure l'istituzione di un gruppo ristretto di presidenti per il coordinamento interregionale in seno alla Conferenza delle regioni, pensata per assolvere al ruolo di sintesi delle proposte regionali al fine di una più efficace interlocuzione con il Governo, ha garantito l'elaborazione di proposte

amministrativi, Relazione al seminario AIC, cit., ora in *Rivista AIC,* cit., 281 ss., specie 296 ss.

[64] Le Regioni sono titolari di potestà legislativa in molti ambiti connessi alle Missioni assunte dal Piano; sia per dare più ampia attuazione alle riforme approvate dal legislatore statale quanto per creare condizioni idonee a favorire lo svolgimento di attività produttive e servizi sociali sviluppando l'indirizzo dalla pianificazione nazionale, cfr. S. PROFETI, B. BALDI, *Le Regioni e il PNRR,* cit., 431 ss.,

[65] Non solo il tema PNRR non ha costituito oggetto di confronto nelle conferenze istituzionali (Conferenza Stato-Regioni e Unificata), ma neppure la Conferenza delle Regioni (ritenuta sede informale di coordinamento) ha esplicato un'influenza decisiva. Il Ministro degli affari europei accorda in questa sede alle Regioni la possibilità di presentare le proprie proposte progettuali e, sempre tramite la Conferenza, le Regioni sono ammesse alle riunioni del CIAE, in particolare del Comitato tecnico di valutazione, che in questa fase è l'organo di coordinamento del PNRR a supporto dell'azione del Ministro per gli affari europei, cfr. B. BALDI, S. PROFETI, *Le regioni italiane e il PNRR,* cit., 436 (che riferiscono di ben sei incontri informali con i Ministri competenti per un dialogo sul PNRR). La Conferenza delle regioni - tramite la predisposizione di quattro documenti votati all'unanimità - chiede ma non ottiene di partecipare, tramite il Presidente, alla Cabina di regia nazionale nel rispetto del principio di leale collaborazione. Neppure riceve indicazioni univoche sul tipo di coinvolgimento delle regioni che il Governo intende promuovere in fase attuativa, né informazioni sui progetti in via di predisposizione dai Ministeri.

[66] É stato tuttavia evidenziato dal Comitato europeo delle Regioni - si veda Comitato europeo delle Regioni, *Regional and local authorities and the National Recovery and Resilience Plans,* Bruxelles, 2021 – alla luce di quanto segnalato in seguito ad un'indagine compiuta su otto Stati (tra cui l'Italia) circa il livello di partecipazione degli enti regionali e locali ai fini della preparazione del rispettivo Piano nazionale per la ripresa e resilienza (cfr. Comitato Europeo delle Regioni, 2021 *EU Regional and Local Barometer*, Bruxelles, 2021, pp. 34-35), che questi tratti risultano comuni all'esperienza di altri Stati membri dell'Unione europea. Su ciò si dovrà riflettere attentamente quando si dovranno verificare gli effetti del PNRR sul piano dell'evoluzione dei rapporti tra i livelli istituzionali previsti nel nostro ordinamento costituzionale.

[67] Cfr. B. BALDI, S. PROFETI, *Le regioni italiane e il PNRR: la (vana) ricerca di canali di accesso all'agenda,* cit., 450.

condivise[68]; ne è derivata un'inutile competizione orizzontale che, finalizzata ad ottenere la quota più ampia delle risorse messe a disposizione dall'UE, ha determinato una dannosa frammentazione delle posizioni e l'accentramento in capo allo Stato delle decisioni fondamentali relative alla selezione degli obiettivi cui destinare le risorse stanziate[69].

4. *Segue.* … e contitolare della funzione di programmazione nel PNRR

Abbandonata l'idea di accedere all'agenda politica in fase di elaborazione della proposta di Piano, le Regioni hanno ridefinito la propria posizione accettando di differire il coinvolgimento alla fase attuativa[70]; inutilmente, giacché anche a valle della selezione degli obiettivi, gli spazi destinati a garantire la leale collaborazione con lo Stato appaiono insufficienti, mentre la circostanza che il PNRR sia fondato essenzialmente sul dialogo tra Stati e Commissione imprime un'ulteriore spinta centralista[71].

Il legislatore statale legittima l'impostazione di fondo delle scelte organizzative adottate auto-qualificando il proprio titolo di intervento[72], ma non risolve gli interrogativi sul ruolo ascrivibile al sistema delle autonomie nel

[68] I Presidenti di regione si sottraggono ai tentativi di coordinamento e perpetuano personalismi già conosciuti durante la fase acuta della pandemia (in particolare, durante il Governo Conte II, che offre la possibilità alle Regioni, tramite il ministro per gli affari europei, di presentare proposte progettuali coordinate o singole, attenendosi alle linee guida elaborate dalla Commissione), cfr. B. BALDI, S. PROFETI, *op. ult. cit.,* 441 ss.

[69] Sempre l'indagine svolta da B. BALDI, S. PROFETI, *op. ult. cit.,* 442, evidenzia che l'insieme delle schede progettuali trasmesse dalle amministrazioni regionali tra ottobre e dicembre 2020 lascia emergere un eccesso di proposte di intervento regionali rispetto all'intero *plafond* di risorse messe a disposizione per l'Italia dal *Next Generation EU.* In modo indipendente dai tentativi di coordinamento, molte Regioni 'approfittano' dell'occasione per elaborare essenzialmente proposte 'proprie' con fondi a valere sul PNRR e, alla luce del concomitante avvio del nuovo ciclo di fondi strutturali europei per il periodo 2021-2027, per presentare piani di investimento non destinati a confluire in un unico piano nazionale, ma calibrati esclusivamente sulle esigenze del proprio territorio. Una partecipazione effettiva all'elaborazione di un programma di carattere nazionale si ravvisa solo tra la fine del 2020 e l'inizio del 2021, quando le regioni del Mezzogiorno decidono di portare avanti istanze condivise; scelta premiante per il Sud, che fa salire (ad aprile 2021) la quota di risorse destinate alle regioni storicamente più svantaggiate (benché le regioni del centro-nord lamentino di essere state più duramente colpite dalla pandemia), incentivando anche le altre ad un approccio analogo (per esempio quelle del centro Italia).

[70] Per indicazioni puntuali in ordine allo svolgimento delle ultime riunioni della Conferenza delle regioni prima dell'invio del Piano alla Commissione, v. ancora B. BALDI, S. PROFETI, *op. ult. cit.,* 431 ss., specie 446.

[71] In nome della ritrovata unità nazionale, il Piano sottende una ridefinizione del punto di equilibrio tra attribuzioni locali ed esigenze unitarie alla luce dell'elaborazione centralizzata delle scelte politiche più grandi; in questo senso anche C. MAINARDIS, *Il regionalismo italiano tra continuità sostanziale e le sfide del PNRR,* in *Le Regioni,* 2021, 151-152.

[72] Ai sensi dell'art. 1, commi 2 e 3, i contenuti della disciplina dettata sono ricondotti ai *rapporti con l'Unione Europea* (lett. a) e alla *determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni* (lett. m) dell'art. 117, c. 2 Cost.

perseguimento degli obiettivi dichiarati dal Piano[73]; non solo perché la tecnica dell'auto-qualificazione «lascia il tempo che trova», ma in quanto i contenuti del programma hanno in gran parte sicura vocazione territoriale[74].

Gli impegni/obiettivi assunti a livello europeo (implicitamente evocati dalla lett. *a)* dell'art. 117 Cost.) si snodano infatti lungo tre assi strategici (*Digitalizzazione e innovazione, Transizione ecologica* e *Inclusione sociale*) che, indiscutibilmente trasversali e specificati in Componenti, a propria volta aggregate in Missioni[75], confermano l'inadeguatezza di un riparto di potestà legislativa incentrato sulle materie alle esigenze di una grande programmazione economico-sociale[76].

Né può dirsi risolutivo il richiamo della competenza finalistica del legislatore statale indicata nella lett. *m);* pur volendo assumerne il carattere prevalente, il potere di predeterminare, sulla base di apposite disposizioni di legge, i *livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali* anche nelle materie che la Costituzione affida alla competenza legislativa delle Regioni non può infatti trasformarsi «nella pretesa dello Stato di disciplinare e gestire direttamente queste materie, escludendo o riducendo radicalmente il ruolo delle Regioni»[77].

Infine, la formulazione dell'art. 1, c. 2 e 3 del decreto-legge non legittima un ri-accentramento generalizzato delle competenze amministrative; superato il principio di parallelismo tra funzione legislativa e amministrativa e costituzionalizzato il principio di sussidiarietà verticale, il richiamo del preminente *interesse nazionale* alla sollecita e puntuale realizzazione degli interventi è

[73] La legge di conversione del decreto-legge sulla *governance* del Piano (n.108/2021) non innoverà in modo significativo l'impalcatura della *governance* né il ruolo delle regioni (su cui v. più avanti *Infra*).

[74] Così S. PAJNO, *Il crepuscolo dell'autonomia regionale di fronte al PNRR,* in (a cura di) N. ANTONETTO, A. PAJNO, *Stato e sistema delle autonomie dopo la pandemia,* Il Mulino, Bologna, 2022, 239. Anche M. CECCHETTI, *L'incidenza del PNRR sui livelli territoriali,* cit., 286, sottolinea che riducendo «il livello di generalità del punto di osservazione e passando dalla considerazione dei soli tre assi strategici a quella delle sei *Missioni,* nelle quali devono prendere corpo gli obiettivi generali del PNRR … e ancora più alla sedici *Componenti* in cui le singole Missioni sono suddivise, l'incidenza sulle competenze regionali emerge in termini ancor più evidenti, senza che occorrano particolari sforzi analitici in chiave esemplificativa)».

[75] Le sei missioni: sono: *Digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura* (40,32 miliardi); *Rivoluzione verde* e *transizione ecologica* (59,47 miliardi); *Infrastrutture per una mobilità sostenibile* (25,40 miliardi); *Istruzione e ricerca* (30,88 miliardi); *Inclusione e coesione* (19,81 miliardi); *Salute* (15,63 miliardi).

[76] Per un'analisi puntuale delle Componenti delle singole Missioni, che confermano l'incidenza degli obiettivi previsti dal Piano sulle competenze legislative ed amministrative regionali, cfr. ancora S. PAJNO, *Il crepuscolo dell'autonomia regionale di fronte al PNRR,* cit., 241-242.

[77] Cfr. Corte costituzionale, sentenze nn. 370/2003, 219/2005, 383 e 467/2005 (quest'ultima con nota di E. FERIOLI, *Sui livelli essenziali delle prestazioni: le fragilità di una clausola destinata a contemperare autonomia e eguaglianza,* in *Le Regioni,* 2006, 564 ss., specie 571). Più di recente, Corte costituzionale, sentenze nn. 72/2019 e 56/2020.

formalmente inconferente e, anche se nel nuovo Titolo V non mancano meccanismi idonei a garantire la realizzazione di interventi di dimensione sovraregionale, nessuno di essi può ritenersi trasfuso nelle norme adottate[78].

Da una considerazione anche sommaria dei procedimenti attuativi anzi emerge che questi non traducono un ri-accentramento di competenze coerente con i canoni indicati dalla giurisprudenza costituzionale applicativa del principio di sussidiarietà (e ormai ascritti alla Costituzione vivente)[79]; piuttosto, la disciplina dettata rimane generica e, pur distinguendo tra le procedure relative all'attività di indirizzo e coordinamento generale e quelle relative alla gestione operativa, lascia irrisolte molte questioni.

Sul piano dell'*indirizzo e coordinamento generale*, in primo luogo, in quanto all'accentramento delle relative competenze non sono associati moduli collaborativi adeguati[80]; il legislatore nazionale attribuisce la responsabilità di indirizzo e coordinamento generale alla Presidenza del Consiglio dei ministri[81], ma le modalità del coordinamento con il sistema delle autonomie,

[78] Il coordinamento del complesso delle attività di gestione è affidato infatti al *Servizio centrale* per il PNRR istituito presso la Ragioneria generale dello Stato che, nel rispetto delle linee-guida europee, rappresenta il punto di contatto unico con la Commissione. Il sistema unitario «ReGiS» costituisce lo strumento applicativo unico di supporto ai processi di programmazione, attuazione, monitoraggio, controllo e rendicontazione del PNRR (c. 1043 della legge di bilancio 2021). Il sistema consente la puntuale verifica di *target* e *milestones* e fornisce una vista integrata con l'analogo quadro di altri progetti in corso di realizzazione con altre fonti europee e nazionali a partire quindi dalla programmazione complementare PNRR.

[79] In tal senso, anche M. CECCHETTI, *L'incidenza del PNRR,* cit., 287 ss.

[80] Sul punto, si veda quanto espresso nella "*Posizione della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome sulla relazione del Governo sull'attuazione del PNRR*", presentata nell'audizione del 9 febbraio 2022, presso la Commissione V (Bilancio) della Camera dei Deputati: "La Conferenza apprezza lo sforzo compiuto dal Governo nel costruire un sistema di *governance* del Piano che appare, dal punto di vista formale, tener conto delle competenze e del ruolo che hanno le Regioni nella programmazione degli interventi per lo sviluppo territoriale e nella programmazione europea. Molte proposte formulate dalla Conferenza sono state accolte e inserite nella l. n. 108 del 2021, a partire dalla presenza delle singole Regioni nella Cabina di regia nazionale e nei Comitati interministeriali quando sono trattate questioni di loro competenza funzionale e territoriale. L'attuazione di queste previsioni appare tuttavia insoddisfacente; la Cabina di regia, ad esempio, è stata convocata soltanto una volta (7 ottobre 2021) e a fine dicembre (22 dicembre 2021); senza peraltro, un'adeguata informazione preventiva sui temi all'ordine del giorno e una condivisione della relazione presentata". Non risultano adottate le linee-guida che dovrebbero orientare le attività dei singoli ministeri e delle amministrazioni coinvolte nell'attuazione del Piano; i Comitati per la transizione digitale e per la transizione ecologica similmente contemplano la presenza delle Regioni ma senza un coinvolgimento complessivo nell'attività dei Comitati fin dall'attività istruttoria. Risulta carente, si legge ancora nel documento della Commissione Bilancio, proprio il coordinamento che questi strumenti di *governance* dovrebbero invece dovrebbero svolgere.

[81] L'accentramento sussidiario riguarda: (a) il potere di elaborare indirizzi e linee guida per l'attuazione degli interventi del PNRR, anche con riferimento ai rapporti con i diversi livelli territoriali; (b) la «ricognizione periodica e puntuale sullo stato di attuazione degli interventi, anche mediante la formulazione di indirizzi specifici sull'attività di monitoraggio e controllo svolta dal Servizio centrale per il PNRR»; (c) l'esame dei profili di criticità riguardanti l'attuazione degli interventi

sia se riguardate dal punto di vista dell'effettivo coinvolgimento degli enti territoriali nelle decisioni della Cabina di regia[82], quanto se lette in relazione ai raccordi con gli altri organi dello Stato inseriti nell'impalcatura organizzativa tratteggiata dal decreto-legge n. 77/2021[83], sono eccessivamente semplificate, rendendo quantomeno problematica la riconduzione delle previsioni dettate alla 'chiamata in sussidiarietà'.

In nome della «sollecita e puntuale realizzazione degli interventi» previsti dal Piano[84], si demanda quindi alle Regioni e agli altri enti territoriali (parificati alle prime) un ruolo essenzialmente secondario[85]; inoltre, anche a voler

(segnalati dai Ministri competenti per materia); (d) il monitoraggio degli interventi che richiedono adempimenti normativi e la segnalazione all'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione dell'eventuale necessità di interventi normativi idonei a garantire il rispetto dei tempi di attuazione; la promozione del coordinamento tra i diversi livelli di governo; infine, l'esercizio del potere sostitutivo per l'ipotesi di inerzia dei livelli di governo inferiori (art. 12).

[82] La *Cabina di regia* è una sorta di consiglio di gabinetto a composizione variabile che, presieduto dal Presidente del Consiglio dei Ministri e composto di volta in volta dai Ministri competenti per materia, vede partecipare i Presidenti delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano quando sono esaminate questioni di competenza regionale o locale, nonché il Presidente della Conferenza Stato-Regioni, su questioni d'interesse di più Regioni ovvero il Presidente dell'ANCI e il Presidente dell'UPI quando sono esaminate questioni di interesse locale. Tra i compiti della Cabina figura anche la «ricognizione periodica e puntuale sullo stato di attuazione degli interventi, anche mediante la formulazione di indirizzi specifici sull'attività di monitoraggio e controllo svolta dal Servizio centrale per il PNRR», e la segnalazione all'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione (di cui all'art. 5) della eventuale necessità di interventi normativi idonei a garantire il rispetto dei tempi di attuazione». La *Cabina di regia* inoltre esamina, previa istruttoria della Segreteria tecnica (di cui all'art. 4), «le tematiche e gli specifici profili di criticità segnalati dai Ministri competenti per materia e, *con riferimento alle questioni di competenza regionale o locale,* dal Ministro per gli affari regionali e le autonomie e dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome» (lett. *c)*).

[83] Accanto alla *Cabina di regia* sono collocati 'ripescando' uno strumento tipico dell'intervento pubblico nella regolazione economica, due comitati interministeriali; il *Comitato interministeriale per la transizione ecologica* e quello *per la transizione digitale*, che svolgono (art. 2, comma 4) «sull'attuazione degli interventi del PNRR, nelle materie di rispettiva competenza, le funzioni di indirizzo, impulso e coordinamento tecnico, tenendo informata la Cabina di regia» (che ha la facoltà di partecipare attraverso un delegato). Il raccordo istituito con riferimento ad ambedue i Comitati è rappresentato da: *a)* il ruolo del Ministro per gli affari regionali, chiamato a promuovere 'momenti collaborativi' in Conferenza Stato-Regioni; *b)* la partecipazione ai Comitati del Presidente della Conferenza delle regioni, laddove sia richiesto il coordinamento con le competenze regionali, oppure del singolo Presidente di Regione, se la questione interessi solo una di esse.

[84] La celerità del processo decisionale ha già condizionato l'esercizio del potere amministrativo durante l'emergenza sanitaria (e prima ancora per affrontare la crisi economica); oggi ridimensiona la sfera di autonomia di cui dispongono gli enti territoriali (le Regioni anzitutto), sia sul piano organizzativo che nella creazione delle condizioni di contesto per la realizzazione del PNRR, cfr. M. TRAPANI, *Il sistema delle conferenze e il regionalismo dimezzato: il difficile rapporto tra PNRR e Regioni alla luce delle recenti evoluzioni normative,* in *Rivista AIC,* n. 4/2021, 179 ss., specie 187 e N. GIANNELLI, *Il cammino delle riforme della pubblica amministrazione nella svolta pragmatica del PNRR,* in *Studi Urbinati,* 2022, 23 ss.

[85] Vero che la partecipazione regionale alla funzione di indirizzo e coordinamento generale degli interventi PNRR è garantita dalla presenza dei presidenti di Regione, del Presidente della

ritenere non necessaria la previsione di un'*intesa* Stato-Regioni nei casi in cui l'esercizio delle competenze amministrative coinvolge necessariamente il livello regionale, la debole interlocuzione prevista si riferisce solo a questa attività di indirizzo e coordinamento generale e, non investendo l'elaborazione e gestione delle singole politiche e dei connessi flussi finanziari, solo occasionalmente consente di portare all'attenzione della Cabina di regia e dei Comitati interministeriali le scelte operate su questo versante[86].

Quanto alle decisioni (altamente discrezionali) relative all'*attività di gestione* degli interventi, queste ricadono nell'ambito applicativo di una disciplina ancor più generica, che si limita ad affidare il coordinamento delle concrete attività di gestione degli interventi alle Amministrazioni centrali competenti per materia, demandando la realizzazione operativa alle Amministrazioni centrali, alle Regioni, alle Province autonome di Trento e Bolzano e agli altri enti locali «sulla base delle specifiche competenze istituzionali, ovvero della diversa titolarità degli interventi nel PNRR, attraverso le proprie strutture, ovvero avvalendosi di soggetti attuatori esterni individuati nel PNRR con le modalità previste dalla normativa nazionale ed europea vigente»[87].

In che modo debba svolgersi il coordinamento delle attività operative non è specificato, né sono definiti "a monte" le modalità di individuazione dei criteri di riparto delle risorse e i criteri relativi all'elaborazione e pubblicazione dei bandi prodromici all'attuazione degli interventi[88].

Da un'analisi delle prassi seguite emerge anzi che i progetti da finanziare, pur connessi all'esercizio di funzioni allocate a livello territoriale, sono per lo più associati a bandi interamente definiti a livello ministeriale senza considerare i bisogni effettivi dei territori[89], mentre in altri casi al maggiore coinvolgimento delle Regioni fa da contraltare l'assegnazione di fondi a *destinazione vincolata*, con evidenti problemi di compatibilità con l'art. 119 Cost.[90].

Conferenza delle regioni o dei Presidenti di ANCI e UPI quando siano esaminate questioni di competenza, le «questioni di competenza anche regionale» sono tutt'altro che univocamente individuabili e la partecipazione regionale passa essenzialmente attraverso il coinvolgimento degli Esecutivi che sembra esaurirsi in un parere (del Presidente della Conferenza delle regioni o del Presidente di una regione) suscettibile di essere disatteso anche senza motivazione. Il coinvolgimento regionale è inoltre discutibilmente equiparato a quello dei «rappresentanti dei soggetti attuatori e dei rispettivi organismi associativi e (dei) referenti o rappresentanti del partenariato economico, sociale e territoriale», v. art. 2, c. 3, ult. parte, D. L. n. 77/2021.

[86] In senso critico, S. PAJNO, *op. ult. cit.,* 245-246.

[87] Cfr. l'art. 8 del D. L. n. 77/2021.

[88] Comprensibilmente critico sulla «impostazione "per bandi"» dei processi attuativi del PNRR, in quanto rischia di fallire l'obiettivo della correzione dei divari territoriali, G. FERRAIUOLO, *PNRR e correzione delle asimmetrie territoriali,* Relazione al seminario dell'Associazione italiana dei costituzionalisti su "*PNRR e ordinamento costituzionale*", cit., ora in *Rivista AIC,* cit., 307 ss., 314 (per il virgolettato).

[89] Cfr. M. CECCHETTI, *L'incidenza del PNRR sui livelli territoriali,* cit., 296-297.

[90] Solo a titolo di esempio possiamo ricordare quanto previsto con riguardo alla Missione 5

Uno spazio per politiche regionali autonome in funzione integrativo-attuativa del Piano emerge solo dalle previsioni rinvianti ad atti di pianificazione di livello locale, ma non sembra compiutamente valorizzato[91]; negli interventi legislativi finora approvati a livello territoriale si rinvengono solo cenni indiretti al PNRR (in alcune leggi di stabilità, nei collegati o in leggi settoriali)[92] e qualche volta previsioni di dubbia compatibilità con gli obiettivi indicati[93].

(*Salute*), in cui «500 milioni sono stanziati per il sostegno alle persone fragili e anziane, per rafforzare i servizi sociali territoriali e di prossimità» (V. *Piano nazionale di ripresa e resilienza,* pag. 40); relativamente alle misure protese all'efficientamento energetico e sismico dell'edilizia residenziale pubblica e privata (ancora nel *Piano nazionale di ripresa e resilienza,* pag. 145.), allo sviluppo dei sistemi di teleriscaldamento, alla sperimentazione dell'idrogeno (in *Piano nazionale di ripresa e resilienza,* pag. 138), per il trasporto ferroviario (V. *Piano nazionale di ripresa e resilienza,* pag. 140); agli investimenti per lo sviluppo del trasporto rapido di massa e al rinnovo delle flotte di bus e treni verdi. Meno accentrata è invece la disciplina specifica dettata dall'art. 22 del D. L. n. 152/2021 per la realizzazione degli interventi volti a fronteggiare il rischio di alluvione e il rischio idrogeologico connessi con alcune finalità di protezione civile e finanziati con fondi a valere sulle risorse del PNRR.

[91] V. il *Piano nazionale di ripresa e resilienza* sul piano strategico per la mobilità sostenibile (pag. 142) ma anche il caso ricordato da M. CECCHETTI, *L'incidenza del PNRR,* cit., 297, dei *Piani di potenziamento dei centri per l'impiego* (già previsti invero dall'art. 12, c. 3, del D. L. n. 4/2019 e attuati con decreti del Ministro del Lavoro adottati previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni).

[92] In Campania, ad esempio, la LR n. 31/2021 "*Disposizioni per la formazione del bilancio di previsione finanziario per il triennio 2022-2024 della Regione Campania - Legge di stabilità regionale per il 2022*" contiene tali riferimenti e, in particolare, all'art. 22, co. 3 lett. b); all'art. 26, co. 1. Ma possono leggersi anche gli artt. 8, 13 e 104 della Legge della Regione Lazio, n. 20/2021 «*Legge di stabilità regionale 2022*»; la Legge della regione Liguria n. 22/2021 «*Disposizioni collegate alla legge di stabilità regionale 2022 (Disposizioni per la formazione del bilancio di previsione 2022-2024)* e, in particolare, l'art. 2 (misure per l'accesso ai finanziamenti da parte di Comuni), l'art. 7 (azioni a favore di associazioni di promozione sociale) e l'art. 30 (case di comunità); nonché, sempre in Liguria, la LR n. 2/2021 «*Razionalizzazione e potenziamento del sistema regionale di centralizzazione degli acquisti di forniture e di servizi e dell'affidamento di lavori pubblici e strutture di missione*», il cui art. 6 prevede che la Giunta regionale deliberi, sentita la competente Commissione consiliare, l'istituzione di apposite strutture di missione al fine di attuare programmi regionali aventi valenza strategica o per raggiungere risultati determinati coerenti con il Programma di Governo con l'indicazione, nell'atto istitutivo, della durata, degli obiettivi e dei compiti affidati. La Regione Toscana ha inserito un riferimento in una disposizione della LR n. 54/2021 (*Disposizioni di carattere finanziario. Collegato alla legge di stabilità per l'anno 2022)* che autorizza la Giunta ad erogare contributi straordinari a comuni e consorzi di bonifica per la progettazione di interventi finanziabili, anche, con fondi del PNRR, e una proposta di legge settoriale in materia di governo del territorio (proposta di legge n. 92 che fin dal titolo richiama il PNRR «Disposizioni di semplificazione in materia di governo del territorio finalizzate all'attuazione delle misure previste dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza»). La Provincia di Trento ha introdotto un richiamo al PNRR nell'ultimo assestamento di bilancio (LP n. 18/ 2021) e, in particolare, nel capo I, sezione I, sottolineando che, tranne che per due cenni all'edilizia scolastica e al corridoio del Brennero, si tratta di disposizioni a carattere strumentale. Nel compilare il questionario somministrato dall'*Osservatorio sulla legislazione* della Camera dei Deputati, la Provincia autonoma di Bolzano ha invece dichiarato di non avere ravvisato la necessità di dotarsi di leggi specificamente finalizzate all'attuazione del PNRR, in quanto le basi normative necessarie a questo proposito sono già esistenti nell'ordinamento locale.

[93] La Regione Lombardia ha inserito riferimenti al PNRR in alcune disposizioni (ad esempio nella l.r. 22/2021 che modifica la l.r. 33/2009 per l'attuazione della medicina territoriale secondo le

Cionondimeno, un'adeguata programmazione regionale negli ambiti materiali intersecati dal Piano rimane essenziale per la stabilizzazione nel tempo degli effetti dello stesso[94] e accredita l'idea che debba essere ricercato un riaccentramento delle competenze coerente con il principio di sussidiarietà, per garantire la conciliazione tra realizzazione di obiettivi unitari e bisogno di differenziazione promanante dal sistema delle autonomie[95].

La possibilità di riaccentrare allo Stato la sola attività di indirizzo, delegando le funzioni inerenti alla gestione operativa al livello di governo inferiore[96] è invero contestata da Molti, perché sottende un margine di differenziazione organizzativa a livello territoriale che contraddice l'esigenza di esercizio unitario della funzione riallocata al livello di governo più elevato[97].

Mi sembra tuttavia plausibile una diversa interpretazione che, muovendo da una lettura congiunta degli artt. 118, c. 1, e 121 c. 4 Cost. e, distinguendo

previsioni del PNRR), ma queste sembrano collidere con i principi cui dovrebbe ispirarsi, alla luce del DM n. 77/2021, la riorganizzazione delle strutture del settore aziendale polo territoriale delle Aziende socio sanitarie territoriali (ASST), v. per es. l'art. 9, c. 1, lett. *n),* della l. reg. n. 22/2021 che modifica l'art. 7, l. reg. n. 33/2009 (*Testo unico delle leggi regionali in materia di sanità*).

[94] Con riferimento al sostegno alle riforme di accompagnamento per l'attuazione del PNRR, in particolare, emerge l'esigenza che le Regioni e le Province autonome procedano all'aggiornamento e alla razionalizzazione della già vigente legislazione (regionale e provinciale) nei settori di intervento su cui rilevano le missioni previste dal PNRR, anche mediante la redazione di testi unici (si pensi, ad esempio, alle materie del governo del territorio o della sanità) o comunque alla redazione di discipline legislative innovative negli ambiti di interesse regionale che sono interessati dai processi di riforma indotti dal PNRR (ad esempio, nel settore delle politiche attive del lavoro o in quello dell'istruzione e formazione professionale). Ancora, le Assemblee legislative potrebbero dare un contributo significativo anche nella definizione di alcune nuove e originali formule di cooperazione territoriale e sociale previste dal PNRR (si pensi, in particolare, alle c.d. *Green Communities*).

[95] Sulla questione del ruolo che gli enti locali e la Regione sono chiamati a svolgere nel processo di gestione del territorio, v. R. BIN, *Piani territoriali e principio di sussidiarietà,* in *Le Regioni,* n. 1/2001, 114 ss. e da ultimo, P.L. PORTALURI, *L'«incanto che non so dire»: unicità e unicismi procedimentali nel governo del territorio,* in *Federalismi,* disponibile all'indirizzo *www.federalismi.it,* 29, 2021, 16 ss., 24. Esemplificative (in quanto assai criticate), le vicende relative all'attuazione del 'piano Borghi', che ha consentito a paesi di pochi abitanti di ottenere enormi risorse finanziarie (milioni di euro) che gli stessi non hanno capacità di gestire nei tempi e modi previsti.

[96] Sull'istituto della delega di funzioni amministrative agli enti territoriali, vigente il vecchio Titolo V, cfr. Q. CAMERLENGO, *Art. 118*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Ipsoa, Torino, 2006, 2342.

[97] È la tesi di P. CARETTI, *Le funzioni amministrative tra Stato, Regioni e autonomie locali,* in ID., *Stato, Regioni, Enti locali tra innovazione e continuità. Scritti sulla riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, 2003, 152; e ancora P. CARETTI, G. TARLI-BARBIERI, *Diritto regionale*, Giappichelli, Torino 2019, 221. In termini generali, sul coordinamento tra l'art. 118 comma 1 Cost. e gli artt. 121, comma 4 e 118, comma 2, cfr. anche A. D'ATENA, *Diritto regionale,* cit., 209-210. È ritornata sul problema della sopravvivenza della distinzione tra funzioni amministrative *proprie* e funzioni *delegate* anche C. NAPOLI, *Le funzioni amministrative nel Titolo V della Costituzione. Contributo allo studio dell'art. 118, primo e secondo comma*, Giappichelli, Torino, 2011, in spec. capp. II, III, IV e V da ultimo, ancora IDEM*, Sulla sopravvenuta incompatibilità a Costituzione della delega amministrativa intersoggettiva,* (nota a Corte costituzionale, sentenza n. 189 del 7 ottobre 2021), in *Forum di Quaderni Costituzionali* disponibile in www.forumcostituzionale.it.*,*3, 2022.

tra funzioni di indirizzo (attratte in sussidiarietà) e funzioni di gestione, consente di attribuire allo Stato l'attività di indirizzo e coordinamento dell'amministrazione, demandando la gestione operativa agli enti periferici[98].

Non solo perché l'accentramento dell'attività di indirizzo e coordinamento incidente sulle competenze degli enti territoriali può (*recte:* potrebbe) ispirarsi ad una lettura procedimentalizzata della sussidiarietà[99] - che, anche quando non richiedente l'intesa, garantisca un'adeguata interlocuzione tra Stato e Regioni -, ma perché la delega di funzioni in alcuni ambiti materiali legittima le Regioni ad applicare la legislazione preesistente in materia di organizzazione[100] e le altre previsioni compatibili con l'attuazione dell'indirizzo proveniente dal centro[101].

Gli strumenti di raccordo tra Stato e Regioni andrebbero dunque valorizzati[102] e, ove occorra, innovati, anche pensando al coinvolgimento delle Assemblee legislative statali e regionali, che potrebbero assumere un ruolo strategico sia in rapporto alla partecipazione delle comunità di riferimento al processo di programmazione e controllo[103], che per la realizzazione in concreto

[98] Per la distinzione tra indirizzo e gestione, rinvio a F. BENVENUTI, *La Regione come organismo tecnico,* in G. MARANINI, (a cura di), *La Regione e il Governo locale,* II, Edizioni di Comunità, Milano 1965.

[99] Sui limiti opponibili alla legislazione che dispone l'attrazione in sussidiarietà di una funzione amministrativa, v. già Corte costituzionale, sentenza n. 303/2003, cui *adde* Corte costituzionale, sentenze nn. 6/2004; 383/2005; 278/2010; 7/2016.

[100] Com'è accaduto durante l'attuazione della campagna vaccinale; sul punto, sia consentito rinviare al mio *Il principio di sussidiarietà verticale alla prova dell'emergenza interna,* cit., specie 944-945.

[101] Risulta in questo senso problematica la decisione attuativa del PNRR (v. il D. L. 6 novembre 2021, n. 152) che modifica numerose normative di settore e consente all'*Agenzia per la coesione territoriale* di stipulare contratti di collaborazione, di durata non superiore a 36 mesi (e comunque non oltre il 31 dicembre 2026) con professionisti e personale in possesso di alta specializzazione, da destinare a supporto degli enti locali del Mezzogiorno. Si rafforza infatti il rischio che i soggetti di volta in volta individuati non abbiano alcuna conoscenza del territorio o che rifiutino di recarvisi.

[102] Tale esigenza muove dalla constatazione che la partecipazione finora accordata alle Regioni si deve a scelte occasionali del Governo, cfr. M. CECCHETTI, *L'incidenza del PNRR,* cit., 302, nota 53 (in cui sono indicate alcune ipotesi).

[103] Fermo restando il valore ascrivibile al coordinamento orizzontale realizzato dalla Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative regionali, sarebbe opportuno elaborare e condividere un modello avente ad oggetto sia i profili organizzativi che quelli procedurali collegati all'attuazione del PNRR. Molte soluzioni sono prospettate in *Il PNRR e le Assemblee legislative,* Nota tematica per il seminario di Torino del 1° aprile 2022, *Osservatorio sulla legislazione della Camera dei Deputati in collaborazione con la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle regioni e delle Province autonome,* 1 ss.; con riferimento alla funzione di indirizzo emerge per esempio l'opportunità di specificare, mediante risoluzioni o con atti di natura regolamentare, le funzioni delle Assemblee legislative nelle procedure di attuazione dei programmi finanziati da risorse europee, come peraltro già previsto da alcune leggi regionali. Appare inoltre meritevole di maggiore diffusione la scelta di individuare nell'ambito dell'organizzazione interna dei Consigli sedi permanenti di confronto sulle tematiche di maggiore interesse strategico, anche promuovendo forme di collaborazione strutturate con Università e istituzioni di ricerca per assicurare supporto tecnico-scientifico per la risoluzione di

degli obiettivi individuati nella pianificazione strategica a livello nazionale e locale[104].

La posta in gioco è alta del resto; non si tratta semplicemente di favorire la realizzazione degli obiettivi del PNRR rispettando le competenze che Regioni e altri enti territoriali possono vantare con riferimento alla legislazione e all'amministrazione, ma di riportare il sistema attuativo del Piano nell'alveo dell'autogoverno delle comunità territoriali e del principio democratico che questo sottende[105].

5. L'ambiguo ruolo dei Comuni: le misure di semplificazione/accelerazione nel PNRR

Da decenni invero, l'intento di dare maggiore consistenza al principio di autonomia ispira un'ambigua saldatura tra questo e il principio di funzionalità[106] e, legittimando l'idea che l'efficacia della decisione è tanto maggiore quanto più il potere è concentrato, sostiene l'introduzione di numerosi istituti di semplificazione procedimentale[107].

Una logica analoga rischia di consolidarsi nel processo attuativo del Piano, giacché l'erogazione delle singole rate di finanziamento è condizionata al raggiungimento dei *milestones* (obiettivi qualitativi) e *target* (obiettivi quantitativi) fissati; il raggiungimento del risultato rappresenta cioè lo snodo di un

eventuali criticità che dovessero ostacolare il raggiungimento degli obiettivi e per sostenere i processi di riforma con interventi mirati negli ambiti materiali di competenza regionale. Per consentire un'adeguata informazione, e risolvere le criticità segnalate da alcuni Consigli regionali, si potrebbero impegnare gli esecutivi regionali a inviare rapporti periodici - ad esempio con cadenza trimestrale - sulle attività svolte con riferimento all'attuazione dei programmi sostenuti da risorse europee, e sullo stato di attuazione dei progetti e dei programmi finanziati dal PNRR riferiti al territorio della Regione (o della Provincia autonoma), tenendo conto anche di clausole valutative specificamente dedicate ai temi di maggiore interesse. Sulla base delle informazioni ricevute, si potrebbero prevedere appositi momenti di discussione nelle Assemblee per predisporre eventuali atti di indirizzo. E siffatti indirizzi regionali potrebbero poi essere condivisi in apposite sessioni di lavoro della Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, per impegnare gli esecutivi regionali a svolgere azioni specifiche, anche inviando gli indirizzi medesimi alla Cabina di Regia per l'attuazione del PNRR per il tramite del già richiamato Tavolo permanente.

[104] In quest'ottica, si potrebbe prevedere l'introduzione, mediante specifiche discipline legislative, di appositi meccanismi e interventi di supporto al sistema delle autonomie locali per agevolare la partecipazione di questi ultimi ai bandi e ai programmi per l'accesso alle risorse economiche rese disponibili dal PNRR. Potrebbe essere pure efficace la scelta di prevedere specifici atti di indirizzo delle Assemblee legislative per impegnare i rispettivi esecutivi a svolgere un monitoraggio periodico dei bandi e dei programmi per l'erogazione di finanziamenti a valere sul PNRR e ad inviare specifiche informazioni alle amministrazioni potenziali destinatarie delle risorse (anche queste soluzioni sono prospettate nel documento *Il PNRR e le Assemblee legislative,* citato nella nota precedente).

[105] Lo rileva S. PAJNO, *Il crepuscolo dell'autonomia regionale di fronte al PNRR,* cit., 237 ss., 238.

[106] Cfr. S. STAIANO, *Art. 5,* cit., 79.

[107] Sul legame tra riduzione/accorpamento dei procedimenti e principi ispiratori della L. n. 59/1997, v. sempre P.L. PORTALURI, *L'«incanto che non so dire»*, cit*.,* 17 ss.

processo, cui segue la concessione del finanziamento (o il diniego) e, previa verifica della Commissione, il concreto trasferimento dei fondi[108].

Le riforme amministrative previste dal Piano muovono da queste premesse e, attraverso la rimozione di ogni ostacolo alla realizzazione degli impegni assunti dal Governo italiano, sono chiamate a garantire l'osservanza degli impegni presi[109].

Alcune tra le norme approvate intersecano però prerogative gelosamente custodite da Regioni, Province e Comuni e, rinnovando l'antica questione dei limiti della funzione legislativa di disciplina dell'amministrazione, impongono qualche osservazione giacché, con l'obiettivo di accelerare la decisione, ridimensionano l'idea che l'atto amministrativo sia frutto dell'apporto paritario di più soggetti autonomi (pubblici e privati)[110].

Rileva anzitutto, in quest'ottica, l'art. 12 del D. L. n. 77/2021 che, in modo apparentemente conseguente al dichiarato esercizio della potestà legislativa in materia di *determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni*[111], demanda alla Presidenza del Consiglio un potere sostitutivo suscettibile di incidere su tutta la filiera amministrativa[112]; poi le norme volte ad introdurre forme di

[108] Si sofferma sul punto M. MIDIRI, *Il tempo delle funzioni pubbliche (a proposito del Piano nazionale di ripresa e resilienza),* in *Federalismi,* disponibile all'indirizzo www.federalismi.it*,* 18, 2022, 148 ss.

[109] Per questo motivo, l'intervento del legislatore statale è associato alla lettera *m)* dell'art. 117, comma 2, Cost.

[110] In via generale, su questo tipo di previsioni legislative, v. F. CAPORALE, *Semplificare la complessità: il coordinamento amministrativo a trent'anni dalla legge sul procedimento,* in *Diritto pubblico,* 2021, 443 ss., specie 447 ss.

[111] Sulla base del tenore letterale dell'art. 120, c. 2 Cost. e in quanto la *determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni* si concretizza nella definizione di prestazioni ma anche di *standard* organizzativi e operativi, cfr. *ex plurimis,* Corte costituzionale, sentenze nn. 181/2006, 271/2005, 120/2005, 6/2004.

[112] Riferita al mancato rispetto «degli obblighi e impegni finalizzati all'attuazione del (PNRR)» e assunti dagli enti territoriali in qualità di soggetti attuatori e «consistenti anche nella mancata adozione di atti e provvedimenti necessari all'avvio dei progetti del Piano, ovvero nel ritardo, inerzia o difformità nell'esecuzione dei progetti», la disposizione colloca in primo piano il Presidente del Consiglio dei ministri che, dopo aver assegnato un primo, breve termine (non superiore a trenta giorni) ove sia messo a rischio il conseguimento degli obiettivi intermedi e finali del PNRR, individua l'amministrazione, l'ente, l'organo o l'ufficio, ovvero in alternativa nomina uno o più commissari *ad acta*, ai quali attribuisce, in via sostitutiva, il potere di adottare gli atti o provvedimenti necessari ovvero di provvedere all'esecuzione (dei progetti), anche avvalendosi di società (di cui all'art. 2 del D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175) o di altre amministrazioni specificamente indicate. Ove strettamente indispensabile per garantire il rispetto del cronoprogramma, l'amministrazione, l'ente, l'organo, l'ufficio individuati o i commissari *ad acta* eventualmente nominati «provvedono all'adozione dei relativi atti mediante ordinanza motivata che, contestualmente comunicata all'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione di cui all'articolo 5, può disporre in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto dei principi generali dell'ordinamento, delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea. Nel caso in cui la deroga riguardi la

concentrazione procedimentale, in quanto esplicitano meccanismi di superamento del dissenso degli enti territoriali rispetto alle scelte volute dal centro[113].

La tendenza al risultato come cifra di lettura della normazione attuativa del PNRR emerge anche da queste previsioni, che disciplinano forme indirette di sostituzione statale grazie alla legificazione di meccanismi escludenti la valutazione discrezionale eventualmente difforme degli enti di volta in volta interessati dalla realizzazione di un progetto[114].

La logica retrostante è un "sotto-prodotto" del principio di sussidiarietà verticale, secondo cui chi decide sa rispondere ai bisogni della collettività solo se è liberato da lacci e contropoteri che ne ostacolano l'azione ed è veramente responsabile solo se titolare di un potere decisionale unitariamente imputato[115].

Questa lettura, protesa a contaminare l'assetto dei rapporti tra Stato ed enti territoriali, si pone tuttavia in contrasto frontale con la declinazione autentica del principio di sussidiarietà, che ispira la devoluzione verso il basso delle funzioni amministrative; ha il vantaggio di sottrarre ad eventuali logiche municipaliste l'esercizio del potere amministrativo riguardante la

legislazione regionale, l'ordinanza è adottata, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, da adottarsi ai sensi dell'articolo 3 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281». La previsione dell'intesa raggiunta in Conferenza Stato-Regioni, ai fini dell'emanazione di ordinanze in deroga a norme di legge regionali è stata inserita, modificando il comma 5 dell'art. 12, in fase di conversione in legge del D.L. n. 77/2021.

[113] La portata generale dei meccanismi di superamento del dissenso degli enti territoriali nella normazione attuativa del PNRR è evidenziata da M. CECCHETTI, *L'incidenza,* cit., 301, alla luce di quanto previsto dall'art. 13, comma 2 del D.L. n. 77/2021.

[114] Molte norme legislative adottate in attuazione del Piano possono (*rectius*: devono) essere lette in questa logica e spaziano dalla nuova disciplina attuativa del PNRR in materia di governo del territorio contemplata dall'art. 24 del D. L. n. 77/2021, all'art. 31-*bis* dello stesso decreto, da applicare, sempre in funzione di conseguente variante urbanistica «anche a tutte le opere infrastrutturali necessarie all'immissione di biometano nella rete esistente di trasporto e distribuzione del gas naturale»; infine, le soluzioni previste dall'art. 44 (opere pubbliche di particolare complessità o di rilevante impatto), riferito alle infrastrutture ferroviarie, idriche e portuali indicate nell'allegato IV del D. L. n. 77/2021. Il denominatore comune delle scelte ricordate risiede nella previsione per cui la determinazione conclusiva della conferenza di servizi di volta in volta convocata per adottare la decisione di conclusione del procedimento 'tiene luogo' della conformità urbanistica, ossia del rilascio del provvedimento autorizzatorio che costituisce variante agli strumenti urbanistici e di pianificazione territoriale. La casistica non si esaurisce con gli esempi riportati; anche i DD. LL. successivi al D. L. n. 77 sono ispirati dalla logica dell'unicità procedimentale: il D. L. n. 152/2021 (artt. 6 e 16 c. 2 e 3); il D. L. n. 80/2021 (art. 17- *octies*); il D. L. n. 121/2021 (art. 2, c. 4-*bis* e 4- *ter*), cfr. P.L. PORTALURI, *op. ult. cit.,* 43.

[115] Sulle semplificazioni amministrative, in via generale, v. almeno S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1998, 699 ss.; M.A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo e la semplificazione,* in *Ius-Publicum,* 2013; G. VESPERINI, *Semplificazione amministrativa,* in S. CASSESE (a cura di) *Dizionario di diritto pubblico,* VI, Giuffré, Milano, 2006, 5479 ss.; e M. BOMBARDELLI, *La semplificazione amministrativa: problemi e prospettive,* in *Scritti in onore di Giuseppe Palma,* III, Giappichelli, Torino 2012, 1827 ss.

realizzazione di interventi straordinari ma concretizza una gerarchia degli interessi rigida, in virtù della quale l'ente o amministratore che potevano opporsi ad una decisione in posizione esterna al procedimento, si trovano in una situazione di insuperabile minorità in quanto assorbiti da una serie di unicismi procedimentali[116].

Certamente, la debole capacità amministrativa del settore pubblico italiano rappresenta un ostacolo al miglioramento dei servizi e alla realizzazione degli investimenti che il piano prevede e una riorganizzazione dei processi decisionali relativi all'attuazione di una programmazione nazionale così ampia è essenziale per promuovere un utilizzo rapido ed efficiente delle risorse pubbliche.

La mancanza di un modello specifico di riferimento, funzionale al miglioramento della capacità amministrativa e la tendenza *mainstream* nell'ordinamento europeo alla prefigurazione globale dell'azione pubblica concreta[117] alimentano tuttavia un grosso equivoco, giacché la riduzione del numero dei procedimenti attraverso il loro accorpamento in un procedimento unico riferito alla stessa attività preclude la differenziazione indispensabile al superamento dei divari territoriali che, come asse strategico della pianificazione, dovrebbe realizzarsi grazie all'adeguamento delle decisioni politiche adottate dal centro alle specificità locali.

La riorganizzazione dei processi attuativi del Piano in nome dell'esaltazione indiscriminata di unicismi procedimentali funzionali al superamento del dissenso suscita pertanto perplessità [118] e alimenta il dubbio che una

[116] Cfr. anche l'art. 55, c. 1, lett. *a),* n. 5 del D. L. n. 77/2021, relativo al rilascio dell'autorizzazione per gli interventi di edilizia scolastica previsti nell'ambito del PNRR che, coinvolgendo in un unico procedimento il Ministro dell'istruzione, l'ente territoriale proprietario dell'immobile e il soprintendente non può che rendere recessiva la posizione di quest'ultimo. Tale recessività è confermata dall'istituzione della *Soprintendenza unica* per il PNRR (art. 29, c. 2, D. L. 77/2021) che, finalizzata a ridimensionare i veti (invero non sempre giustificati) delle soprintendenze territoriali competenti, finisce con il privilegiare in modo eccessivo l'esigenza di unificazione delle competenze per garantire l'osservanza dei vincoli europei.

[117] Nel nostro ambito nazionale si snoda in questa logica il ciclo della programmazione finanziaria muove dal DEF (*Documento di economia e finanza*) che espone il quadro della programmazione economico-finanziaria su base almeno triennale e contiene al proprio interno sia lo schema di programma di stabilità (PS) che il Programma nazionale di riforma (PNR), cfr. F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico,* V ed., Giappichelli, Torino 2021, 391. Anche la disciplina statale di attuazione del PNRR è condizionata da questo complicato rapporto; per espressa ammissione della coordinatrice della *Segreteria tecnica* «i risultati, ancora prima dei tempi» conformano l'azione amministrativa giacché, individuato un dato obiettivo (per esempio incrementare il numero di anziani beneficiari dell'assistenza territoriale), «quello che c'è in mezzo è un po' irrilevante», in quanto nell'implementazione di un piano di risultati conta il «senso profondo finale delle azioni che le amministrazioni devono mettere in piedi per ottenere quel risultato».

[118] Perplessità esplicitate anche dalla posizione espressa dalla Conferenza delle regioni il 9 febbraio 2022 nel corso di un'audizione dinanzi alla Commissione Bilancio della Camera dei Deputati, laddove si segnala, tra l'altro, lo scarso coinvolgimento di regioni e altri enti territoriali nelle sedute

declinazione del principio di sussidiarietà verticale volta a superare la dialettica tra enti tradisca gli obiettivi assunti[119].

L'efficacia delle prescrizioni contenute nel PNRR non è garantita del resto da astratte enunciazioni di principio, ma si fonda sul diritto positivo; e impone di ricordare che il buon andamento dell'amministrazione reclama, più che un impiego frettoloso delle risorse finanziarie a disposizione[120], una regolazione dell'esercizio delle competenze adeguata alle esigenze del territorio e del corpo sociale[121].

Questo è (*recte:* dovrebbe essere) il senso ultimo degli sforzi di semplificazione e avvicinamento delle funzioni attuative agli interessi in gioco; collegare il modo di essere dell'azione amministrativa agli elementi fondamentali della vita in comunità, il territorio e il corpo sociale, rivitalizzando, come il Piano auspica, le istituzioni politiche, amministrative e sociali.

della Cabina di regia e dei Comitati interministeriali per la digitalizzazione e per la transizione ecologica. Né si ha notizia - lo ricorda M. CECCHETTI, *op. ult. cit.,* 302 – di «qualche significativo funzionamento del *Nucleo PNRR Stato-Regioni,* istituito dall'art. 33 del D. L. n. 152/2021», mentre risultano istituiti, presso il *Dipartimento per gli affari regionali,* tavoli tecnici di confronto settoriali (sempre sulla base dell'art. 33) «di cui il Nucleo dovrebbe occuparsi di curare l'istruttoria».

[119] È la prospettazione di P. CARPENTIERI, *Paesaggio, ambiente e transizione ecologica,* in *Giustizia insieme,* in *www.giustiziainsieme.it,* 26.

[120] Di recente, con riguardo all'ipotesi di revisione dei contenuti del Piano, Tito Boeri e Roberto Perotti, *Il tabu del Pnrr, La Repubblica,* 23 settembre 2022, 43, osservano: «Il risultato sarà in molti casi, "spendere perché ci sono i soldi da impiegare in fretta" e non "spendere perché servono davvero», privilegiando oltre tutto il gigantismo di alcuni progetti (su cui risulta possibile concentrare molte risorse), a dispetto di tanti, necessari interventi localizzati.

[121] Sulla redistribuzione delle competenze alla luce della necessaria integrazione tra programmazione economica e pianificazione territoriale, ampiamente, G. ABBAMONTE, *Programmazione economica e pianificazione territoriale,* in *Enciclopedia del diritto,* Agg. II, Giuffré, Milano 1998, 796 ss., 797.

LA PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI TRA ATTUAZIONE DELL'INDIRIZZO POLITICO E FUNZIONI DI COORDINAMENTO*

ROBERTO CHIEPPA**

Abstract

The essay deals with the role of the Italian Presidency of the Council of Ministers between implementation of political direction and coordination functions. The topic is approached from both a historical-temporal and a systematic point of view.

Suggerimento di citazione

R. CHIEPPA, *La Presidenza del Consiglio dei Ministri tra attuazione dell'indirizzo politico e funzioni di coordinamento*, in *Osservatorio sulle fonti,* n. 3/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al Convegno dal titolo *Emergenza pandemica e forma di governo: la verticalizzazione del potere tra tendenze sistemiche e discontinuità* svoltosi a Roma il 18 ottobre 2021.

** Presidente di Sezione del Consiglio di Stato, già Segretario Generale della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Contributo pubblicato ai sensi dell'art. 5 del Regolamento per la valutazione scientifica dei contributi proposti alla *Rivista*.

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 3/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

Ringrazio gli organizzatori e l'Università per l'invito.

Io sono chiamato a svolgere una relazione sul ruolo della Presidenza del Consiglio dei Ministri tra attuazione dell'indirizzo politico e funzioni di coordinamento. Io penso che il ruolo della Presidenza del Consiglio dei Ministri vada trattato da un punto di vista sia storico-temporale sia sistematico.

Sotto il profilo storico temporale, ricordare velocemente qual è stato il percorso che ha portato all'attuale Presidenza del Consiglio dei Ministri mette in risalto come alcune delle questioni di cui si dibatte oggi erano questioni di cui si dibatteva anche ante Costituzione. Già al tempo, ci si interrogava sull'opportunità di dotare il Presidente del Consiglio dei Ministri di una struttura a suo supporto, su quale tipo di struttura dovesse essere, e sul rapporto tra la Presidenza del Consiglio dei Ministri e i vari Ministeri. La cornice di tutto questo ovviamente era il rapporto tra l'indirizzo politico e la gestione amministrativa.

Nell'Italia pre-costituzionale i decreti che trattarono quest'argomento furono diversi e senza dilungarsi in una compiuta ricostruzione storica, può essere utile ricordare che sin dal 1867 il decreto Ricasoli, quasi subito abrogato, rimetteva a un regolamento l'organizzazione della Presidenza; che poi nel 1876, il decreto Depretis affidò alla Presidenza e al Presidente il ruolo di mantenere l'unità dell'intero indirizzo politico e amministrativo di tutti i Ministeri e di curare l'adempimento degli impegni presi dal governo. Il Presidente del Consiglio poteva anche sospendere la proposta di decreto avanzata da un Ministro per la "firma reale" e "richiedere schiarimenti e deferirne l'esame al Consiglio dei Ministri".

Quindi, questo forse già allora era un primo passo avanti verso una trasformazione del Presidente e della Presidenza del Consiglio dei Ministri verso un ruolo di "regista" dell'indirizzo politico. Il deferimento in ultima istanza al Consiglio dei Ministri, qualcosa che compare oltre cent'anni fa nel decreto Depretis, è di grande attualità, perché abbiamo visto come nella definizione della *governance* del PNRR, alla fine l'ultima istanza, sia per superare i dissensi, sia per esercitare rinnovati e ampliati poteri sostitutivi, è proprio la devoluzione delle questioni al Consiglio dei Ministri, come avviene in via ordinaria in relazione ad alcuni esiti della Conferenza di Servizi.

In quegli anni si arenò l'idea, che fu comunque dibattuta, di istituire un vero e proprio Ministero della Presidenza, un super-Ministero a supporto del Presidente del Consiglio dei Ministri e si adottarono delle soluzioni molto snelle. Nel 1887 il decreto Crispi costituì una segreteria della Presidenza del Consiglio dei Ministri con alcuni ruoli, ma era qualcosa di molto snello. Però si ampliavano quelle funzioni di soluzione dei conflitti. Il decreto Zanardelli del 1901 (che indicava tra le materie da sottoporre al Consiglio dei ministri anche "la risoluzione dei conflitti di competenza fra i diversi Ministeri") un

po' riecheggia quello che oggi può essere devoluto al Consiglio dei Ministri anche in via ordinaria.

Durante il periodo fascista la discussione s'incentrò più che altro sulle attribuzioni del Presidente del Consiglio, Capo del Governo, ed emersero le ragioni di quella che era l'idea formulata da Depretis, ma ormai naufragata, di questo super-Ministero della Presidenza. Ho fatto cenno a questa ricostruzione storica per evidenziare come già emergeva forse quello che possiamo definire il "dilemma della Presidenza", cioè la tensione tra opposte istanze: da un lato verso l'ampliamento delle funzioni della Presidenza, dall'altro invece a sostegno di uno snellimento, per mantenere quel ruolo di mero "regista" in capo alla Presidenza.

Negli anni immediatamente precedenti all'adozione della nostra carta costituzionale, furono potenziate le funzioni di coordinamento sia in ambito legislativo (è del 1944 l'istituzione dell'Ufficio di studi e legislazione), sia in ambito amministrativo. Calamandrei ha sempre osservato come la nostra Costituzione è – aggiungo giustamente, parca di parole in molti ambiti; sicuramente lo è anche per il Presidente e la Presidenza del Consiglio dei Ministri, trattati dagli articoli da 92 a 95. Ma è nell'articolo 95 della Costituzione che vi sono i tre commi che più ci interessano. Il governo non è ovviamente completamente libero nei fini, ma svolge una funzione di esecuzione di una volontà più alta che si forma in parlamento e infatti dal parlamento deve avere la fiducia. Nell'articolo 95 sono presenti sia il principio monocratico, quello del Presidente del Consiglio, sia il principio collegiale nella unità di indirizzo politico e di coordinamento dell'attività dei Ministri, sia il principio dell'autonomia ministeriale (il secondo comma ci ricorda che i Ministri sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei Ministri e individualmente degli atti dei loro dicasteri).

L'articolo 95 affida un ruolo anche alla Presidenza, stabilendo che la legge provvede all'ordinamento della Presidenza e determina il numero, le attribuzioni e l'organizzazione dei Ministeri.

Quindi, il concetto di coordinamento abbraccia sia una funzione di coordinamento politico che di coordinamento amministrativo, com'era anche emerso, come ho detto, prima della Costituzione, e questa è una novità dell'articolo 95: il fatto cioè non solo di coordinare ma anche di promuovere l'attività dei Ministeri è qualcosa di nuovo, è un potere di stimolo, d'impulso, di sollecitazione che riconosce al Presidente un ruolo qualitativamente diverso rispetto ai Ministri. E forse anche qua riecheggia qualcosa che troviamo nella struttura della *governance* del PNRR, ancora più marcatamente: questa possibilità di impulso da parte del Presidente e della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Dalla lettura dei lavori preparatori in sede costituente emerge la consapevolezza di chi sosteneva l'importanza di dotare il Presidente del Consiglio dei Ministri di una struttura di supporto che gli consentisse l'esercizio di quel ruolo di coordinamento.

Veniamo ai giorni d'oggi: e all'attuale Presidenza del Consiglio: si è via via costruita questa struttura di supporto, resa autonoma anche dai Ministeri. In fondo era partita da un contesto quasi all'ombra di altre strutture ministeriali: pensate che fino al 1961 la sede era presso il Ministero dell'Interno, dove erano collocati gli uffici della Presidenza. Via via è iniziata a crescere dal punto di vista dimensionale: i dipendenti nel 1960 erano 300 (oggi 300 sono i dirigenti della Presidenza), nel 1980 superavano gli 800, oggi abbiamo più di 3000 dipendenti con oltre 300 dirigenti. Siamo molto lontani dai tempi dei numeri del decreto Crispi che aveva costruito quella struttura molto snella.

L'ordinamento della Presidenza voluto dalla nostra Costituzione nel terzo comma dell'articolo 95 trova luce solo con la legge 400 del 1988 che dettaglia i poteri del governo, le attribuzioni del Presidente del Consiglio, disciplina l'organizzazione delle funzioni della Presidenza creando anche nuove sedi di concertazione istituzionale come la Conferenza Stato-Regioni e nuove figure come quella del Segretario Generale, ruolo da me ricoperto; alla Presidenza è demandato il compito non solo di curare gli adempimenti e predisporre gli atti necessari alla formulazione del coordinamento delle iniziative legislative, ma anche di predisporre elementi necessari alla soluzione di questioni amministrative che riguardano più Ministeri, quindi svolgere quel ruolo di coordinamento amministrativo.

E' una legge che mantiene un'architettura per dipartimenti estesa, che forse non razionalizza fino in fondo il sistema perché non spoglia la Presidenza di alcune funzioni di cui forse si può dubitare che debbano essere proprie della Presidenza. Un disegno più organico è quello del decreto legislativo 303 del 1999, quindi a distanza di 10 anni dalla legge 400, in cui si cerca di potenziare le autonome funzioni di impulso, di promozione, di indirizzo e coordinamento del Presidente del Consiglio dei Ministri e si dà un'autonomia organizzativa regolamentare e finanziaria, che non è di poco conto ed è finalizzata all'esercizio di quelle funzioni.

E allora qua si oscilla tra questa maggiore e minore flessibilità riconosciuta alla Presidenza per autodeterminare il proprio ordinamento e soprattutto tra il maggiore o minor numero di competenze che vengono via via attribuite alla Presidenza. Il numero di dipartimenti, di strutture di vario tipo (ai dipartimenti, agli uffici, che sono uffici permanenti, si affiancano le strutture di missione che sono temporanee) è variato nel corso del tempo; è variato l'organigramma attuale della Presidenza: a una serie di dipartimenti ed uffici che sono all'interno del segretariato generale se ne sono aggiunti molti altri che sono

sotto autorità politiche, sapendo che tutto questo è tutta una costruzione a geometria variabile che cambia con ogni nuovo governo. Cambia cioè l'istituzione di Ministri senza portafoglio che ovviamente non è delimitata, come sapete, dal legislatore e quindi anche quali degli uffici e dipartimenti della Presidenza restano sotto il Segretariato o sono sottoposti a un'autorità politica cambia ad ogni cambio di governo.

Ci si può chiedere se, rispetto al dilemma iniziale della Presidenza, la legge 400, il decreto legislativo 303 ed i successivi decreti attuativi abbiano trovato la giusta misura delle attribuzioni della Presidenza in modo da renderla effettivamente rispondente alle esigenze di indirizzo e coordinamento delineate dall'articolo 95 della Costituzione e quindi non troppo distante da quel modello e abbiano evitato invece la dispersione di energie e di risorse.

Forse non siamo ancora arrivati a quel modello così razionale a cui si pensava e su cui si era dibattuto. Ho fatto riferimento prima alle strutture di missione temporanee: per esempio all'interno del dipartimento delle Politiche europee c'è una struttura di missione che riguarda il contenzioso relativo alle procedure di infrazione, che è una competenza ordinaria ma che è gestita nelle forme della struttura di missione, quindi nelle forme straordinarie temporanee, da oltre 10 anni.

Allora forse resta attuale quell'esigenza di snellire l'apparato burocratico e gestionale della Presidenza e di restituire al Presidente la vera cabina di regia della politica governativa, come peraltro spesso fatto dal governo Draghi.

In fondo Sandulli affermava che la Costituzione vuole che la Presidenza non venga onerata di compiti e strutture che sono più proprie dei Ministeri. E in questo senso molti degli interventi del legislatore, o anche interventi di rango secondario, sono andati in direzione diversa, nel senso che l'aspirazione di restituire al Presidente del Consiglio un ruolo agile, unificante della politica generale di governo, ne è uscita un po' compromessa e limitata dalla attribuzione di funzioni che forse potrebbero stare altrove presso singoli Ministeri, anziché presso Presidenza, (il Prof. Luciani oggi con noi ha più volte sostenuto questi argomenti).

Ora io non intendo sostenere la necessità di una separazione netta tra tutto quello che è coordinamento e quello che è anche gestione. Sicuramente la Presidenza si dovrebbe organizzare secondo il modello dello staff e questo comporterebbe - come ha sostenuto il Prof. Luciani – il passaggio di molte delle competenze oggi attribuite alla Presidenza, forse di interi dipartimenti, ad altri Ministeri; però penso che in alcuni casi l'attribuzione di alcune competenze gestionali alla Presidenza possa essere funzionale al ruolo attribuito dall'art. 95 della Costituzione. Faccio un esempio: è stato istituito da qualche anno, durante il mio incarico di Segretario Generale, il dipartimento per l'Innovazione tecnologica e la trasformazione digitale, che c'era stato vent'anni fa

e che poi era stato abbandonato come idea. Io penso che quel dipartimento, pur essendo un dipartimento con funzioni di gestione, risponda all'idea di un ruolo di coordinamento della Presidenza in uno degli obiettivi più complicati di questo periodo storico, cioè, la trasformazione digitale e l'innovazione del Paese, perché forse i fatti hanno dimostrato che lasciare queste competenze sparpagliate nei vari ministeri non ha premiato. Quindi, limitato anche ad un determinato periodo storico, tanto più con il PNRR che fa dell'innovazione digitale uno degli architravi del piano, il fatto di avere un nucleo centrale all'interno della Presidenza che guidi questo processo costituisce un fattore positivo. Ora non voglio fare esempi opposti di altri dipartimenti e uffici: se il Prof. Luciani mi consente, rinvio ai suoi scritti, così non ho l'imbarazzo di indicare quali sono gli uffici che attualmente sono sotto la Presidenza e potrebbero invece essere allocati altrove[1].

Rispetto a questo, qual è l'altro snodo che ha riguardato il ruolo della Presidenza durante questi anni?

È quello dei rapporti tra la Presidenza del Consiglio ed il Ministero dell'Economia e delle Finanze, in particolare con la Ragioneria Generale dello Stato. Rapporto che a volte è stato conflittuale e che ha posto sempre il dilemma di fino a quanto il ruolo di coordinamento della Presidenza si dovesse spingere rispetto ad un'autonomia nella gestione delle risorse contabili, riconosciuta alla Ragioneria Generale dello Stato, collocata all'interno di un Ministero importante come il Ministero dell'Economia e delle Finanze e presso cui vengono in questo modo concentrate la maggior parte delle risorse informative, rilevanti per le decisioni di spesa rispetto alle quali il Presidente del Consiglio resta tuttavia responsabile ultimo ai sensi dell'art. 95 della Costituzione.

Tra le molte soluzioni proposte nel corso degli anni (dal trasferimento della Ragioneria presso la Presidenza del Consiglio alla limitazione delle funzioni della Ragioneria) è condivisibile quanto sostenuto dal prof. Luciani circa il fatto che sia preferibile rafforzare presso la Presidenza del Consiglio le funzioni di raccolta e valutazione delle informazioni rilevanti per le decisioni di spesa senza intaccare l'attuale ruolo della Ragioneria generale dello Stato (fermo restando che tale ruolo debba restare, come previsto dalla normativa vigente, nell'ambito degli effetti dei vari provvedimenti sulla spesa e sulle finanze pubbliche, senza esorbitare in valutazioni di merito sul contenuto dei provvedimenti "da bollinare" non collegate ai suddetti profili).

In tutto ha assunto rilevanza – è stato forse ricordato poco fa - il modo in cui nei diversi periodi storici i Presidenti del Consiglio hanno interpretato il

[1] M. LUCIANI, *La riforma della Presidenza del Consiglio (e dei Ministeri)*, in *Riv. trim. di Diritto Amministrativo*, 3/2016.

proprio ruolo, che è cambiato anche a seconda di come sono cambiate le fasi storiche della nostra Repubblica; dalla regola convenzionale secondo cui il Presidente del Consiglio non dovesse essere il Segretario del partito di maggioranza, siamo passati alla svolta bipolare con l'unificazione del ruolo di Presidente del Consiglio e di leader della coalizione vittoriosa, alla formazione di governi tecnici con Presidenti tecnici, per poi tornare a Presidenti del Consiglio mediatori tra i partiti.

Sicuramente il ruolo del Presidente del Consiglio dei Ministri negli organismi sovranazionali, primo fra tutti l'Unione Europea, ma anche negli altri organismi sovranazionali, ha contribuito a potenziare quella che nel titolo del convegno viene definita la "verticalizzazione del potere", perché il Presidente del consiglio, come rappresentante del nostro Paese, è stato chiamato in questi anni a fare scelte importanti nelle sedi europee e internazionali.

Va aggiunto che a volte la mediazione è entrata all'interno della Presidenza, con un cambiamento in alcuni governi del ruolo del Sottosegretario della Presidenza del Consiglio: non più braccio esecutivo del Presidente, ma contraltare politico in una logica di mediazione.

Io penso che questo ha indebolito la Presidenza dall'interno, non potendo in alcuni governi, anche recenti, contare sull'unità d'intenti tra Presidente del Consiglio e Sottosegretario, e quindi se non c'è unità all'interno si fa fatica a svolgere quel ruolo all'esterno, come impone l'articolo 95 della Costituzione, a cui in alcuni periodi si sono aggiunte le difficoltà nei rapporti con il MEF e la Ragioneria Generale dello Stato.

Allora, venendo proprio all'attualità penso che oggi l'Italia abbia un'occasione formidabile in primo luogo per rimettere la Presidenza del Consiglio dei Ministri sui corretti binari dell'art. 95 della Costituzione. Perché dico che abbiamo quest'occasione? Per una serie di ragioni: perché il Presidente del Consiglio dei Ministri è Mario Draghi, che non è un politico ma non è neanche un vero tecnico, soprattutto non è un mediatore, è un Presidente del Consiglio che all'esito dell'attività di coordinamento fa la sintesi, decide, assumendosi la responsabilità di mantenere l'unità di indirizzo politico oltre che amministrativo. Perché il ruolo di Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio è tornato ad essere quello naturale di primo collaboratore del Presidente, ma anche perché questo coincide con un'unità d'intenti con il Ministero dell'Economia e delle Finanze che forse non era mai stata registrata negli ultimi decenni.

Ecco perché abbiamo questa occasione storica; poi a questo si aggiunge che l'Unione Europea, che ha faticato a gestire in maniera unitaria la gestione sanitaria della pandemia, ha recuperato un ruolo primario con il *next generation EU*, con i piani nazionali di ripresa e resilienza.

Io penso che il PNRR costituisca il banco di prova per dare alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, nel corso dei prossimi anni, quel ruolo che il legislatore costituente aveva disegnato e che forse non è stato attuato in modo pieno. Le attuali cabine di regia politiche-amministrative sono un esempio; il rafforzamento dei meccanismi di superamento dei dissensi e di esercizio dei poteri sostitutivi che sono disciplinati per il PNRR dal d.l. n. 77 del 2021 costituiscono un altro esempio; e costituisce un altro esempio ancora quest'impulso continuo all'attività dei Ministri che si svolge sia nelle cabine di regia ordinarie sia nella cabina di regia delineata sempre dalla *governance* del PNRR dal d.l. n. 77 per l'attuazione del piano. In più c'è un ruolo di monitoraggio incardinato alla Presidenza anche autonomo rispetto a quello del Ministero dell'Economie e delle Finanze; quindi c'è l'occasione di utilizzare in via sperimentale per il PNRR un qualcosa che forse è una delle soluzioni che erano anche state prospettate per dare una soluzione al "conflitto" – se così lo vogliamo chiamare – che a volte c'è stato nel passato tra Presidenza e Ragioneria Generale dello Stato.

Per questo dico che è un'occasione storica.

Quest'occasione va colta e sarebbe un errore pensare di coglierla limitandosi a delineare i meccanismi di *governance* del PNRR , che anch'io ho contribuito a scrivere; quello che invece conterà è che questi meccanismi funzionino, che poi i dissensi vengano superati e vengano superati celermente, che i poteri sostitutivi, quando serve, anche se solo come *extrema* ratio, vengano esercitati; perché per superare in concreto i dissensi e far funzionare meccanismi sostitutivi, non basta delinearli sulla carta e scriverli nel miglior modo anche dal punto di vista normativo, ma poi devono essere implementati dal punto di vista pratico. Il meccanismo della conferenza di servizi e del superamento dei dissensi è stato utilizzato nel corso di questi anni ma ha funzionato poco e spesso decine di procedimenti si sono fermati sull'uscio del Consiglio dei Ministri, con procedimenti durati anni solo per decidere se doveva prevalere la posizione dell'Ambiente o dei Beni culturali – per fare gli esempi che più tradizionalmente ricorrono – su decine di progetti peraltro relativi all'energia rinnovabile che attiene alla transizione ecologica, che insieme all'innovazione digitale costituisce un altro dei pilastri del PNRR.

Quindi, se noi siamo in questa situazione per procedimenti *ante* PNRR, se vogliamo raggiungere gli obiettivi del piano, è necessario un cambio di passo; un cambio di passo che parta anche dai dettagli operativi e non solo dalla disciplina astratta che tutti noi siamo bravi a commentare nei convegni e in queste occasioni.

Bisognerà cercare quindi di utilizzare questi anni per rimettere il Paese sui binari dell'ordinarietà e far diventare ordinario quello che si pensa possa essere solo straordinario; cioè le criticità che emergeranno nell'attuazione del

PNRR dovranno essere superate sì grazie ai poteri eccezionali di deroga, poteri sostitutivi messi a disposizione dall'ordinamento, ma dovranno essere utilizzate per trasformare l'ordinamento in modo che non servano più né poteri eccezionali obbligatori né commissari per fare le cose.

E' qui oggi con noi il Prof. Nicola Lupo che è stato chiamato a coordinare proprio quell'unità delineata nella *governance* del PNRR che dovrebbe avere anche lo scopo di trarre dalla straordinarietà del PNRR quegli elementi da poter essere messi a terra ed attuati in via ordinaria, con riforme che poi possano essere utilizzate a regime anche dopo l'attuazione del piano, in modo che l'Italia diventi un paese in cui sono sufficienti le regole ordinarie (magari "dimagrite" e sicuramente semplificate, rispetto alle attuali).

In conclusione, l'auspicio è che anche la Presidenza del Consiglio dei Ministri possa trarre da questa esperienza lo spunto per diventare più agile –più "magra" rispetto alla tendenza a creare sempre nuovi dipartimenti e uffici autonomi – e maggiormente corrispondente al disegno della nostra carta costituente.

La sfida è saper cogliere quest'occasione davvero irripetibile per varie ragioni e penso che tutti noi che abbiamo discusso, lavorato nei vari settori e ci siamo interrogati sul perché l'Italia a volte "non ce la fa" o in passato "non ce l'ha fatta", possiamo essere d'accordo che ora è il momento di dire "ora o mai più!".

EMERGENZA PANDEMICA E VERTICALIZZAZIONE DEL POTERE NELLA STRUTTURA DELL'ESECUTIVO. IL RUOLO DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO [*]

INES CIOLLI[**]

Sommario

1. La mancanza di una definizione univoca di potere Esecutivo. – 2. La massima concentrazione del minimo potere (politico) nel potere esecutivo. Trasformazioni e verticalizzazione del potere esecutivo. L'evoluzione della funzione di governo. – 3. L'evoluzione del ruolo del Presidente del Consiglio. – 4. Capo dello Stato e Presidente del Consiglio: una relazione dinamica in costante evoluzione. – 5. I governi della crisi pandemica: i due Governi Conte e il Governo Draghi. Osservazioni sparse.

Abstract

The "Presidente del Consiglio" since the time of the statute is the link between the individual power of the ministers and the collegial power of the council of ministers. He is endowed with his own powers, but his leadership is horizontal and not vertical: he coordinates, not imposes, or decides autonomously and discretionally. The pandemic and the implementation of the PNRR have provided an opportunity to verify the resilience of these horizontal powers when the figure of the president of the council has experienced its greatest media expansion; yet, in the writer's opinion, the thesis of a power that is identified with impulse and promotion has not been disproved. Today, in the presence of multiple horizontal relations between powers, this is the most modern and sophisticated form of power, made up of moral suasion and management of soft law sources. In other words, today more than ever, the constitutional dictate proves to be far-sighted and entrusts this highly refined form of power to the president of the council, while confirming the collegial decision-making power of the Council of ministers.

Suggerimento di citazione

I. CIOLLI, *Emergenza pandemica e verticalizzazione del potere nella struttura dell'Esecutivo. Il ruolo del Presidente del Consiglio*, in *Osservatorio sulle fonti,* n. 3/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[*] Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al Convegno dal titolo *Emergenza pandemica e forma di governo: la verticalizzazione del potere tra tendenze sistemiche e discontinuità* svoltosi a Roma il 18 ottobre 2021.

[**] Professoressa associata di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

Contatto: ines.ciolli@uniroma1.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 3/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

> In a constituted commonwealth, standing on its own basis and acting according to its own nature (i.e. acting for the preservation of the community), there can be only one supreme power, the legislative power, to which all the rest are and must be subordinate.
> J. Locke, *Second Treatise of Government*, Cap. XIII, sez. 149.

> …le Assemblee non fanno che segnare norme generali e proclamare massime; chi però le trapassa dal regno dell'astratto alla realtà del fatto è il potere Esecutivo.
> L. Minguzzi, *Governo di gabinetto e governo presidenziale*, II ed. Zanichelli, Bologna, 1886, p. 4

1. La mancanza di una definizione univoca di potere Esecutivo

Di un accentramento dei poteri in seno all'Esecutivo si parla costantemente negli ultimi decenni come di un fenomeno crescente e ormai inevitabile. Molti studiosi hanno evidenziato come questa tendenza sia in atto nella maggior parte delle democrazie contemporanee[1] e come le cause di tale fenomeno siano molteplici e riconducibili a più fattori, spesso concomitanti: la debolezza dei Parlamenti, il riprodursi ciclicamente di crisi ed emergenze, l'emersione e la predominanza della tecnica sulla politica[2]. Ognuna delle ipotesi menzionate ha trovato riscontri pratici e teorici ed è stata ampiamente documentata; eppure, una causa ultima che le ricomprenda tutte sembra non essere stata ancora rintracciata. Si può ipotizzare che risieda nella conformazione stessa del potere Esecutivo, elastico, fluido e non facilmente circoscrivibile e quindi più idoneo ad avocare a sé nuove competenze ed attività e a trasformare vecchie funzioni secondo le esigenze più attuali. A riprova di ciò potrebbe addursi l'assenza persino di una definizione univoca di potere Esecutivo. Effettivamente la dottrina non si è sufficientemente misurata con una almeno minima identificazione dell'ambito di competenza del potere Esecutivo e del Governo[3]. Lo stesso Locke, pur essendo tra coloro che hanno

[1] TH. POGUNTKE, P.WEBB (a cura di), *The Presidentialization of Politics: A Comparative Study of Modern Democracies*, Oxford, Oxford University Press, 2007; A. DI GIOVINE, A. MASTROMARINO, (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Giappichelli, Torino, 2007; F. MUSELLA, *Il Governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, Il Mulino, Bologna, 2019.

[2] Il tema è stato studiato sotto diversi profili, ma per un quadro complessivo si vedano le ricostruzioni contenute nel volume di G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Atti del Seminario Annuale di Como, 20 novembre 2015, Edizioni scientifiche, Napoli, 2016. Per un profilo storico del rapporto tra emergenze e centralizzazione delle decisioni, F. BENIGNO E L. SCUCCIMARRA, *Il governo dell'emergenza. Poteri straordinari e di guerra in Europa tra XVI e XX secolo.* Vella, Roma, 2007. Tra i molti lavori dedicati al Governo e allo stato emergenziale, si veda G. PRETEROSSI, *Senza freni. La de-costituzionalizzazione neoliberale*, in *Teoria politica,* 2019, 31 e ss.

[3] Ha tentato una ricostruzione della distinzione tra *governo* e *Governo* M. LUCIANI, *La massima concentrazione del minimo potere*, in *Teoria politica*, 2015, 113 e ss. In questa sede la questione investe il diverso profilo della definizione rispetto alle funzioni del potere Esecutivo e rispetto al suo rapporto con il potere legislativo.

dedicato una maggiore attenzione al problema, si era concentrato soprattutto sulla separazione tra il potere legislativo e il potere Esecutivo e aveva constatato e dato conto di quanto esso sfuggisse a una precisa definizione[4]. L'assenza di quest'ultima è anche dovuta alla mancanza di una *conceptualization de la notion de gouvernment*[5] e questo ha avuto conseguenze anche sulla ripartizione di competenze tra potere Esecutivo e potere Legislativo, del tutto imprecisa per quel che attiene al primo[6].

In un quadro dai contorni così nebulosi, è difficile anche tracciare i profili della trasformazione del potere Esecutivo e individuare il momento esatto in cui si è manifestato come un *pouvoir gouvernant*, lontano da quel «*concept-fossil*» che lo relegava a una descrizione sommaria di un potere totalmente assertivo nei confronti del potere legislativo[7]. Già Maurice Hauriou aveva criticato quell'interpretazione, rintracciando in quella stessa attività di esecuzione della volontà della sovranità popolare (parlamentare) comunque un potere autonomo, che interviene in tutte le funzioni dello Stato e che non può tradursi in una mera subordinazione al potere legislativo[8]. Tutt'al contrario di ciò che aveva affermato Carré de Malberg, che aveva considerato l'Esecutivo alla stregua di un potere ancillare nei confronti del potere legislativo, che poteva perciò occupare solo uno spazio esiguo di autonomia da quest'ultimo, vista la centralità della legge[9]. Anche Michel Troper più di recente ha concordato sul fatto che la funzione di governo non si risolve in una esecuzione pedissequa della volontà degli altri poteri. La struttura fluida di tale potere è strumentale a un'attività poliedrica, capace di adattarsi ai diversi momenti storici[10]. Questa tesi di recente è stata condivisa anche da due studiosi anglosassoni, Paul Craig e Adam Tomkins, ai quali si deve il tentativo di definire in modo più preciso tale potere, che considerano «(the) political power that all

[4] J. LOCKE, *The Second Treatise of Government*, chaps. XII-XIII, secs. 147-58. Hanno insistito sulla mancanza di una definizione univoca di potere Esecutivo che coinvolge la storia e le istituzioni europee anche P. CRAIG, A. TOMSKIN, *Introduction*, IID., *The executive and public law. Power and accountability in Comparative perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2006, 5 che appunto riferiscono della comune lacuna: «The inadequacy of formal, constitutional definitions of executive power is a widely shared phenomenon», così. Sottolinea quanto sia difficile fornire una definizione di Governo anche F. MUSELLA, *Il Governo in Italia tra partiti e presidenti*, in ID., *Il Governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 11 e ss.

[5] P. AMSELECK, *Méthode phénomologique et théorie du droit*, LGDJ, Paris, 1964, 29.

[6] C. ROSITANO, *Recherche sur le concept de gouvernement*, Harmattan, Paris, 2016.

[7] P. JENSEL-MONGE, A. VIDAL, *Propos introductif*, in EAED. (a cura di), *Du pouvoir exécutif au pouvoir gouvernante. Refléxio sur la notion de pouvoir exécutif à partir de la V^e^ République,* Mare & Martin, Paris, 2019, 12.

[8] M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel,* Dalloz, Paris, ried. 2015 (1929), 380.

[9] R. CARRE DE MALBERG, *Contribution de la théorie générale de l'Etat,* (1920-22) Dalloz, Paris, 2006, 126.

[10] M. TROPER, *Les transformation du pouvoir exécutif: approche théorique*, in P. JENSEL-MONGE, A. VIDAL, *Du pouvoir exécutif au pouvoir gouvernant,* cit., 21.

those who embark on a career in politics dream of wielding. It is the power to set policy, to take action, and to implement the law. In the great theory of the separation of power (…) the preserve of the executive is to do. While the role of the legislative is to speak and that of the judiciary is to judge, government *acts*»[11]. Il passaggio dal *to do* al *to act* è testimoniato anche dall'estensione delle funzioni affidate all'Esecutivo, che si possono riassumere in quattro punti fondamentali: «1) setting legislative priorities; 2) implementing policy and legislation; 3) conducting foreign policy and defence, and 4) structurig and allocating the public budget»[12]. I due autori, tuttavia, sono ben consapevoli della non esaustività della enunciazione dell'elencazione che non può riassumere né le innumerevoli competenze sommerse del potere esecutivo, né la sua attitudine a espandersi e a permeare altre funzioni.

La complessità e la fluidità rispondono dunque al modo di essere del potere Esecutivo e alla sua connotazione proteiforme, questo di per sé spiega l'assenza di definizioni e di un concetto univoco che lo identifichi, che si riverberano perciò e sono in parte causa delle difficoltà di comprendere la sua evoluzione e il suo significato odierno secondo forme giuridiche che si elevino dalla mera prassi.

Le stesse Costituzioni non aiutano a delimitare il campo, si limitano a indicare quale siano le disposizioni che legittimano alcune funzioni dello stesso, ma le definizioni su cosa sia l'Esecutivo e quali siano le sue specifiche funzioni in realtà sono assai poco esplicite e a volte addirittura assenti[13]. Questa laconicità, unita a una evidente polisemia del termine Esecutivo, risponde anche all'esigenza di non inquadrarlo in uno schema rigoroso, vista la sua natura poliedrica, che è alla base dell'espansione del suo ruolo[14]; in altre parole, la sua duttilità è anche la chiave del suo successo, visto che permette una capacità di adattamento e una rapidità di risposte che altri organi costituzionali non possono garantire[15]. A ciò si aggiunga che nel contesto italiano si deve anche tenere conto della «natura debole e aperta» della Parte Seconda della Costituzione, che accentua la fluidità e che si estende anche agli altri organi costituzionali, tramutando il pregio di una adattabilità del testo alla prassi in un difetto, perché si porta all'estremo l'assenza di razionalizzazione della forma di governo, lasciandola immersa nei rapporti politici, finché questi

[11] P. CRAIG, A. TOMSKIN, *Introduction*, IID., *The executive and public law. Power and accountability in Comparative perspective*, cit., 1.

[12] *Ivi*, 14-15.

[13] Lo ricorda P. PASQUINO, *Il concetto di politico nella dottrina dello Stato della Germania di Weimar: Smend, Schmitt, Heller*, in *Filosofia politica*, 1987, 103 e ss. Il tema è stato ripreso anche da P. CRAIG, A. TOMKINS, *The Executive and Public Law: power and accountability in Comparative Perspective*, cit., 5 ss.

[14] M. TROPER, *Les transformation du pouvoir exécutif: approche théorique*, cit., 22 e ss.

[15] P. ROSANVALLON, *Le bon gouvernment*, Seuil, Paris, 2015, 11-15.

restano saldi[16]. Dal momento che i partiti politici hanno perso progressivamente la capacità di permeare la forma di governo e di svolgere una funzione di direzione della politica al di sopra della forma di governo e delle dinamiche tra organi costituzionali, la funzione esecutiva, capace di evolversi con maggiore rapidità, è emersa nei sistemi costituzionali contemporanei con particolare enfasi. Non più solamente in presenza di particolari condizioni quali le guerre e le emergenze, ma nella normale attività costituzionale, per questo si parla di definizione ampia, inclusiva e onnicomprensiva di "funzione di governo", che corrisponde al suo grado di espansione[17]. A quest'ultima corrisponderebbe, inoltre, una speculare restrizione degli organi che sono parte attiva della funzione di governo. Nelle diverse fasi della storia costituzionale l'accentramento si sarebbe, quindi, realizzato nel Consiglio di gabinetto, nelle cabine di regia o nel Presidente del Consiglio, magari coadiuvato dall'apparato della sua Presidenza, che concorre alle decisioni non sempre e non solo come apparato servente[18].

La centralizzazione delle decisioni è evidente, resta però da indagare una eventuale estrema verticalizzazione nella figura del solo Presidente del Consiglio e se essa rappresenti ormai una costante oppure sia legata a fattori esogeni e temporanei oppure sia solo apparente e frutto di una eccessiva esposizione mediatica della persona che incarna l'organo[19].

2. La massima concentrazione del minimo potere (politico) nel potere esecutivo. Trasformazioni e verticalizzazione del potere esecutivo. L'evoluzione della funzione di governo

Il quadro finora tracciato ha il solo scopo di dare conto sia dell'ambiguità del

[16] Lo ricorda R. CHERCHI, *Il Governo di coalizione in ambiente maggioritario*, Jovene, Napoli, 2016, 46, nota 80 che riporta la posizione di Amendola in Assemblea costituente, il quale riteneva del tutto superfluo adottare dei meccanismi di razionalizzazione della forma di governo, essendo stata affidata ai partiti politici una funzione di aggregazione della volontà politica della maggioranza, di per sé adeguata e idonea a mantenere una serie di accordi di natura politica e non giuridica volti a mantenere la stabilità dei governi. La natura debole e aperta degli accordi era già stata evidenziata da S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana,* Il Mulino, Bologna, 2004, 441 e ss.

[17] M. TROPER, *Les transformation di pouvoir exécutif: approche théorique*, cit., 27.

[18] Sulla imputazione della funzione governante sulle spalle del solo stato-apparato, senza tenere conto dell'apporto vitale dello stato-comunità e dei rapporti politici diffusi, consentendo che tale funzione gravi sul solo Governo si è soffermata E. OLIVITO, *Le inesauste ragion e gli stridenti paradossi della governabilità*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, 43 e ss. e G. DI COSIMO, *Sviluppi del governo parlamentare*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 50 e ss.

[19] Andrea Manzella parla, invece, di una «marcata emancipazione della presidenza del Consiglio dalla monarchia», che si sarebbe prospettata già con il decreto d'Azeglio n. 317 del 1850, così in ID., *Il presidente del governo* in *Rivista AIC*, 2021, 25. Condivide questa posizione di centralità del Presidente del Consiglio L. DELL'ATTI, *Elementi costituzionali dell'organo Presidente del Consiglio dei ministri. Un aggiornamento alla luce dell'esperienza dei governi Conte*, in *Rivista AIC*, 2021, 455 e ss.

campo nel quale ci si muove, sia del fatto che le ipostatizzazioni su una presunta verticalizzazione devono essere motivate, poiché la fluidità del tema e l'incerta delimitazione dell'Esecutivo richiedono una particolare attenzione nell'attestare una gerarchia all'interno di un potere che non possiede delle coordinate né certe, né stabili nel tempo perché chiamate ad adattarsi ai continui cambiamenti politici ed istituzionali.

Se, infatti, si tiene conto delle trasformazioni che si sono susseguite negli ultimi trent'anni, della progressiva riduzione del potere giuridicamente vincolante in favore di un potere diffuso, come pure di una espansione della *soft law* che non riguarda solo il sistema delle fonti, ma coinvolge tutta un'attività informale che potremmo definire di *moral suasion*, si comprende come queste caratteristiche possano meglio essere governate dalle più flessibili istituzioni sovranazionali e internazionali e come questo comporti da una parte una estensione delle funzioni di governo intese in senso ampio e dall'altra, però, come si restringa contemporaneamente il campo d'azione del Governo nazionale[20]. In altre parole, la trasformazione dell'intera funzione di governo nazionale consiste in una riduzione dell'attività politica intesa in senso classico, ovvero quella capace di generare fini e programmi, che coinvolge lo Stato comunità e che si esprime attraverso una vasta gamma di istituzioni, siano esse i sindacati, le associazioni, i partiti politici; e che coinvolge altresì lo Stato apparato che invece intercetta la volontà espressa di questi ultimi per elaborare la politica nazionale, poi la politica del governo e quella dell'indirizzo politico.

Tutta questa attività che costituiva il bacino di riferimento dell'azione di governo è ormai estremamente contenuta ed è a volte è affiancata, altre volte sostituita da forme diverse e più recenti di potere diffuso e non imputabile direttamente a istituzioni politiche, spesso meno visibile ed esercitato da soggetti assai disparati quali i *providers* digitali o i *social media,* capaci non più soltanto di influenzare i cittadini di più paesi, ma di esercitare direttamente forme di *suasion* assai incisive e spesso occulte. Si tratta di poteri privati e diffusi che non comportano alcuna forma di responsabilità politica come conseguenza delle loro azioni, per questo parte della dottrina li considera un passaggio che non potrà non approdare verso il nichilismo politico[21].

[20] G. AMATO, *Relazione generale (ricordando Alberto Predieri)*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 2001, *Il Governo*, Atti del XVI Convegno annuale dei costituzionalisti, Palermo 8-9-10 novembre 2001, Cedam, Padova, 2002, 165. L'A. fa riferimento a un indirizzo politico che si dispiega ormai anche attraverso fonti di *soft law* e mediante l'attività di *moral suasion* e che pertanto si realizza con maggiore efficacia nelle sedi inter-istituzionali quali le istituzioni europee, ove questi strumenti assumono una valenza centrale,

[21] Ne indica i tratti salienti e tratteggia con attenzione la condizione odierna, immersa in un nichilismo che porta con sé anche uno svilimento del Parlamento A. MORRONE, *Indirizzo politico e attività di governo. Tracce per un percorso di ricostruzione teorica*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, 22 e ss. L'A. parte però da premesse e da conclusioni non sempre condivisibili e che si possono

Un potere politico, dunque, che si trasforma e che non è più interamente intercettato dalle istituzioni politiche interne le quali, per contrastare la frammentazione e la dispersione del potere politico scelgono di accentrare la sede decisionale nel Governo in un estremo tentativo di ricomporre a livello statale un'unità del potere ormai perduta. Questa scelta di accentramento è al contempo una rinuncia a una deliberazione stabile e condivisa che solo la mediazione parlamentare dei conflitti può comportare[22]. Si tratta di una trasformazione anche storica e culturale paragonabile a quella alla quale si era assistito durante l'illuminismo e con la Rivoluzione francese quando il cosiddetto governo reggimento conosce una fase più evoluta, quella della progettazione[23]. È, però, negli anni più recenti di grande trasformazione della forma di governo parlamentare repubblicana che meglio si evidenzia il passaggio epocale. La crisi dei partiti, la trasformazione della rappresentanza politica e i rapporti stretti con le istituzioni comunitarie europee, il mito della decisione celere ed efficiente hanno impresso una torsione nei rapporti tra Parlamento e Governo a favore di quest'ultimo[24]. Questi sono i motivi che hanno portato a una mortificazione dell'attività parlamentare più di quanto non abbiano contribuito le vere o presunte condizioni emergenziali dovute alla crisi economico-finanziaria, a quella pandemica e alla guerra in Ucraina. Ciò spiega perché il sistema delle fonti non abbia conosciuto particolari stravolgimenti durante la pandemia; si trattava dell'unica occasione nella quale quell'uso precedentemente distorto della decretazione d'urgenza ha trovato una sua legittimazione nelle condizioni, stavolta effettive, di straordinarietà, necessità e urgenza[25].

riassumere nella necessità di «sbarazzarsi» completamente della nozione di indirizzo politico.

[22] Per tutti, E. OLIVITO, *Le inesauste ragion e gli stridenti paradossi della governabilità*, cit., 42 e ss.

[23] Ne parla diffusamente M. LUCIANI, *La massima concentrazione del minimo potere*, cit., 118.

[24] Non è consentito in questo contesto riassumere le più recenti trasformazioni della rappresentanza politica, si consenta di rinviare a I. CIOLLI, *La rappresentanza politica. Recenti trasformazioni di una categoria ineludibil*e, in *Lo Stato*, 2022, 129 e ss.

[25] Per una riflessione recente sulla tenuta del sistema delle fonti nei periodi emergenziali, I. A. NICOTRA, *Le tendenze della produzione normativa alla luce di pandemia, crisi economica, guerra e cambiamento climatico*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2022, 873 e ss. Per una riflessione sull'uso delle fonti in tempi di pandemia M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova della pandemia*, in Con*sulta Online*, 11 aprile 2020, 2 ss.

Quanto al corretto uso delle fonti in tempi di pandemia, vale la pena aggiungere che nel rapporto sull'attività svolta dal Comitato per la legislazione nella XVIII legislatura (6 novembre 2021 – 5 settembre 2022) si sottolineano le prassi anomale della cosiddetta "confluenza" fra decreti-legge e la "modifica esplicita" di decreti-legge ancora in corso di conversione ad opera di altri decreti-legge. Nelle Legislature precedenti l'uso di questi strumenti si presentava sporadicamente, la pandemia ha visto crescere in modo esponenziale il ricorso a queste procedure. Il Presidente della Repubblica si è pronunciato su questa prassi il 23 luglio 2021, inviando una lettera ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio dei ministri, volendo ricondurre il Governo e il Parlamento a "un ricorso più razionale e disciplinato alla decretazione d'urgenza" e rilevando che "la confluenza di un decreto-legge in un altro provvedimento d'urgenza, oltre a dover rispettare il requisito dell'omogeneità

Il ruolo dell'Unione europea è stato centrale in tema di accentramento del potere nell'esecutivo. Da un lato le istituzioni sovranazionali hanno eroso uno spazio interno decisionale, dall'altro, però, nel dialogo politico e giuridico tra istituzioni nazionali ed europee, l'indirizzo politico nazionale, seppur minimo, si è concentrato nelle mani dell'esecutivo[26]. Da una parte, l'art. 15 del Trattato dell'Unione ha conferito al Consiglio europeo un potere di impulso e di definizione degli orientamenti e delle priorità generali, che potrebbero ormai essere considerate alla stregua di un veri e proprio indirizzo politico europeo; dall'altra parte, la funzione di indirizzo politico interno risulta circoscritta dalle scelte europee, come accade ormai nell'ambito del bilancio, atto politico contenuto in una legge nazionale ma frutto di una concertazione stretta con la Commissione europea, che lascia un minimo margine di autonomia alle istituzioni nazionali, che proprio perché esiguo, si concentra nel Governo nazionale, costringendo il Parlamento a una mera ratifica del disegno di legge di bilancio, tranciando di netto la fase del dibattito parlamentare, ormai quasi inesistente anche a causa dei contingentamenti di tempo richiesti dal ciclo di bilancio[27].

Persino nell'applicazione della legge n. 234 del 2012, il raccordo tra il Governo e il Parlamento è nella prassi ridotto ai minimi termini. Per quanto quest'ultimo sia consultato prima dei Consigli europei, al fine di condividere le scelte politiche nazionali che il Presidente del Consiglio porterà in sede europea, si tratta, in verità, di un rispetto meramente formale della procedura, alla quale il Governo adempie in modo frettoloso e parziale, spesso fornendo indicazioni assai generiche, funzionali al mantenimento di una piena libertà di manovra in ambito europeo[28]. Del resto, le stesse istituzioni sovranazionali

di contenuto, dovrà verificarsi solo in casi eccezionali e con modalità tali da non pregiudicarne l'esame parlamentare".

[26] A. SCIORTINO, *PNNR e riflessi sulla forma di governo italiana. un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?*, in *Federalismi.it,* n. 18/2021.

[27] La Corte costituzionale, nell'ord. n. 17 del 2019 non aveva certo negato la compressione dei tempi di approvazione da parte del Parlamento (par.4.5 del *Considerato in diritto*): «i lavori sono avvenuti sotto la pressione del tempo dovuta alla lunga interlocuzione con le istituzioni europee », anche se il giudice costituzionale ha ritenuto ci si potesse accontentare di una discussione nelle fasi precedenti su testi confluiti almeno in parte nella versione finale. La questione si è posta nuovamente con l'ord. n. 60/2020 con esiti analoghi.

La sostanziale impossibilità delle Camere di discutere in tempi ragionevoli persino sulla legge di conversione dei decreti-legge, è stata alla base dei ricorsi presentati da parlamentari in merito al d.l. n. 135 del 2018, che aveva visto una seconda lettura alla Camera di una sola settimana e il ricorso presentato da un senatore, con riferimento alla conversione del decreto-legge n. 26 del 2020; il primo è stato dichiarato inammissibile con l'ord. n. 275 del 2019 e il secondo ha subito la stessa sorte con l'ord. n. 197 del 2020.

[28] Lo ricorda A. CONTIERI, *Presidente del consiglio e ruolo del parlamento: il mosaico dell'indirizzo politico (europeo)*, in M. D'AMICO, B. LIBERALI, A. PÉREZ MIRAS (a cura di), *Europa società aperta*,Vol. I., *Problemi attuali e prospettive future*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022,140-141. È

sono state oggetto a loro volta -a causa delle continue crisi emergenziali, compresa quella sanitaria - di un progressivo ed inesorabile accentramento dei poteri nel Consiglio europeo[29].

Anche l'irrompere della tecnica incide sull'accentramento del potere nel governo. È indubbio che le decisioni tecniche emergano con maggiore enfasi rispetto al passato, e che oggi si assiste invero alla formazione di decisioni nei quali è presente una commistione tra natura politica e natura tecnica che finisce per privilegiare la sede governativa, dotata di maggiori competenze tecniche[30].

Finora si è trattato dell'accentramento del potere nazionale nel Governo e in questo quadro così articolato è però il tempo di tracciare una *actio finium regundorum* all'interno dell'organo complesso Governo per comprendere il ruolo e le competenze che la Costituzione ha attribuito al Presidente del Consiglio e la sua evoluzione in tempi più recenti. Inserito in una dinamica che lo vede al centro di una continua tensione tra il momento collegiale rappresentato dal Consiglio dei ministri e quello dell'autonomia dei ministri nei rispettivi ministeri, rappresenta l'anello di congiunzione tra questi due modi di essere del potere esecutivo, che di per sé sono funzionali a un ruolo elastico della funzione governante, chiamata a dare una certa concretezza alle disposizioni generali e astratte del Parlamento.

Un recente articolo di Andrea Manzella rivela sin dal titolo, "Il Presidente del Governo", la sua interpretazione in merito al posto che il Presidente del Consiglio occupa nella compagine governativa e dà conto di come esso si sia progressivamente rafforzato, partendo peraltro da una tesi che ritiene quella centralità presente sin dalle prime disposizioni normative risalenti allo Statuto albertino[31]. Anche Sabino Cassese ha riflettuto sul tema tratteggiando un ruolo in crescendo del Presidente del consiglio, ma sottolineando anche la

stato evidenziato questo interessante punto da G. RIVOSECCHI, *I riflessi dell'Unione europea sul rapporto Governo-Parlamento e sull'organizzazione interna del Governo*, in R. IBRIDO, N. LUPO (a cura di), *Le dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Il Mulino, Bologna, 2018, 261 ss.; si veda, per un quadro generale della questione, N. LUPO, *I rapporti tra la Presidenza del Consiglio dei ministri e gli altri organi di rilevanza costituzionale*, in AA.VV., *La Presidenza del Consiglio dei ministri a trent'anni dalla legge n. 400 del 1988, Presidenza del Consiglio dei Ministri*, Roma, 2020, 51 ss.

[29] Lo ricorda E. CATELANI, *Presidente del Consiglio e Unione europea,* in L. TEDOLDI, *Il Presidente del Consiglio dei ministri dallo Stato liberale all'Unione europea*. Biblion, Bergamo, 2019, 438.

[30] Sul tema M. CUNIBERTI, *L'organizzazione del Governo tra tecnica e politica* in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, cit., 48 e ss. e A. SCIORTINO, *Il Governo tra tecnica e politica: le funzioni*, *Ivi*, 7 e ss. Alcuni autori parlano esplicitamente di tecnocrazia e di Governi tecnocratici, perché rintracciano nella tecnica un autonomo principio di organizzazione, così C. DE FIORES, *Tendenze sistemiche e aporie costituzionali dei governi tecnocratici in Italia, in Costituzionalismo.it, 2021, 36 e ss.* e M. VOLPI, *Tecnocrazia e crisi della democrazia,* in ID. (a cura di), *Governi tecnici e tecnici al Governo*, Giappichelli, Torino, 2017, 14.

[31] Decreto n. 66 del 1848.

fragilità di una centralità che si rafforza a scapito del Consiglio dei ministri, finendo così per indebolire il governo stesso; a meno che egli non decida di esercitare con convinzione un ruolo di mediazione e di *moral suasion*, più rispettoso del dettato costituzionale e in alcune occasioni anche più efficace rispetto alla ricerca di una posizione gerarchicamente superiore al resto della compagine governativa, che crea contrasti all'interno dello stesso organo[32]. Questa è sembrata anche l'interpretazione assunta da Giuliano Amato quando ha trattato il tema del rafforzamento dell'Esecutivo che, a suo avviso, non si traduce *sic et simpliciter* in una verticalizzazione in senso gerarchico, ma in un'attività di coordinamento e di raccordo che nel contesto attuale, intessuto di relazioni orizzontali, rappresenta la forma più sofisticata e moderna di intendere il potere[33]; il fatto stesso che il Presidente del Consiglio rappresenti oggi il crocevia di così tante sedi di potere, gli garantisce centralità e *leadership* nel senso appena indicato Tutto questo in effetti rientra nella sua funzione di direzione della politica del governo; la sua attività nelle istituzioni dell'Unione europea, nei consessi internazionali dove partecipano i soli Capi di Stato e di governo hanno accresciuto la sua centralità all'interno dell'esecutivo, che tuttavia è ancora in linea con il dettato costituzionale e con la posizione di *primus inter pares*[34].

È proprio nella stretta relazione con l'Europa, dalla quale riceve un "indiretto, ma sostanziale e fondamentale attestato di fiducia"[35] che si esercita la presunta verticalizzazione. Si è detto che la gran parte delle relazioni con l'Europa è ormai appannaggio del Governo, ma le fila dei rapporti con l'Unione sono tenuti dal Presidente del consiglio. Il Dipartimento per gli affari europei presso la Presidenza del consiglio ha subito una forte espansione e costituisce il riferimento tecnico politico molto più di quanto non lo sia il Ministero degli esteri; il comitato interministeriale per gli affari europei, che vede la partecipazione del Presidente del Consiglio con pochi altri ministri, è l'istituzione di coordinamento tra il governo nazionale e le istituzioni europee e la sua centralità, in concorrenza con quella del Consiglio dei ministri, è tale che è ormai considerato il vero organo di «indirizzo politico unitario»[36].

[32] S. CASSESE, *I Presidenti del Consiglio dei ministri nella storia repubblicana*, in S. CASSESE, A. MELLONI A. PAJNO (a cura di), *I Presidenti e la Presidenza del Consiglio dei ministri nell'Italia repubblicana,* Laterza, Roma-Bari, 2022, 31 e s.

[33] G. AMATO, *Relazione generale (ricordando Alberto Predieri)*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 2001, *Il Governo*, cit., 267.

[34] Sul punto la ricostruzione di G. PITRUZZELLA, *Art. 92-93*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione* Zanichelli, Roma-Bologna, 1994, 109-117.

[35] G. PITRUZZELLA, *Crisi economica e decisioni di governo*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, 29 e ss. e A. RUGGERI, *Art. 94 della Costituzione vivente: "Il Governo deve avere la fiducia dei mercati" (nota minima a commento della nascita del Governo Monti)*, in *Federalismi.it*, 23, 2021.

[36] La locuzione coniata di E. CATELANI, *Presidente del Consiglio e Unione europea,* cit., 446 è

Tutto sembrerebbe definire una centralità assoluta del "Presidente del governo", anche grazie al potenziamento della struttura della Presidenza del Consiglio che rafforza l'apparato tecnico e consente la formazione della decisione politica. Tuttavia, il Presidente non è del tutto autonomo nelle decisioni, poiché altrettanto rilevante è oggi la posizione di alcuni altri ministri, non necessariamente in linea con il Presidente, dato che nei governi di coalizione possono e devono coesistere posizioni politiche non sempre perfettamente sovrapponibili.

Le oscillazioni permangono a tutt'oggi, ed esistono prassi che sembrano legittimare la tesi di una effettiva torsione dell'indirizzo politico, imputato direttamente al Presidente del Consiglio; allo stesso tempo, in altre attività sembra emergere invece un ruolo di raccordo tra le diverse sensibilità presenti nel Governo, ruolo volto a far emergere una posizione unitaria in un governo, che spesso mantiene le caratteristiche di una multipolarità diseguale[37]. In tal caso, egli sembra meglio incarnare quella funzione di "promozione" e di impulso che la Costituzione gli attribuisce e che non contrasta con il ruolo di *pivot*, di centro che favorisce l'unità attraverso la composizione dei conflitti tra ministri[38]. In altre parole, la posizione attuale Presidente del Consiglio all'interno del Governo non prevede una sua autonomia e centralità a scapito degli altri organi, ma è volta a favorire la concertazione e la condivisione della politica generale del governo e la partecipazione collegiale alla formazione dell'indirizzo politico. Il Presidente partecipa alla funzione di governo promuovendola e concertandola, forte della sua autorità, della sua visibilità anche mediatica e della sua funzione di rappresentanza che svolge nei consessi nazionali e internazionali[39].

certamente espressiva e calzante; tuttavia, quelle decisioni per quanto formalmente per essere aderenti al dettato costituzionale, devono poi essere assunte e deliberate dal Consiglio dei ministri. Il Comitato interministeriale e la su composizione standard sono disciplinati dall'art. 2 della L. n. 234 del 2012.

[37] La felice espressione è di L. VENTURA, *Il Governo a multipolarità diseguale,* Giuffrè, Milano, 1988.

[38] Sulla funzione di "promozione", contenuta nell'art. 95 Cost. e che costituisce una novità rispetto alle funzioni che lo Statuto e i decreti successivi attribuivano al Presidente del Consiglio si è soffermato A. MANZELLA, *Il Presidente del Governo,* cit., 32, che sostiene: «È questo il termine chiave della indicazione di una supremazia di ruolo che non si fonda su una sommatoria di competenze maggiore di quelle dei singoli ministri e dello stesso Consiglio. Si fonda sulla qualità dei poteri azionabili: quasi una possibilità permanente di avocazione di ogni altra competenza dell'arcipelago governo, per romperne la passività e l'inerzia».

[39] Condivide questa diverso modo di intendere la centralità del Presidente del Consiglio, che non arriva a irrompere nell'indirizzo politico, riservato al Consiglio dei Ministri, S. TROILO, *La struttura del Governo*, in *Osservatorio sulle fonti,* 2019, 4. La tesi che vede il Presidente del Consiglio come un *primus inter pares,* sebbene dotato di poteri propri e di rilevanti funzioni di stimolo e di concertazione con gli altri due organi del Governo è condivisa da G. FERRARA, *Il Governo di coalizione*, Giuffrè, Milano, 1973 e A. RUGGERI, *Il Consiglio dei ministri nella Costituzione italiana*,

Per quanto sia evidente che in relazione agli altri organi costituzionali e allo stesso governo, come pure nei confronti delle istituzioni europee e internazionali, il ruolo del Presidente del Consiglio brilli ormai di luce propria e goda di un *surplus* politico rispetto al Consiglio dei ministri, si preferisce ricondurre questa centralità ancora nell'alveo della funzione di impulso e di promozione, in linea con l'art. 95 Cost.[40]. Gran parte della dottrina già citata ritiene invece che le condizioni politiche ed istituzionali dimostrino chiaramente come ci si trovi di fronte a un cambio di passo e a una trasformazione del ruolo del vertice di Palazzo Chigi, ormai slegato da quello del Consiglio dei ministri e dotato di piena autonomia. Considera pertanto il Presidente del Consiglio come autore di una quota consistente dell'indirizzo politico nazionale. In realtà, come proverò a spiegare, esistono diversi contrappesi che contrastano con la tesi dell'assoluta centralità sia sul piano interno, sia su quello internazionale. Trattandosi di rapporti ad alta densità politica, si assiste a prassi non ancora consolidate e spesso contrastanti che non possono fornire indicazioni certe, né regole o regolarità. Da una parte, infatti, non si può contestare il fenomeno dell' erosione del potere dei singoli ministri da parte del Presidente del Consiglio, ma dall'altra si deve osservare che si rafforza all'interno del Governo un dialogo privilegiato tra l'inquilino di Palazzo Chigi e alcuni ministri. Il risultato sembrerebbe quello di una costruzione di una diversa centralità, non più basata sul Consiglio dei ministri, ma su un comitato più ristretto di questo: si tratta però di tendenze e di fenomeni ancora i*n fieri*, che non consentono al momento una lettura critica. Vi sono altri fenomeni che testimoniano la presenza di un'oscillazione costante tra una centralità acquisita anche a spese di altri Ministri, avocando a sé il Presidente le loro competenze, che è però spesso temperata da una opposta oscillazione che vede il Consiglio dei ministri e/o alcuni Ministri di particolare calibro, tentare di opporsi alla assoluta primazia del Presidente riconducendolo nell'alveo del *primus inter pares.*

A questo proposito, se si assiste a una evidente erosione delle competenze del ministro degli esteri da parte del Presidente del consiglio, che avoca a sé tutta la materia riguardante le questioni europee, la materia dell'esecuzione delle sentenze dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la presenza ai vertici

Giuffrè, Milano, 1981, M. CARDUCCI, *L'accordo di coalizione*, Cedam, Padova, 1989 e, se si vuole, anche I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il Presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*, Jovene, Napoli, 2018.

[40] E. CATELANI, *Presidente del Consiglio e Unione europea,* cit., 431 e ss. N. LUPO, *Gli interlocutori europei nel processo di integrazione europea e nei meccanismi di governo dell'Unione*, in S. CASSESE A. MELLONI, A. PAJNO (a cura di), *I Presidenti e la Presidenza del Consiglio dei ministri nell'Italia repubblicana*, cit., 2213 e ss. e ID, *Il Governo Settant'anni dopo*, in *Rivista AIC*, 2018, 150 e ss. E in chiave più generale e critica, C. PINELLI, *Il doppio cappello dei Governi fra Stati e Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 639 e ss.

internazionali di maggior prestigio; dall'altra la sua *leadership* si deve contemperare di volta in volta e a seconda delle circostanze con altri ministri. Il contrasto può sempre sorgere con il Ministro degli interni in tema di accoglienza dei migranti o con il Ministro della salute come è accaduto durante la pandemia. In caso di contrasti non necessariamente prevale la volontà del Presidente del Consiglio, perché la composizione dei contrasti in merito al contenuto della politica generale del Governo spetta, come la Carta costituzionale prescrive, al Consiglio dei ministri.

3. L'evoluzione del ruolo del Presidente del Consiglio

Sebbene la Carta del 1848 non contenga alcun riferimento al Presidente del Consiglio e al Consiglio dei ministri, alcuni decreti successivi hanno contribuito a far emergere questa figura e hanno altresì provveduto a "integrare" il testo costituzionale, come di recente ha ricordato Andrea Manzella[41]. A dire il vero, nel marzo 1848, già al momento della formazione del Governo Balbo, si definì quest'ultimo Presidente del consiglio, ma all'appellativo in realtà non fece seguito alcuna specifica indicazione di funzioni o di ruolo diversificati rispetto al resto del Governo[42]. I decreti che si sono succeduti nel tempo spostarono di poco l'asse in favore del vertice di Palazzo Chigi e l'oscillazione si compì tra un ruolo di mera rappresentanza formale e uno di coordinamento minimo tra i ministri o[43]. Del resto, l'oscillazione poteva avvenire tra un ruolo quasi inesistente e un ruolo minimo assegnato al Presidente del Consiglio, dato che nello Statuto il re rappresentava il *deus ex machina* del potere esecutivo[44], come si evince dagli artt. 65 e l'art. 67 della Carta del 1848, che riconosceva tutt'al più una responsabilità (minima) ai singoli ministri.

[41] A. MANZELLA, *Il Presidente del Governo,* in *Rivista AIC*, 2021, 25. Molti storici convengono però che la mancanza di un riferimento al Presidente del Consiglio nello Statuto era dovuta al fatto che al momento della concessione della Carta il re godeva ancora di un potere assoluto e il governo rappresentava solo una sua proiezione. Così anche G. MELIS, *Per una storia istituzionale della presidenza del Consiglio dei ministri*, in S. CASSESE A. MELLONI, A. PAJNO (a cura di), *I Presidenti e la Presidenza del Consiglio dei ministri nell'Italia repubblicana*, cit., 1349 e s.

[42] Gazzetta Piemontese del 18 marzo 1848 che riporta la risoluzione sovrana con la quale si dà seguito alla formazione del governo del Conte Cesare Balbo, per il quale si utilizza per la prima volta l'appellativo di Presidente del Consiglio dei ministri.

[43] Per una ricostruzione della storia dei decreti e dell'organizzazione interna al governo nel periodo statutario, si veda V. CERULLI IRELLI, *Qualche spunto sulla posizione della Presidenza del Consiglio dei ministri nell'assetto organizzativo del Governo* in *La Presidenza del Consiglio dei ministri a Trent'anni dalla legge n. 400 del 1988*, a cura della Presidenza del Consiglio, Roma, 2020, 38 e ss. I decreti che si sono susseguiti durante lo Statuto albertino sono: il decreto D'Azeglio, Regio decreto n. 1122 del 1850; il decreto Ricasoli, Regio decreto n. 3629 del 1867; il decreto De Pretis, Regio decreto n. 3289 del 1876; il decreto Zanardelli, Regio decreto n. 466 del 1901.

[44] Anche se G. MELIS ricorda l'intermezzo di Cavour che, seppur per pochi mesi, rivestì il ruolo di un vero Capo di governo, in ID., *Per una storia istituzionale della presidenza del Consiglio dei ministri, cit., 1350.*

Successivamente il decreto Zanardelli portava a compimento un'organizzazione collegiale del Governo, ormai autonomo dal monarca e consolidatosi in via di prassi[45].

L'unica esperienza storica che vede al centro dell'Esecutivo una istituzione monocratica, titolare del potere dell'indirizzo politico, è quella del periodo fascista, quando con la legge n. 3352 del 1925 si assiste a un anomalo accentramento i poteri nel Capo del Governo, Primo Ministro e segretario di Stato, oltre che segretario del partito fascista[46].

Nel dibattito costituente, pur tenendo conto delle ragioni storiche, che chiedevano una netta presa di distanza da un Governo incardinato attorno a una figura forte come quella del Capo del governo, la questione di una eventuale centralità del Presidente del Consiglio all'interno del Governo non fu accantonata *a priori*. Le diverse fasi del dibattito in Costituente testimoniano una discussione articolata che ha subito diversi cambiamenti[47]. In Seconda Sottomissione, nella seduta del 7 gennaio 1947 si fa ancora riferimento al *Primo ministro* e non al Presidente del Consiglio e non era ancora chiaro se questi dovesse essere responsabile della politica del Governo oppure se dovesse semplicemente dirigerla[48]. La soluzione poi indicata negli artt. 92 e 95 Cost. propendeva per una "labile" razionalizzazione del modello parlamentare[49], che lasciava alle forze politiche la costruzione del modello più adeguato e aderente alle diverse esigenze, che volta di volta si sarebbero presentate. Si trattava di un'elasticità non senza confini, visto che trovava nel testo stesso della Costituzione un limite positivo, ossia l'impossibilità di estendere le funzioni del vertice dell'Esecutivo fino ad assumere la politica generale e l'indirizzo politico, che sono conferite esplicitamente al Consiglio dei ministri.

[45] Sembra convincente la riflessione di Tarli Barbieri che ritiene le convenzioni le fonti più adatte alla trasformazione dei rapporti tra parlamento e Governo e all'interno dello stesso Governo, perché capaci di integrare lo Statuto e di leggerlo alla luce di *La funzione d'indirizzo politico: dal regime fascista alla Costituzione*

[46] V. CORSINI, *Il Capo del Governo nello Stato fascista,* Giuffrè, Milano, 1935, 47.

[47] Lo segnala anche D. NOVARESE, *«Per dare unità e stabilità al governo». Dal Primo Ministro al presidente del Consiglio, il dibattito in Costituente*, in L. TEDOLDI (a cura di), *Il Presidente del Consiglio dei ministri dallo Stato liberale all'Unione Europea*, cit., 179 e ss. In Assemblea costituente, *Commissione per la Costituzione*, II Sottocommissione, 7 gennaio, seduta antimeridiana, p. 42 del resoconto stenografico, l'on. Tosato rifletté su quanto sarebbe stato difficile per un Primo Ministro mantenere l'unità di indirizzo politico in un governo di coalizione formato da partiti eterogenei. La scelta collegiale fu dovuta anche a questa difficoltà di ricondurre da parte del solo Premier a unità una compagine composita.

[48] Seconda Sottocommissione, Prima Sezione (Potere esecutivo), seduta antimeridiana del 7 gennaio 1947, 41 e ss.

[49] Così G. PITRUZZELLA, *Art. 92-93*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione* Zanichelli, Roma-Bologna, 1994, 10, spec. nota 10.

È il Presidente del Consiglio, però, che rappresenta l'intero Governo di fronte agli altri organi costituzionali e in particolare al Parlamento[50]. I suoi compiti sono distinti da quelli del Consiglio dei ministri e ciò testimonia che è dotato di poteri propri; il suo ruolo politico è fortemente valorizzato e meno vincolato formalmente, ma le funzioni sono ben delineate: dirige, mantiene, promuove e coordina, si percepisce perciò che la volontà dei costituenti fosse di conferire al Presidente del Consiglio un'attività di stimolo e di direzione politica, intesa come capacità di *leadership*, che non si deve tramutare necessariamente in una figura gerarchicamente superiore rispetto agli altri organi della triade governativa, ma che si esprime in un potere di direzione orizzontale, non meno efficace e centrale.

Soprattutto dopo l'entrata in vigore della l. n. 400 del 1988 quel ruolo distinto e centrale che la Costituzione conferisce al Presidente del Consiglio è concretamente attuato. L'art. 5 della legge definisce con maggiore precisione i poteri propri del Presidente e specifica nel dettaglio quella sua posizione «potenzialmente onnicomprensiva»[51], mettendo in luce le differenze tra la direzione della politica generale del Governo, la promozione e il mantenimento dell'unità di indirizzo politico[52].

Se la l. n. 400 del 1988 esplicita la centralità del Presidente anche in termini normativi, il d. lgs n. 303 del 1999 contribuisce indirettamente a un accentramento di poteri nella sua figura: la l. n. 400 non era riuscita a dipanare la complessa e disorganica stratificazione delle competenze ministeriali, dovute alla moltiplicazione di leggi sull'organizzazione della pubblica amministrazione. La riserva di legge contenuta nell'art. 97 Cost., infatti, provocava una proliferazione di interventi normativi primari volti a disciplinare ogni nuova esigenza ministeriale, creando strutture non sempre in linea con le precedenti e dando vita a un *corpus* legislativo spesso frammentato e poco razionale. Tutto ciò influiva anche sulla organizzazione della Presidenza del consiglio, non inserita in un contesto normativo organico[53]. In tempi diversi la Presidenza del Consiglio è stata dotata di strutture e dipartimenti analoghi e in concorrenza con quelli dei ministeri, che godevano di una maggiore legittimazione, conquistata grazie a una tradizione risalente; in tal modo, non era stata messa in condizione di svolgere attività volte a favorire interventi snelli e incisivi, alla stregua di ciò che invece richiederebbero le funzioni ad esso

[50] Per una interpretazione dell'art. 95 Cost. P. CIARLO, *Art. 95*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione* Zanichelli, Roma-Bologna, 1994, 328 e ss. ed E. CATELANI, *Art. 95*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Utet, Torino, 2006, 1841 e ss. e G. PITRUZZELLA, *Il Presidente del Consiglio dei ministri e l'organizzazione del Governo*, Cedam, Padova, 1986.

[51] A. PAJNO, *Intervento*, in *Il Filangeri Quaderni*, 2010, 209.

[52] Nell'art. 5 ricorrono i lemmi "promuove e coordina"; "dispone"; "propone"; "adotta".

[53] G. PITRUZZELLA, *Art. 92-93*, cit., 123.

attribuite. L'art. 10 del d.lgs. n. 303 del 1999 operava un tentativo di snellimento della struttura e spogliava il Presidente del Consiglio di tutte quelle attribuzioni non strettamente legate al suo ruolo riportandole nei ministeri, contribuendo a ripristinare una centralità dell'organo[54]. Questa operazione tardiva e non del tutto compiuta, dà conto di una l*eadership,* che anche nei momenti di maggiore visibilità dei Presidenti del Consiglio si è rivelata più mediatica che normativa; lo stesso Craxi, considerato l'incarnazione del Presidente forte, è in verità il protagonista di una personalizzazione interna al partito politico, che conoscerà un'evoluzione e una maggiore enfasi con la formazione del partito personale di Berlusconi; ciò non ha comportato direttamente e concretamente una centralizzazione del loro ruolo istituzionale. La commistione di segretario di partito e Presidente del Consiglio fornisce una forza esponenziale alla *leadership* mediatica e contribuisce alla creazione di un primo embrione di presidenzializzazione degli esecutivi[55], ma questo processo non nasce da una centralizzazione favorita da norme volte a conferire al Presidente del Consiglio un ambito decisionale in materia di indirizzo politico maggiore di quello che la Costituzione prevede. Il Secondo Governo Berlusconi ha dimostrato come la *leadership* mediatica non sia sufficiente quando manca una coalizione coesa e una comunità di intenti nel Consiglio dei ministri, gli scontri con il Vice Presidente Fini e il Ministro dell'economia Tremonti crearono una impasse nel primo caso composta politicamente, nel secondo risolta con le dimissioni di Tremonti nel 2004[56]. Non essendo previsto un potere di revoca dei ministri da parte del Presidente del consiglio, il dettato costituzionale non gli ha in alcun modo conferito un potere gerarchicamente superiore all'interno del governo[57]. Il necessario confronto (alla pari) con

[54] Lo affermava G. FERRARA, *La posizione attuale del Governo nell'ordinamento costituzionale e le proposte di riforma. Riflessioni sul decennio 1993-2003 della storia costituzionale italiana*, in *Rassegna parlamentare*, 2004. 107. Nel lavoro Ferrara analizza la posizione del Presidente del Consiglio in ambiente maggioritario, ricordando come non possa essere una figura monocratica a conferire autorevolezza ed effettività a una coalizione spesso poco omogenea, nemmeno se rafforzata nella leadership con nuove competenze e con l'attribuzione di nuovi poteri. Sulla centralità garantita dall'alleggerimento delle funzioni si è espresso anche L. FIORENTINO, *L'organizzazione della Presidenza del Consiglio dei ministri*, in S. CASSESE, A. MELLONI, A. PAJNO (a cura di), *I Presidenti e la Presidenza del consiglio*, cit., 1615.

[55] Per una riflessione su questo connubio, che indubbiamente è uno degli elementi rilevanti della presidenzializzazione dei governi e dell'accentuazione di un modello monocratico di esecutivo, si veda R. CHERCHI, L 'E*secutivo tra effettività costituzionale e revisione costituzionale: verso la "presidenzializzazione" del governo?* in *Costituzionalismo.it,* 2015, spec. 150. L'A., facendo esplicito riferimento al governo Renzi come idealtipo della presidenzializzazione italiana, indica anche una serie di elementi che caratterizzano questo modello.

[56] Per una valutazione storica complessiva dei governi Berlusconi si veda E. POLI, *Silvio Berlusconi*, in S. CASSESE, A. MELLONI, A. PAJNO (a cura di), *I Presidenti e la Presidenza del consiglio*, cit., 965 e ss.

[57] R. CHERCHI, *Il Governo di coalizione in ambiente maggioritario*, cit., 327 nota 155, ha parlato

alcuni Ministri, cui si è già fatto cenno, è una riprova del fatto che la verticalizzazione in seno al Governo e a favore del Presidente del Consiglio incontra dei limiti sostanziali e dimostra altresì come l'intervento del Consiglio dei ministri e l'utilizzo degli strumenti classici della mediazione politica siano necessari quando sorgono contrasti con ministri di particolare spicco; ciò può accadere con qualunque ministro che per le ragioni più varie vede il suo ambito di intervento (che la Costituzione riconosce al comma 2 dell'art. 95 quando afferma la responsabilità individuale per gli atti che riguardano i loro ministeri) divenire di particolare rilievo: il ministro dell' interno per ciò che attiene all'ordine e alla sicurezza, a emergenze dovute a terrorismo, il ministro della salute in tempi di pandemia o di recente il Ministro della transizione ecologica al quale in tempi di Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) è stata affidata una congrua parte dell'attuazione del piano[58]. In altre parole, esiste un "nocciolo duro" all'interno della compagine governativa che condivide con il Presidente del Consiglio le decisioni di maggiore rilievo, creando in tal modo una differenziazione e una gerarchia tra gli stessi Ministri.

Il Ministro dell'economia, soprattutto nei governi tecnocratici dove le finalità economico finanziarie sono ormai centrali, assume un rilievo maggiore rispetto agli altri ministri e compete per importanza con lo stesso Presidente del Consiglio[59]. Per questo e per altri motivi riguardanti la credibilità della quale il ministro dell'economia deve godere in Europa, spesso il ruolo è assunto da soggetti che provengono da istituzioni internazionali o nazionali di natura economico-finanziaria di indiscusso prestigio, dove in verità sono già titolari di cariche a cavallo tra la natura tecnica e quella politica[60].

di una revoca strisciante utilizzata nei casi in cui una forte pressione ha costretto singoli ministri alle dimissioni. Si pensi alle dimissioni del Ministro degli esteri Ruggiero volute da Berlusconi, che mantenne per un certo periodo *ad interim* le sue funzioni. Lo ricorda M. COTTA, *Il secondo Governo Berlusconi*, in P. BELLUCCI, M. BULL (a cura di), *Politica in Italia 2001*, Bologna, Il Mulino, 2002. Si pensi anche alle dimissioni nel 2005 del Ministro dell'economia Siniscalco del III Governo Berlusconi per contrasti insorti intorno al disegno di legge finanziaria e per altre questioni squisitamente economico finanziarie come ricorda C. DI ANDREA, *Il Governo Berlusconi III*, in *Federalismi.it,* 2013, 16.

[58] Ricorda M. FERRARA, *Del presidente Mattarella sul governo Draghi al tempo del "riformismo vincolato"* in *Costituzionalismo.it,* 117: 2022, «Insieme al Presidente del Consiglio, sono soprattutto i Ministri dell'Economia – che siede, a livello europeo, nell'ECOFIN, nel Consiglio dell'Unione europea e nell'Eurogruppo –, della Transizione ecologica, delle Infrastrutture e mobilità sostenibili e dello Sviluppo economico a conoscere una particolare preminenza in sede di attuazione del Piano».

[59] L. BARTOLUCCI, *I rapporti tra presidente del Consiglio e ministro dell'economia (1992-2018)*, in L. TEDOLDI, *Il presidente del Consiglio dei ministri dallo stato liberale all'Unione europea*, cit., 367 e ss.

[60] La difficile distinzione tra tecnica e politica rispetto alle attività svolte dai ministri e dal Presidente del Consiglio è sottolineata da D. CRESCENZI, *I Ministri dell'economia e delle finanze in Italie e in Europa*, in M. VOLPI (a cura di), *Governi tecnici e tecnici al governo*, Giappichelli, Torino, 2017,90 e ss.

4. Capo dello Stato e Presidente del Consiglio: una relazione dinamica in costante evoluzione

Tra i limiti che incontra il Presidente del Consiglio nella forma di governo italiana rientra a pieno titolo il rapporto con l'altro organo costituzionale, il Presidente della Repubblica. Quest'ultimo, a maggior ragione in questi ultimi decenni, ha svolto una funzione di freno alla verticalizzazione all'interno dell'esecutivo, contrastando il Presidente del Consiglio oppure di stimolo, affiancandolo e rafforzandone la direzione politica[61]. Il Presidente della Repubblica svolge, tuttavia, una funzione che resta nell'ambito delle sue competenze, poiché si tratta di un intervento attivo o anche di un controllo negativo che la Costituzione prevede e che lo inserisce in quell'alveo che Serio Galeotti aveva considerato di garanzia in senso ampio[62].

Attraverso i messaggi, ormai destinati non più soltanto agli organi costituzionali o alle Camere, ma tenendo in considerazione anche l'opinione pubblica, il Presidente della Repubblica esercita un *surplus* di potere mediatico e può appoggiare oppure contrastare, seppure indirettamente, la politica governativa rappresentata dal Presidente del Consiglio[63]. Il rifiuto da parte del Presidente Mattarella di nominare di Paolo Savona Ministro dell'economia, esplicitato in un comunicato alla stampa il 18 maggio 2018, ha influito non solo sull'operato del Governo Conte, ma anche sulla sua *leadership,* ridimensionata dall'intervento del Presidente, che pure si mantiene nell'alveo del potere di garanzia e controllo costituzionale. Sulla stessa linea di contenimento della (eccessiva) centralità del Presidente del Consiglio e del Governo si collocano anche i comunicati con i quali il Presidente della Repubblica sceglie (seppur raramente) di non emanare i decreti del Governo[64], oppure di

[61] Una cronaca costituzionale dei discorsi e delle esternazioni di Mattarella, in merito ai poteri che ritiene di poter esercitare sull'Esecutivo nazionale è contenuta in G. DELLEDONNE, *Il populismo di governo: l'esperienza della XVIII legislatura,* in G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, M. MONTI, F. PACINI, *Populismo e Costituzione. Una prospettiva giuridica*, Mondadori, Milano, 2022, 94 e ss.

[62] S. GALEOTTI, *Il Presidente della Repubblica, struttura garantistica o struttura governante?* in G. SILVESTRI (a cura di), *Figura e ruolo del Presidente della Repubblica in Italia,* Giuffrè, Milano, 1985, 231 e ss. ora in ID., *Il Presidente della Repubblica garante della Costituzione. la concezione garantistica del capo dello stato negl1 scritti dell'autore dal 1949 ad oggi,* Giuffrè, Milano, 1992, 239 e ss.

[63] M. MANETTI parla di un nuovo ruolo del Capo dello Stato e di nuove modalità di comunicazione, che lo portano in certi frangenti ad assumere il ruolo di nuovo leader della politica nazionale, in EAD., *Capo dello Stato*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali X, Giuffrè, Milano 2017, *passim,* spec. 143.

[64] Il Presidente Napolitano, con lettera del 6 febbraio 2009, inviata al Presidente del Consiglio Silvio Berlusconi, negava l'emanazione del decreto-legge che imponeva la ripresa della nutrizione artificiale forzata a Eluana Englaro, dopo che il Decreto 9 luglio 2008 della Corte d'Appello di Milano Prima Sezione Civile che dava seguito alla sentenza della Corte di Cassazione

n. 21748 del 2007 avevano deciso per la sospensione, mancando secondo il Presidente della Repubblica i requisiti straordinari di necessità e urgenza. Nella stessa lettera il Presidente elencava i precedenti casi di diniego a emanare decreti-legge.

criticarli sebbene con misura, dopo l'emanazione, sulla falsariga dei messaggi di promulgazione dissenzienti o condizionati[65].

La facoltà di incidere sulla politica del Governo e a volte di correggerne la traiettoria, riconosciuta al Capo dello Stato, dà anche conto del fatto che la figura monocratica di riferimento per eccellenza è quella che egli incarna. Un potere monocratico può svolgere solo una funzione di garanzia, non di direzione politica, perché per ragioni storiche la Costituzione antifascista ha scelto di affidare la decisione politica a poteri collegiali; questo avvalora la tesi di un Presidente del Consiglio che può svolgere solo funzioni di indirizzo, garanzia, coordinamento, ma che non può essere unico attore dell'elaborazione dell'indirizzo politico.

Sempre in termini di ridimensionamento della centralità del Presidente del Consiglio, si deve considerare anche la funzione del Presidente della Repubblica svolge nelle istituzioni europee in qualità di garante dell'"unità europea"[66], interpretando quel ruolo in modo attivo e rileggendo in una chiave aggiornata l'indirizzo politico costituzionale, trasformandolo in europeo. In questa prospettiva il Capo dello Stato svolge un ruolo di contenimento dell'inquilino di Palazzo Chigi proprio in quel consesso europeo che generalmente lo accredita e gli conferisce un'autorevolezza che il frammentato contesto italiano gli impedisce di assumere. Si tratta di un potere che è stato definito di reciproca autolimitazione[67], ma che investe maggiormente il Capo dello Stato nei confronti del Governo e del Presidente del consiglio.

Il Presidente della Repubblica ha più volte inteso quei poteri costituzionalmente previsti di controllo sul Governo oltre il dato formale e in forma estensiva. In questa prospettiva si devono interpretare il messaggio sul caso Savona, ma anche gli interventi diretti in materia di accoglienza dei migranti[68] quando Mattarella invitò Conte a far sbarcare i migranti e a coordinare la politica di Governo in modo diverso rispetto alle soluzioni scelte dal ministro

[65] G. MOTZO, *Il potere presidenziale di esternazione, e di messaggio (appunti)*, in *Archivio giuridico*, 1957, 19 e ss. Per una più attuale riflessione sulle trasformazioni del potere di rinvio del Presidente della Repubblica, M. MANETTI, *Capo dello Stato*, cit., 148. Sull'influenza di garanzia (in senso ampio) della Costituzione da parte del Presidente della Repubblica, si veda G. AZZARITI, *I problemi di costituzionalità dei decreti sicurezza e gli interventi del Presidente della Repubblica*, in *Diritto pubblico*, 2019, 639 e ss. Su recenti casi di promulgazione anomale anche M. FERRARA, *La promulgazione "presidenzialmente osservata" della novella sulla legittima difesa e l'inattualità del potere di rinvio alle camere*, in *Osservatorio AIC*, 2019, 46-47.

[66] Ricorda la questione dell'indirizzo politico europeo S. BARTOLE, *Il Capo dello Stato e l'Europa*, in *Quad. cost*., 2003, 5.

[67] M. FERRARA, *La Presidenza Mattarella tra politica estera e garanzia interordinamentale*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, 388 e ss.

[68] Mi riferisco in particolare all'intervento di Mattarella sul caso Diciotti, la nave dei migranti bloccata al largo di Trapani dal divieto del di entrare in porto, ordinato dal Ministro dell'interno del Governo Conte, Matteo Salvini.

Salvini. Anche di recente, il Presidente Mattarella, dopo uno scontro tra il Governo italiano e il Presidente della Repubblica francese, ancora in merito allo sbarco dei migranti sulle coste italiane, poi accolti dai francesi, intenzionati però a mettere in atto ritorsioni sul comune confine territoriale, Mattarella ha diramato un comunicato congiunto con la Presidenza della Repubblica francese (del 14/11/2022) nel quale si conferma da entrambe le parti l'importanza delle relazioni tra i due Paesi e «la necessità che vengano poste in atto condizioni di piena collaborazione in ogni settore sia in ambito bilaterale, sia dell'Unione Europea». Non si può non leggere come un tentativo di mitigare in ambito internazionale la politica del Governo presieduto da Giorgia Meloni, da lei stessa appoggiata pubblicamente. La legittimazione all'intervento del Capo dello Stato deriva ancora una volta ai poteri di garanzia costituzionale attiva volti a difendere gli obblighi comunitari ed internazionali, che prevedono l'accoglienza dei migranti e il riconoscimento del diritto di asilo per coloro che ne hanno i requisiti. Tale forte esposizione internazionale ed europea del Presidente è sostenuta da una prassi ormai risalente che si è consolidata soprattutto durante la Presidenza Ciampi.

5. I governi della crisi pandemica: i due Governi Conte e il Governo Draghi. Osservazioni sparse

Nell'*excursus* nel quale si è dato conto della verticalizzazione del Governo e della presunta presidenzializzazione degli esecutivi si è tentato di tratteggiare un quadro che, seppur fluido e influenzato da molti fattori, costituisce la cornice entro la quale si è inserita la crisi pandemica che ha semplicemente amplificato alcune linee di tendenza già presenti nella recente dinamica della forma di governo parlamentare italiana. I rapporti interni al Governo sono sempre stati influenzati dalla forza e dalla personalità del Presidente del Consiglio, dalla sua capacità di mediazione o dai suoi tentativi di sperimentare un ruolo autonomo, spesso però circoscritto o persino delegittimato dal suo stesso Consiglio dei ministri o dalla coesione e dalla forza del Parlamento[69].

Anche il Primo Governo Conte cha conosciuto queste caratteristiche intrinseche al contesto italiano, con una novità rispetto alla precedente prassi dovuta all'adozione del cosiddetto contratto di governo stipulato dai due

[69] Persino i governi Berlusconi, dotato di una fortissima personalità e di una capacità di accentramento all'interno del suo partito, hanno spesso dovuto concertare all'interno del Consiglio dei ministri le proprie posizioni. Il fatto che l'eccessiva personalizzazione del Presidente del consiglio all'interno del Governo rappresenti una condizione negativa e controproducente sulla tenuta del Governo stesso è oggetto della riflessione di M. LAZAR, *Matteo Renzi*, in S. CASSESE, A. MELLONI A. PAJNO *(a cura di), I Presidenti e la Presidenza del Consiglio dei ministri nell'Italia repubblicana*, cit., 917 e ss. e sulla questione della centralizzazione delle decisioni M. CARBONE, S. PIATTONI, *Introduction. Governing under constraint*, in *Italian politics.* 2016, 21 e ss.

maggiori partiti della coalizione, costretti a una coabitazione sebbene molto lontani ideologicamente. L'effetto di un accordo scritto sulla figura del Presidente del Consiglio era del tutto sconosciuto e ci si aspettava potesse imbrigliare il suo ruolo di coordinamento, in teoria ora espletato da un accordo scritto. In realtà, gli effetti di questa inedita contrattazione, tanto rigida, quanto inefficace anche perché non rivestiva alcuna natura giuridica, sono stati assai deboli. Il contratto è stato spesso disatteso e superato dalla complessità delle vicende politiche successive alla sua redazione[70]. Ciò rispediva una volta quella capacità di sintesi politica al mittente di Palazzo Chigi, ove però sedeva un Presidente inedito: non parlamentare e non del tutto organico al Movimento Cinque stelle, con scarsa esperienza politica che lasciava presagire una altrettanto una scarsa centralità istituzionale. La personalità apparentemente debole del Presidente del Consiglio, unita alla frammentarietà della compagine governativa, ha effettivamente comportato una difficile sintesi politica da parte sia del Governo e una scarsa attività di promozione dell'unità di indirizzo politico da parte del vertice di Palazzo Chigi. Il Presidente è emerso semmai – come sempre è accaduto in presenza di coalizioni poco coese- dal punto di vista della produzione normativa perché i contrasti spesso insanabili tra i partiti della coalizione hanno costretto il Governo all'adozione frequente di decreti-legge "salvo intese", ove la concreta redazione del testo, sul quale non si raggiunge un accordo, avviene in tempi successivi e non nel Consiglio dei ministri, ove il testo in realtà non viene presentato. La redazione spetta a quel punto al Dipartimento per gli Affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio (DAGL) e ciò in qualche modo afferma offre al vertice di Palazzo Chigi una capacità decisionale persino autonoma, sebbene debba essere capace di esprimere una composizione del conflitto[71].

Nel Secondo Governo Conte, l'irrompere della pandemia, ha permesso al Presidente del Consiglio di assumere un ruolo nuovo, più centrale dal punto di vista mediatico, certamente influenzato dalla condizione di emergenza pandemica, ma anche dalla approvazione della prima bozza del Piano Nazionale di Ripresa e resilienza (PNRR).

La pandemia conferisce al Presidente del Consiglio una salda rappresentanza del Governo ancora in linea, in verità, con il dettato costituzionale. Si assiste a un cambio di passo rispetto al Primo Governo Conte, ove spesso il Presidente aveva lasciato la scena ai due vicepresidenti del Consiglio, Di Maio

[70] Lo ricorda T. GUARNIER, *L'esperienza del «contratto di governo»*, in *Rivista del gruppo di Pisa*, 3, 2019. Sul contratto di governo A. D'ANDREA, *Del ridimensionamento per contratto del ruolo del Presidente del Consiglio (e di altre forzature imposte dai capipartito*), in *Quaderni costituzionali,* 2018, 667 e ss.

[71] A. DI CHIARA, *Due prassi costituzionalmente discutibili: delibere del Governo "salvo intese" e pubblicazione tardiva dei decreti-legge*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2019, 7.

e Salvini. Nel secondo Giuseppe Conte sceglie di stabilisce una relazione continuativa con il corpo elettorale soprattutto nel periodo del confinamento, volta a dare informazioni e a rassicurare i cittadini[72]. Anche in questo delicato periodo, pur riconoscendo la centralità del Governo, non si può affermare con altrettanta sicurezza un'assunzione di una effettiva centralità da parte del Presidente del consiglio. Si era criticato l'uso frequente dei Decreti del Presidente del Consiglio (DPCM.) che avrebbe potuto costituire la prova dell'esistenza di un ruolo ormai autonomo da parte dell'inquilino di Palazzo Chigi anche nei confronti del suo stesso Governo; l'adozione di atti sganciati dalla deliberazione del Consiglio dei ministri più che testimoniare una sua autonomia segnala la difficoltà dell'intero Governo di dare seguito in tempi brevissimi a discipline flessibili, capaci di inseguire i l'andamento rapsodico della pandemia. Politicamente le fonti del Presidente segnalano anche la necessità di una decisione autonoma per la difficoltà di instaurare durante le emergenze forme di raccordo tra il Governo e il Parlamento e la stessa adozione dei decreti-legge aveva dimostrato come questa stentasse a emergere[73].

A dire il vero interviene in modo dirompente durante la pandemia un tema che aveva già fatto sentire il suo peso nell'ultimo decennio, ossia il fattore tempo: la richiesta continua di rapidità nella disciplina giuridica dei fenomeni sembra del tutto incompatibile con i tempi della concertazione politica e le forme ormai istantanee di normazione non possono che essere gestite da pochissimi attori; persino il decreto legge è ormai considerato una fonte inadeguata ai tempi ed è spesso affiancato da fonti ancora più snelle, quali appunto i DPCM. Lo dimostrano le scadenze che si susseguono a ritmi vertiginosi in tema di PNRR e lo testimonia lo stesso ciclo di bilancio, che costringe a decisioni autoritarie e parziali qualunque Governo[74]. In questa prospettiva,

[72] G. E. VIGEVANI, *Sistema informativo e opinione pubblica nel tempo della pandemia*, in *Quaderni costituzionali,* 2020.

[73] Nella relazione di sintesi per 2019/2020 il Comitato per la legislazione si è espresso in tal modo: (La pandemia)…«ha fatto emergere un paradosso insito nello strumento del decreto-legge, uno strumento che ha infatti nel tempo mostrato una sua indiscutibile efficacia come "disegno di legge governativo ad iniziativa rafforzata", per realizzare le priorità del programma di governo, ma che sembra non aver mostrato la necessaria flessibilità per affrontare quelle emergenze per cui i padri costituenti lo avevano disciplinato nell'articolo 77 Cost. Nell'emergenza a prevalere è stato infatti l'antico potere di ordinanza, nella forma di DPCM e dell'impressionante apparato di ordinanze posto in essere dalle regioni». Si veda anche A. MARCHETTI, *Il procedimento governativo di approvazione dei decreti-legge tra regole formali e prassi: il* requiem *della collegialità ministeriale,* in *Osservatorio sulle fonti,* 3, 2016, 23 e ss.

Per una dettagliata e condivisibile ricognizione dell'uso delle fonti emergenziali inserite però in un contesto già di per sé caotico e compromesso, si veda A. CARDONE, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. emergenza e persistenza*, in *Osservatorio sulle fonti,* 2/2022, 509 e ss.

[74] Lo rimarca anche M. A. GLIATTA, *L'uso dei DPCM nella più recente prassi dei governi di coalizione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2021.

difficile da contrastare, la stessa Corte costituzionale nella sent. n. 198 del 2021 ha riconosciuto ai DPCM una funzione meramente attuativa dei decreti-legge, tentando così di salvare la centralità del decreto-legge come fonte emergenziale e ritagliando alla nuova fonte solo una funzione subordinata alla norma primaria. In tal modo, non si è consentito un uso autonomo e disinvolto di questa fonte e in qualche modo indirettamente si limita l'autonomia del Presidente del consiglio in tema di disciplina dell'emergenza, sempre soggetta a una deliberazione del Consiglio dei ministri, il solo che può adottare provvedimenti provvisori con forza di legge[75].

La centralità dell'esecutivo, ben oltre quella consentita nei casi straordinari di necessità e urgenza e dal d. lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, è stata favorita dalla debolezza del Parlamento, il quale non è riuscito a esercitare nemmeno un potere di controllo sui decreti-legge che si susseguivano in maniera assai rapida. Soprattutto nel primo decreto-legge, il n. 6 del 2020, si era lasciato ampio spazio ai DPCM di adottare misure restrittive di diritti costituzionalmente previsti, senza che il decreto-legge prevedesse un elenco tassativo dei casi e dei modi di limitazione di quei diritti. Eppure, il Parlamento convertì in brevissimo tempo il decreto senza formulare alcun rilievo[76].

In un primo momento il Parlamento è stato sopraffatto e superato da una pletora di fonti multilivello che si sono avvicendate e che erano state adottate da molteplici autorità sul territorio della Repubblica: le ordinanze regionali, quelle comunali e quelle del ministero della salute. La stratificazione che sfuggiva ad ogni tentativo di armonizzazione ha contribuito a evidenziare la marginalizzazione delle Assemblee parlamentari non sempre in favore di una centralità del Governo o del suo vertice. In un contesto di tal genere, è assai difficile l'emersione di una figura istituzionale monocratica che possa armonizzare il caos normativo, politico e istituzionale. È semmai il ritorno a una concertazione della decisione politica, attraverso gli organi collegiale che si può incidere positivamente, ripristinando la centralità del Parlamento ma che al verificarsi delle condizioni emergenziali può limitarsi almeno alla necessità di

[75] Così S. LIETO, *L'impatto dell'emergenza sanitaria ed economica da covid-19 sul sistema delle fonti tra livello statale, regionale e locale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2022, 719 che osserva: «In conclusione, la Corte ritiene che le disposizioni oggetto di censura non abbiano conferito al Presidente del Consiglio dei ministri una funzione legislativa, ma soltanto il compito di dare esecuzione alla norma primaria mediante atti amministrativi *sufficientemente* tipizzati. La Consulta non ha avallato quella dottrina che ha criticato in special modo al consistente uso dei DPCM soprattutto per il fatto che attraverso di essi sarebbe stato delegato indirettamente a un organo monocratico, privo di indirizzo politico, il potere di bilanciamento tra esigenze di salute e altri poteri contrapposti; per tutti, C. PADULA, *La pandemia, la leale collaborazione e la Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 1-2/2021, 170.

[76] V. LIPPOLIS, *Il rapporto Parlamento Governo durante la pandemia,* in *Rivista AIC*, 1, 2021, che ripercorre puntualmente le tappe della vicenda pandemica attraverso il rapporto tra i due organi, evidenziando la debolezza del Parlamento che non ha esercitato appieno la sua funzione di controllo.

decisioni adottate dal Consiglio dei ministri, come del resto il codice della protezione civile prevede, per la dichiarazione dello stato di emergenza, ma anche per la sua successiva gestione, che deve essere ricondotta nell'alveo dell'art. 77 Cost.

Il Governo Draghi, nonostante si trattasse di un Governo composito, che lasciava all'opposizione solo il partito di Fratelli d'Italia, è riuscito a ricomporre intorno a sé un sistema decisionale integrato. Forte del fatto che il Governo nasceva intorno a due sole finalità, il superamento della pandemia e l'attuazione delle prime fasi del *Next generation EU* esso è stato oggetto di una minore conflittualità che ha inciso sulla condotta e sulla efficacia della sua stessa attività d. Per questo il Presidente ha potuto utilizzare varie forme di coordinamento nel rapporto con i ministeri e ha istituito, sempre nella prospettiva dell'attuazione del PNRR, un dipartimento per l'innovazione e la trasparenza presso la Presidenza del consiglio e una struttura di missione denominata "Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione", che opera presso il Dipartimento degli affari giuridici e legislativi (DAGL) e che svolge compiti di coordinamento delle attività normative legate al Piano nazionale di ripresa e resilienza.

Il Presidente Draghi sembra aver inteso il suo ruolo in linea con il dettato costituzionale, ossia costruendo una *leadership* orizzontale, intesa come attività di impulso e promozione nei confronti del Consiglio dei ministri. Da questa prospettiva si deve interpretare il ruolo sempre più attivo del MEF e della Ragioneria dello Stato, snodi di particolare rilevanza per l'attuazione e la verifica delle missioni del PNRR che hanno affiancato il Premier, congegnando così un assetto decisionale più prossimo a un duumvirato che a una direzione accentrata del solo Presidente del Consiglio; in caso di contrasti, che pure non sono mancati, non sempre la ragioneria e il MEF sono risultati perdenti nello scontro. Di certo il Presidente del Consiglio ha usato armi di persuasione politica, spesso rivolgendosi direttamente alle istituzioni europee e alla Commissione per riequilibrare i rapporti di forza interni. Ha inoltre goduto dell'apporto continuo del Presidente della Repubblica nei rapporti con le istituzioni interne e con quelle internazionali ed europee e ciò lo ha collocato in una posizione di forza rispetto agli altri ministri e nei confronti della esigua opposizione parlamentare [77]; pertanto, il rapporto stretto tra i due organi

[77] Il Capo dello Stato ha sostenuto il Governo Draghi, ma allo stesso tempo non gli ha risparmiato critiche in merito alla decretazione d'urgenza, che in quel periodo non ha subito trasformazioni *in melius*. Con la lettera del 23 luglio 2021, inviata ai presidenti delle Camere e la Presidente del consiglio, il Presidente della Repubblica ha dato conto della promulgazione dissenziente della legge di conversione del decreto-legge n. 25 maggio 2021, n. 73 (recante *Misure urgenti connesse all'emergenza da COVID -19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali*), nella quale ricorda come in sede di conversione siano state approvate modifiche «alcune che - alla luce del disposto costituzionale [...] - sollevano perplessità in quanto perseguono finalità di sostegno non

monocratici, la maggioranza politica assai estesa e la fiducia dei mercati e dell'Unione europea lo hanno inserito in un contesto diverso rispetto a quello che aveva conosciuto il Presidente Conte. Eppure, l'impressione complessiva, che è ancora legata alla cronaca e che merita una più ampia riflessione futura, sembra avvalorare l'ipotesi formulata in partenza, ossia che la verticalizzazione degli esecutivi non implica necessariamente anche una presidenzializzazione degli stessi, sebbene non si possa negare una compressione dei livelli decisionali interni al Governo stesso. La pandemia, infatti, aveva ridotto la capacità decisionale collegiale del Consiglio dei ministri, da un lato soppiantata da un apporto tecnico esterno, assicurato dal Comitato tecnico scientifico; dall'altro da una concertazione politica ristretta, operata perlopiù dal Ministro della salute e dal Presidente del Consiglio e orientata a tradurre in decisioni politiche le evidenze scientifiche tenendo conto e bilanciando i diversi e spesso alternativi interessi in campo[78].

Il piano di ripresa e resilienza ha ulteriormente modificato il quadro e pur non trattandosi di un'emergenza, i tempi ristrettissimi richiesti per la sua adozione, domandano procedure talmente snelle da essere ritagliate su quelle in uso durante la pandemia, ovvero affidando al solo Governo la redazione delle misure necessarie per la sua attuazione e rinviando al Parlamento solo la fase di conversione dei decreti, potenziando nel migliore dei casi la funzione di controllo, ma esautorandolo di fatto della funzione legislativa[79]. Queste nuove condizioni modificano in modo ancora più incisivo la forma di governo, perché le missioni già previste nel *Next generation EU* e affidate all'Unione sembrano voler formulare esse stesse l'indirizzo politico dei prossimi anni. Anche la stessa attuazione di tale indirizzo politico europeo sembra ora affidato a organi nuovi, più accentrati e sottoposti a un controllo ancora più blando da parte del Parlamento[80].

riconducibili all'esigenza di contrastare l'epidemia e fronteggiare l'emergenza, pur intesa in senso ampio, ovvero appaiono del tutto estranee, per finalità e materia, all'oggetto del provvedimento».

[78] L. GIANNITI, *Il ruolo del Parlamento nel dialogo fra politica e tecnica*, in A. IANNUZZI, G. PISTORIO, *La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, 65 e ss. Sul rapporto tra il Comitato tecnico scientifico e il Governo si veda A. IANNUZZI, *Il Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza sanitaria: un bilancio dell'esperienza utile per far emergere prospettive di riforma*, in A. IANNUZZI, G. PISTORIO, *La gestione dell'emergenza…* cit, 3 e ss. E. CATELANI, *Evoluzione del rapporto tra tecnica e politica. Quali saranno gli effetti in uno Stato tecnologico? Editoriale,* in *Osservatorio delle fonti,* 2/2022.

[79] Sulla marginalizzazione del Parlamento causata dal Piano di ripresa e resilienza si veda G. MONTEDORO, *Il ruolo del Governo e del Parlamento nell'elaborazione e nell'attuazione del PNRR*, in *Passaggi costituzionali,* 2, 2021, 100 e ss.

[80] Sull'indirizzo politico, ormai elaborato *a priori* dalle missioni del PNRR, si è pronunciata A. SCIORTINO, sul sistema istituzionale creato dal PNRR e dal D.L. 77/2021 e sull'impatto che il Piano può avere sulle decisioni politiche, S. NICCOLAI, *L'influenza del PNRR sui processi di decisione politica*, in *Rivista AIC,* 3. 2022, 322 e ss.

In questa fase di attuazione del PNRR il Presidente Draghi sembra aver giocato il ruolo di *pivot*, ossia di un accentratore/coordinatore, che deve utilizzare tutto il suo carisma e la sua autorevolezza per creare coesione e ottenere l'attuazione del programma, che nel caso del suo Governo si riduceva alla gestione della pandemia e all'attuazione del PNRR. Per svolgere in modo efficace il suo ruolo di *moral suasion* soprattutto nei confronti del suo Governo, sceglie di utilizzare con parsimonia i DPCM (in linea con le richieste avanzate dal Comitato per la legislazione, che auspicava almeno l'adozione di atti con forza di legge che potessero coinvolgere sebbene in misura minima il Parlamento) tuttavia questo non supera la questione dell'abuso della decretazione d'urgenza, visto che l'attuazione del Piano di ripresa e resilienza con contempla profili di straordinarietà, necessità e urgenza.

L'approvazione del d. l. n. 77 del 2021 apporta dei cambiamenti rilevanti nella composizione del Governo e nelle forme di decisione: la cabina di regia, come la dottrina ha in più occasioni ricordato, è la vera novità in merito alla struttura del Governo[81]. Essa è prevista all'art. 1, comma 4 del decreto convertito con modificazioni dalla l. 108 del 2021, che le conferisce « poteri di indirizzo politico, impulso e coordinamento generale sull'attuazione degli interventi del PNRR»; l'art. 2 del decreto è dedicato alla sua definizione ed esplicita la sua collocazione in seno al Consiglio dei ministri, sebbene sia previsto che partecipano di volta in volta alla Cabina di regia non l'intero Consiglio, ma i soli ministri competenti per l'area di intervento.

Le attività che il decreto assegna a questo nuovo organo, contenute nell'art.2, comma 2 del d.l.n.77/2021, si sostanziano non solo nell'elaborazione del Piano insieme ad altri organi classici, quali il consiglio dei Ministri e i Ministeri, ma soprattutto in una funzione di raccordo: nei confronti delle Amministrazioni statali (art. 2, comma 2, lett.c); con le Regioni (art.2, comma2, lettera g), comma 3 e comma 5); con il Parlamento, al quale trasmette con cadenza semestrale, per il tramite del Ministro per i rapporti con il Parlamento, una relazione sullo stato di attuazione del PNRR, (art. 2, coma 2 lett e)[82]. In questo senso, la cabina di regia sembrerebbe svolgere un ruolo affine e di sostegno che già svolgono altri organi della Presidenza del

[81] E. CAVASINO, *Il piano nazionale di ripresa e resilienza e le sue fonti. Dinamiche dei processi normativi in tempo di crisi,* Editoriale scientifica, Napoli, 2022.

[82] Per quel che attiene al rapporto tra Regioni e verticalizzazione dell'esecutivo, rinvio all'esaustiva ricostruzione di E. RINALDI, *L'accentramento del potere amministrativo nel PNRR tra esigenze di uniformità e istanze di differenziazione,* e per un'attenta ricostruzione della struttura istituzionale cha fa capo al PNRR a E. CATELANI, *L'accentramento del potere decisionale nel Governo e le fonti di gestione dell'emergenza sanitaria*, entrambi in questo numero dell'*Osservatorio sulle Fonti.*

Consiglio dei ministri, ma in questo caso sembra essere attuata con maggiore vigore, visto che il nuovo organo è presieduto dallo stesso Presidente del Consiglio dei ministri ed è dotato di innumerevoli competenze. Certo, si tratta di un organo con una finalità specifica quella dell'attuazione del Piano di ripresa e resilienza e limitata al tempo di attuazione dello stesso, ma potrebbe costituisce un precedente facilmente replicabile. Inoltre, per quanto sarebbe opportuno che il Presidente del Consiglio rimetta al Consiglio dei ministri ogni questione che comporti una responsabilità collegiale, la rapidità dei tempi richiesta sembra pronosticare uno scarso coinvolgimento di quest'ultimo, in favore di una decisione dell'organo monocratico in seno al Governo[83]. In questo senso il nuovo assetto disegnato dal Piano di ripresa e resilienza potrebbe rivelarsi uno strumento volto a potenziare il ruolo del Presidente del Consiglio e più in particolare l'accentramento dei poteri ben oltre la collegialità del Consiglio dei ministri, considerando che la Cabina di regia ha solo un obbligo di *riferire* a quest'ultimo, che è ben poca cosa rispetto all'elaborazione delle politiche che essa adotta. È pur vero che lo stesso art. 2, comma 2 del d.l. 77/2021 fa esplicitamente salve le competenze del Consiglio previste dall'art. 95, comma 2 Cost. e dalla l. n. 400/1988; tuttavia, in numerosi altri articoli sembra invece privilegiare la figura e la centralità del Presidente in ogni modo e ben oltre quel dettato della legge sulla Presidenza del Consiglio. Nell'art. 2, comma 6-bis, come era già stato osservato, è il Presidente del Consiglio che svolge una funzione di snodo tra la cabina di regia e il Consiglio dei ministri, spesso anche in modo discrezionale[84].

Non sono state, dunque, tanto le condizioni emergenziali a rafforzare il ruolo del Presidente del Consiglio, quanto una manifesta volontà di trasformare la forma di governo parlamentare, condivisa dai governi che hanno approvato il piano di ripresa e resilienza e dalle istituzioni europee, che hanno lasciato intendere la necessità di una trasformazione delle istituzioni nazionali per garantire una maggiore efficacia in termini di attuazione del *Next generation EU*.

[83] Lo rileva F. BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del recovery and resilience facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche* in *Costituzionalismo.it,* 1, 2021, 23 e ss.

[84] *Ivi*, 24.

Sembrerebbe una palese ammissione da parte di queste istituzioni di quanto l'attività politica, intesa come forma suprema di concertazione e di mediazione dei conflitti, sia considerata ormai un ostacolo all'attuazione di misure sempre più rapide e sempre meno condivise. È il segno dei tempi, contrassegnati da una vera e propria regressione delle democrazie, che è necessario arginare[85].

[85] Sulla regressione delle democrazie come fenomeno di portata mondiale, si sono soffermati R. DIXON E D. LANDAU, *Abusive Constitutional Borrowing. Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2021 e T. GROPPI, *Menopeggio*, Il Mulino, Bologna, 2020 e N. URBINATI, (a cura di), *Thinking Democracy Now. Between Innovation and Regression*, Annali della Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, Milano, 2019.

L'INDIRIZZO POLITICO, DOPO COVID E PNRR*

ANDREA MANZELLA**

Abstract
The essay deals with the role of the Italian Prime Minister's Office in the implementation of political direction in the light of the health emergency (COVID-19) and National Recovery and Resilience Plan (Recovery Plan, NRRP).

Suggerimento di citazione
A. MANZELLA, *L'indirizzo politico, dopo COVID e PNRR*, in *Osservatorio sulle fonti,* n. 3/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento tenuto al Convegno dal titolo *Emergenza pandemica e forma di governo: la verticalizzazione del potere tra tendenze sistemiche e discontinuità* svoltosi a Roma il 18 ottobre 2021.

** Presidente del Centro di studi sul Parlamento nella LUISS "Guido Carli" di Roma, già Segretario Generale della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Contributo pubblicato ai sensi dell'art. 5 del Regolamento per la valutazione scientifica dei contributi proposti alla *Rivista*.

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV - Fascicolo 3/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. L'irrompere dei fatti è stato, come al solito, creativo di diritto – il diritto di questa emergenza – progressivamente e faticosamente ricondotto a forme "normali".

Nell'intreccio normativo è possibile però scorgere abbastanza nettamente il concorrere simultaneo dei tre fenomeni che hanno investito il "vertice di Palazzo Chigi" (I.Ciolli). Si incrociano: sia lo sforzo per una continuità formale; sia l'evidenza di una discontinuità sostanziale; sia la intima coerenza con antiche e ancora irrisolte tendenze sistemiche della nostra forma di governo.

Sotto il primo aspetto, si è registrato l'impegno di governo e parlamento – dopo momenti di scarti e scompensi – volto ad inserire i provvedimenti via via necessitati in una sequenza di fonti che rispecchiasse, almeno formalmente, la "normalità" di gerarchie e competenze. Una marcata "voglia di sanatoria" insomma, sotto la pressione di un'allarmata opinione pubblica, intollerante: sia di dilatorie strettoie procedurale, sia, ancor di più, di dissensi politici sui criteri sostanziali del provvedere (già di per sé precari per il susseguirsi di conoscenze provvisorie).

Da qui una diligenza progressiva del governo nel perseguire una legittimità formale dei suoi provvedimenti; mentre in parlamento si è cercato di salvaguardare, nell'estrema urgenza, almeno il principio del controllo, in assemblea e in commissione: persino con qualche tratto innovativo adeguato alla situazione.

A questa continuità di "superficie" ha corrisposto però – ed è il secondo aspetto – una discontinuità sostanziale: configurata appunto in una verticalizzazione del potere di governo, oggettivamente irreversibile nel caso concreto. Al di là, infatti, della formale dichiarazione dello "stato di emergenza" e della sua straordinaria durata, la complessiva azione di governo ha assunto, sotto l'incalzare dei fatti, una peculiare autonomia. Questa è ravvisabile: sia nella eccezionale consistenza numerica dei provvedimenti; sia nella loro serialità con ricorrenti sovrapposizioni parziali; sia nelle loro "irrefutabili" motivazioni fondate sul richiamo ad una fonte tecnica (di istituzione governativa).

A questa sorta di procedimento "unico" ad *iter* prolungato, si è aggiunta una forma di comunicazione dettagliata e anticipata dei provvedimenti in corso d'opera, da parte del presidente del Consiglio. Una comunicazione, in "ora di punta" dell'ascolto televisivo e singolarmente precedente, anche per i decreti-legge, il "giorno stesso" della loro adozione/presentazione alle Camere (art. 77, co. 2, Cost.).

Un fenomeno di verticalizzazione, dunque, percepibile nella "democrazia del pubblico" come un potere monocratico del presidente del consiglio, peraltro sorretto da indici di larghissimo consenso pubblico, elemento mai irrilevante per il diritto costituzionale.

Questa emersione della figura del presidente del consiglio nella comunità politica non è stata però un'anomalia. Al contrario – ed è il terzo aspetto dell'esperienza vissuta – essa risulta perfettamente coerente con la tendenza sistemica risalente nella nostra forma di governo. Fin dalla fase costituente, il soggetto "non detto" dell'ordine del giorno Perassi – che concludeva il lungo dibattito sulla nostra forma di governo e che sottolineava le «esigenze di *stabilità* dell'*azione* di governo» - fu appunto il presidente del consiglio. Che, però, fu il soggetto "ben detto" dell'art. 95 della Costituzione che proprio sui concetti di *stabilità* e di *azione* si impernia: concetti entrambi intestati al protagonismo del presidente del consiglio.

Per quanto riguarda, "l'azione di governo" essa trova infatti corrispondenza nel potere presidenziale di "promozione" dell'«attività dei ministri». Mentre la "stabilità" di governo trova corrispondenza nel potere presidenziale di «mantenimento» della «unità di indirizzo politico e amministrativo» di quella attività.

A ben vedere, questo primato del presidente del consiglio è stato anzi il fattore unificante della divaricazione – continuità formale e discontinuità sostanziale – registrata al tempo della pandemia. Sono stati infatti i poteri normativi del presidente del consiglio – in un'estesa interpretazione delle previsioni della legge n. 400/1988 – ad annodarsi con il potere legislativo di emergenza: in un contesto che ha di fatto "riconosciuto" al presidente un primariato nella iniziativa e nella pubblicità degli atti.

2. Questo primato presidenziale, ricostruibile nella vicenda della crisi pandemica, ha poi trovato la sua epifania formale nella legge n. 108/2021 sul Piano di ripresa nazionale dopo la pandemia (PNRR). Una legge questa di rilevanza costituzionale: dato i richiami formali a fonti di diritto comunitario e ai «vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea» (art. 12,5), vincoli che trovano il loro "naturale" fondamento nelle «limitazioni di sovranità» previste dall'art. 11 della Costituzione. La legge n. 108 sfrutta sino in fondo le risorse istituzionali della legge n. 400 e ha un orizzonte temporale che scavalca le legislature e quindi le possibili variabili dell'assetto parlamentare. Essa segna per vari aspetti l'assoluta centralità del presidente del consiglio e l'autonoma supremazia dei suoi poteri di indirizzo: non solo rispetto alla complessità soggettiva dell'istituzione governo, ma anche rispetto al suo oggettivo programma.

Attraverso la "cabina di regia" – organo tecnico da lui presieduto – il presidente del consiglio ha «poteri di indirizzo politico, impulso e coordinamento generale sull'attuazione del PNRR» (art. 1). In particolare, promuove il coordinamento tra i diversi livelli di governo e propone l'attivazione dei poteri sostitutivi in caso di «inadempimento, ritardo, inerzia o difformità» da

parte di regioni, ministri, amministrazioni in relazione agli «obblighi e impegni finalizzati all'attuazione del PNRR» (art. 2 e 12).

Nella *governance* del PNRR spicca, inoltre, l'emarginazione del Consiglio dei ministri, chiamato in causa solo per la «individuazione» dei soggetti in sostituzione o per il «deferimento di singole questioni» da parte del presidente del Consiglio. Per il resto, si fa luogo ad una specie di "collegialità ristretta" ai ministri e sottosegretari di Stato "competenti". Lo stesso ministero dell'economia e delle finanze «punto di contatto nazionale per l'attuazione del PNRR» (art. 6) risulta largamente strumentale alla regìa del presidente del consiglio.

Per questo suo rilievo sistemico, la legge n. 108 "rivela" una verità costituzionale, a lungo occultata dalle varie necessità politiche contingenti – elettorali o di coalizione – volte a negare l'effettivo autonomo primato del presidente del consiglio nel governo. Le stesse teorie sul presidente *primus inter pares* e sulla prevalenza collegiale del Consiglio dei ministri nella formazione dell'indirizzo politico, appaiono legate a queste preoccupazioni, comprensibilmente ispirate dalla ricorrente conformazione coalizionale dei governi, piuttosto che da una realistica valutazione della dinamica istituzionale e della sua percezione pubblica.

D'altra parte, la stessa lettera costituzionale consente di arrivare ad un diverso risultato: sia per il distinto meccanismo di nomina del presidente del consiglio e dei ministri (che non è solo temporale, implicando un nesso di preposizione e di scelta dell'uno rispetto agli altri, art. 92,1 Cost.); sia per il reticolo di poteri di direzione, di promozione e di coordinamento attribuiti al presidente dall'art. 95 della Costituzione.

Alla lettera costituzionale si aggiunge il dato della connotazione identitaria che il soggetto presidente conferisce all'intero governo. La consueta denominazione dei governi con il riferimento al solo presidente non è infatti un elemento formale né marginale ma incide largamente, nella comune opinione, sulla fisionomia del sistema.

La stessa fondamentale questione della titolarità dell'indirizzo politico di governo trova, sempre nella legge sul PNRR, una conferma della sua reale attribuzione al presidente del consiglio e, insieme, una chiarificazione del concetto di "indirizzo", rispetto a quello di "programma" del governo.

Il programma di governo trova infatti origine, si potrebbe dire, in una "risoluzione politica di sistema": che indica le "cose" che il presidente (incaricato, prima e nominato, poi) "deve fare" attraverso l'attività di governo. I soggetti di tale "risoluzione" sono nelle varie fasi: lo stesso presidente della Repubblica, con la sua libertà di "nomina" (specie nei casi, spesso verificatisi, di crisi di funzionamento del sistema); i partiti politici (nozione ormai "di stile" per indicare i leader di aggregazioni parlamentari decisive per la fiducia); il

Consiglio dei ministri (che «determina la politica generale del governo», art. 2,1, legge n. 400/88); il parlamento (che «accorda la fiducia» con mozione "motivata" in relazione al programma: ma non solo a questo).

Nella sua oggettività, però, il programma di governo consiste in un documento che deve essere interpretato politicamente. È il mero spartito musicale che presuppone, assieme alla sua esecuzione, una interpretazione. In sé e per sé, il programma di governo può costituire nella sua materialità, la continuazione e persino la fotocopia di quelli di precedenti esecutivi o anche consistere nel recepimento di obbligazioni puntuali stipulate dai precedenti governi. Spetta al presidente del consiglio – che, secondo Costituzione, «dirige la politica generale del governo» – interpretare, e si potrebbe dire "vivificare" – il programma di governo con il suo indirizzo politico e mantenere su tale base l'unità e la stabilità dell'attività collegiale.

L'analogia con il direttore che interpreta e dirige, con il suo personale stile, l'esecuzione di un programma musicale da parte dell'orchestra è quanto mai realistica rispetto all'atto interpretativo del presidente del consiglio che dirige in unitaria armonia politica, con il suo potere di indirizzo, l'attività collegiale dei ministri.

La soggettivizzazione dell'indirizzo politico nella figura del presidente del consiglio, desunta da questa lettura sistemica, non risulta in contrasto con altre norme di diritto positivo, se appunto collocate in tale orientamento costituzionale. In particolare, non può sfuggire che la legge n. 400/88 usa il termine "determina" solo per l'indirizzo dell'azione amministrativa (art. 2,1), scindendo significativamente il binomio "politico e amministrativo" dell'art. 95 della Costituzione. La menzione dell'indirizzo politico compare nella legge n. 400/88 solo per la «deliberazione» del Consiglio dei ministri relativa alle «dichiarazioni» con cui il governo chiede la fiducia del parlamento (art. 2,3, lett. *a)*). La «deliberazione» investe dunque le «dichiarazioni» e non il loro contenuto. Certo, il collegio deve conoscere e condividere la portata e il senso dell'indirizzo del suo presidente – come elemento di corretta posizione e corresponsabilità nei confronti delle Camere – ma non ha dell'indirizzo l'iniziativa né la pregnante decisione.

Una nostra recente esperienza costituzionale ha vistosamente confermato questa autonomia di ruolo del presidente del consiglio: proprio quando tale ruolo è parso strettamente vincolato, se non subordinato, alla esecuzione senza margini interpretativi di un c.d. "contratto di governo". Come in tutte le vicende di vita,è stato nelle fasi terminali di quella esperienza di governo che ne è stato possibile un complessivo giudizio :che ha ribadito la primazia del presidente del consiglio sia sul piano costituzionale interno sia come protagonista in decisivi Consigli europei.

3. La netta distinzione tra indirizzo politico e programma di governo (quello come interpretazione presidenziale di questo) consente di recuperare – pur nella cogenza dei vincoli "europei" – la pienezza di significato di due concetti fondamentali del sistema democratico: la sovranità elettorale nell'ordinamento interno e la sovranità nazionale nell'ordinamento dell'Unione europea.

Vi è ora un elemento comune da cui si deve partire per l'una e l'altra configurazione: è il *Next Generation UE*. Si tratta dello strumento giuridico adottato «per ricostruire l'Europa» dopo la pandemia: con le sue stringenti obbligazioni scandite da traguardi, obiettivi, termini, condizioni, in un orizzonte temporale che prescinde dalle scadenze elettorali nazionali (Reg. (UE) 2021/241).

Il Piano nazionale (PNRR) che ne ha recepito i contenuti non copre certamente l'intero arco programmatico del governo attuale né di quelli futuri. Ma esso certamente, per il suo carattere vincolante, di tipica giuridicità euro-nazionale, "deve" entrare in tutti i programmi dei governi che si susseguiranno nel periodo di durata (salvo, naturalmente, l'oneroso procedimento di revisione: art. 21 Reg. (UE) 2021/241). Tuttavia, nella prospettiva che si è fin qui delineata, ciascun presidente del Consiglio, "fiduciato" dalla maggioranza parlamentare coagulatasi dopo la tornata elettorale, avrà piena libertà di interpretazione e di esecuzione degli obiettivi del PNRR.

In sostanza, da qui al 2026, il programma dei governi avrà un contenuto parzialmente vincolato agli obiettivi e alle scadenze del *Next Generation UE*: ma l'indirizzo politico sarà quello risultante dalla libera interpretazione che, di volta in volta, di esso darà il presidente del consiglio in carica. La "sovranità elettorale" – sempre che non si esprima per una radicale modifica del PNRR e quindi dei contenuti del programma di governo – troverà così piena esplicazione nell'indirizzo politico del presidente del consiglio.

Com'è evidente, i vincoli del *Next Generation UE*, recepiti nei corrispondenti piani dei 27 Stati membri, pongono analoghe questioni in ordine al rapporto fra "sovranità nazionale" e "sovranità europea" lungo la linea di demarcazione del fondativo principio di attribuzioni con l'Unione (art. 5 TUE) e nel «rispetto dell'identità nazionale e della struttura fondamentale politica e costituzionale» degli Stati membri (art. 4,2 TUE).

A parte, infatti, problemi specifici aperti per singoli Stati in base agli articoli 6 e 7 TUE, si pone per tutti gli Stati componenti dell'Unione la questione se il *Next Generation UE*, con il suo carico di obblighi e termini di adempimento (corredati da puntuale apparato sanzionatorio) possa oggettivamente "commissariare" o addirittura "requisire" le strutture fondamentali di governo.

Anche da questa più ampia angolatura, la distinzione tra "programma" (che comunque – coincidendo con la intera "politica" o "attività" generale di

governo – è nozione più ampia del Piano nazionale) e indirizzo politico permette di evitare la contraddizione, se non la collisione tra due principi "non negoziabili" dell'attuale sistema euro-nazionale.

L'obbligo, dunque, di ciascun Paese di rispettare traguardi, obiettivi e termini del *Next Generation UE* – recepiti nell'ordinamento interno – è perfettamente conciliabile con l'autonomia di indirizzo politico di ciascun governo. La libertà, cioè, di interpretare politicamente lo strumento europeo – sia pure dentro un ampio spazio comunque disegnato da invalicabili confini oggettivi – nella gamma di accenti e priorità compatibili per ciascun Paese secondo il giudizio, pienamente discrezionale, del proprio governo.

4. Come si vede, l'emergenza pandemica e il PNRR hanno innestato processi politici, intensi e di lungo periodo: ben al di là di una congiunturale verticalizzazione dell'esecutivo.

In questi processi, il "vertice di Palazzo Chigi" appare certo rafforzato dal nuovo imponente apparato strutturale del PNRR .Ma di esso si avrebbe una visione parziale se limitata all'ordinamento interno : in effetti esso risulta strumentate al ruolo istituzionale del presidente del consiglio nel Consiglio europeo, com-partecipe (con potere di voto e di veto) delle decisioni sugli "impulsi" da dare allo sviluppo dell'Unione e sui relativi «orientamenti e priorità politiche generali» (art. 15 TUE). È in tale contesto che è nato infatti il *Next Generation UE.*

A questa posizione nodale euro-nazionale del presidente del consiglio si deve aggiungere- per una esatta configurazione giuridica della sua preminenza governativa- il protagonismo assegnatogli in Vertici internazionali multilaterali (Nato, G7, G20) e bilaterali, con influenza diretta e indiretta sulle decisioni di politica interna.

Al "presidente del governo" manca ancora tuttavia una base costituzionale autonoma, ricognitiva di questo impetuoso sviluppo di fatto e di diritto. Continua infatti l'attesa di quei «dispositivi costituzionali idonei a garantire la stabilità dell'azione di governo»: il gran discorso aperto, ma non chiuso, in Assemblea Costituente dall'ordine del giorno Perassi nel lontanissimo – in tutti i sensi – 4 settembre 1946.

L'UTILIZZO DEI *BIG DATA* E DELL'IA PER UNA MIGLIORE QUALITÀ DELLA REGOLAMENTAZIONE*

FEDERICO GALLI[**], **GIOVANNI SARTOR**[***]

Sommario

1. Introduzione: l'obiettivo della *better regulation*. – 2. Un nuovo paradigma per la *better regulation*: i *big data* e l'IA. – 3. Raccolta dei dati: costi e limiti. – 4. L'analisi e l'uso dei dati attraverso l'IA per la pianificazione delle leggi. – 5. Dati e modelli per il monitoraggio e la valutazione della regolazione. – 6. La necessità di un'etica dei dati per il settore pubblico. – 7. Conclusione.

Abstract

This paper analyses the prospects of using big data and artificial intelligence (AI) technologies to improve legislation (better regulation), in particular by means of impact assessment. After a brief background on the topic of better regulation, the new paradigm based on big data and AI will be investigated. The three phases of the data-centred regulation cycle will be tackled in succession, namely, (1) data collection and creation, (2) ex-ante impact analysis for policy planning and regulation design, and (3) ex-post monitoring and evaluation. Finally, the challenges for an acceptable use of AI and big data will be explored, focusing on the need to conform public action to a legal-ethical framework for data management and use.

Suggerimento di citazione

F. GALLI, G. SARTOR, *L'utilizzo dei* big data *e dell'IA per una migliore qualità della regolamentazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta in occasione della giornata di studi *Tecnica legislativa ed innovazione tecnologica* svoltasi a Firenze il 12 maggio 2022 e organizzata nell'ambito del progetto *Assemblee rappresentative ed innovazione tecnologica dopo la pande-mia: la "reingegnerizzazione" delle procedure parlamentari e del drafting legislativo* (Legitech).

** Ricercatore a t.d. di Filosofia del diritto nell'Università di Bologna.

Contatto: federico.galli7@unibo.it

*** Professore ordinario di Filosofia del diritto nell'Università di Bologna e Professore part-time all'Istituto Universitario Europeo.

Contatto: giovanni.sartor@unibo.it

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV – Fascicolo 3/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Introduzione: l'obiettivo della *better regulation*

Dopo il movimento di privatizzazione e liberalizzazione avvenuto negli ultimi decenni del secolo scorso e il conseguente dibattito su regolamentazione e deregolamentazione, l'attenzione si è spostata sulla qualità della regolamentazione. Il risultato pratico di questa attenzione sono stati numerosi programmi improntati alla cd. "*better regulation*" che hanno iniziato a essere adottati da organizzazioni internazionali (come l'OECD) e da molti Paesi sviluppati.

Ad esempio, l'UE ha introdotto un'agenda per una migliore regolamentazione nei primi anni 2000[1] La Comunicazione del 2002 intitolata "*La governance Europea - Un libro bianco*"[2] delineava quelli che sarebbero diventati i tre pilastri della strategia europea per la *better regulation*:

1. l'elaborazione di un processo standardizzato per la consultazione delle parti interessate esterne e del pubblico durante l'intero sviluppo delle proposte normative della Commissione;
2. l'introduzione di una procedura obbligatoria di valutazione d'impatto *ex ante* durante lo sviluppo di tutte le principali iniziative normative dell'UE;
3. la promozione dell'uso sistematico di valutazioni *ex post* per la revisione delle normative esistenti.

Con il pacchetto "Legiferare meglio" del 2015[3], ulteriormente perfezionato nel 2017[4], la Commissione ha rinnovato il suo impegno politico nei confronti dei medesimi obiettivi, introducendo al contempo modifiche significative al quadro normativo per la *better regulation*. Il pacchetto comprende nuovi orientamenti per la conduzione di consultazioni, valutazioni d'impatto *ex ante* ed *ex post*: tra le altre

[1] Sull'agenda europea per la "*better regulation*" e un commento critico si veda *passim*, GARBEN, GOVAERE, *The EU Better Regulation Agenda: A Critical Assesment*, Bloomsbury Publishing, New York, 2018. In dottrina italiana, si segnala uno dei primi contributi ricognitivi, CARBONE, TIBERI, *'La "Better Regulation" in Ambito Comunitario'* in *Quaderni Costituzionali*, 2001, fasc. 3, p. 699.

[2] European Commission (2002), *European governance – A white paper*, https://eur- lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52001DC0428 (ultimo accesso Settembre 2022).

[3] European Commission (2015), *Better regulation for better results – An EU agenda,* http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/com_2015_215_en.pdf (ultimo accesso Settembre 2022).

[4] European Commission (2017), *Completing the Better Regulation Agenda: Better solutions for better results*, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/completing-the-better-regulation- agenda-better-solutions-for-better-results_en.pdf (ultimo accesso Settembre 2022).

modifiche, le riforme del meccanismo di supervisione della Commissione per l'esame delle valutazioni d'impatto *ex ante* ed *ex post*[5].

Il concetto di *better regulation* incarna uno sforzo normativo che è contemporaneamente un obiettivo e un processo.

Avere una "migliore regolamentazione" significa innanzitutto essere in grado di rispondere ad una pluralità di sfide. In primo luogo, le proposte legislative dovrebbero migliorare nella formulazione linguistica, essere più semplici e chiare, così da favorire la certezza del diritto. In secondo luogo, le misure adottate dovrebbero essere adatte allo scopo che si prefiggono, nel senso che dovrebbero essere adeguate e proporzionate agli obiettivi di politica pubblica perseguiti, senza creare oneri inutili per i cittadini e le imprese[6]. Infine, la regolamentazione dovrebbe essere a prova di futuro (*future-proof*): da una parte, dovrebbe essere flessibile in modo da potersi adattare alle nuove realtà e alle evoluzioni sociali e tecnologiche. Dall'altra, dovrebbe essere guidata dall'innovazione, promuovendo la trasmissione della conoscenza ed evitando la creazione di ostacoli al progresso tecnologico e sociale.

Per risponder a tali sfide è necessario attuare un processo normativo più efficiente ed efficace. Tale processo non è più visto come una sequenza lineare di fasi indipendenti, ma piuttosto come un ciclo di passaggi interconnessi che si alimentano a vicenda rafforzandosi. Questi passaggi contribuiscono ad un ciclo normativo virtuoso che comprende sei fasi[7]: (1) la pianificazione della regolazione, (2) la redazione legislativa, (3) l'adozione delle misure, (4) l'attuazione, (5) il monitoraggio e (6) la revisione. Elemento fondamentale in tutto il ciclo di regolazione è l'informazione: ogni decisione viene adottata sulla base di evidenze relative agli impatti previsti e osservati (in inglese si parla di "*fact-*" or "*evidence-driven*").

Per produrre queste informazioni, il processo normativo utilizza lo strumento della valutazione d'impatto in due momenti: all'inizio del ciclo, *ex ante*, fornendo previsioni sugli impatti attesi, e alla fine del ciclo, *ex post*, informando sui risultati ottenuti. L'esercizio di valutazione d'impatto *ex ante* supporta le prime tre fasi del

[5] Sulle più recenti iniziative europee in tema di *better regulation*, si rinvia al rapporto RENDA, *Assessment of Current Initiatives of the European Commission on Better Regulation*, Policy Department for Citizens' Rights; Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies, 2022.

[6] In un rapporto commissionato dal Governo inglese, si parla di "legislazione SMART", e cioè *Specific* (specifica), *Measurable* (misurabile), *Achievable* (raggiungibile), *Realistic* (realistica) and *Time-limited* (limitata nel tempo). Si veda, HURST, *The Green Book: Central Government Guidance on Appraisal and Evaluation*, HM Treasury, 2020 <www.gov.uk/official-documents>).

[7] Commissione Europea, *Better Regulation Guidelines*, Documento di lavoro dei servizi della Commissione, 2021.

ciclo normativo (cioè, la pianificazione, l'elaborazione legislativa e l'attuazione) e fornisce ai decisori informazioni sugli impatti economici e non economici delle loro decisioni, consentendo un'analisi di vantaggi e svantaggi di ogni misura presa in considerazione. La valutazione d'impatto *ex post* intende chiarire in che misura l'intervento ha raggiunto i suoi obiettivi, se ha generato impatti non voluti o indiretti, e se sia necessario modificarlo. Nel linguaggio tecnico, si parla spesso anche di "*fitness check*", cioè quel processo di valutazione successiva che fornisce informazioni su come uno o più atti legislativi correlati hanno contribuito a un obiettivo politico stabilito in anticipo.

2. Un nuovo paradigma per la *better regulation*: i big data e l'IA

Lo sforzo di seguire il processo legislativo con la produzione di informazioni introduce un requisito fondamentale: la raccolta di dati e l'uso di strumenti per la loro analisi al fine di produrre conoscenza utilizzabile nel ciclo della regolazione.

Gli strumenti tradizionali adottati dai governi si basano su metodi qualitativi o quantitativi, o su una combinazione di essi. Ad esempio, i *focus group* o le interviste individuali possono essere utilizzati per esplorare fenomeni sociali poco conosciuti, raccogliendo esperienze, opinioni e motivazioni pertinenti, che possono poi guidare la raccolta dei dati quantitativi. Una soluzione pratica può essere quella di condurre o commissionare casi di studio e ricerche approfondite sugli obiettivi della regolazione. Altrimenti, un metodo classico è la consultazione di esperti per la raccolta o l'interpretazione delle evidenze scientifiche. A livello UE, esistono poi vari database che raccolgono dati empirici riguardanti varie tematiche. Ad esempio, Eurostat fornisce libero accesso alle statistiche a livello europeo (a partire dai dati raccolti dagli enti di rilevazione statistica degli Stati membri) utilizzando metodologie armonizzate che consentono il confronto tra Paesi e regioni. Il database Eurobarometro monitora l'opinione pubblica negli Stati membri e fornisce risultati rappresentativi delle popolazioni interessate sui temi quali, ad es., la salute, la cultura, l'ambiente, le tecnologie dell'informazione, la difesa, ecc.

Per quanto riguarda i metodi di analisi, l'approccio tradizionale è caratterizzato dalla quasi esclusiva interpretazione umana dei dati. La valutazione e la validazione critica, indipendente, competente, e trasparente delle prove raccolte garantiscono la solidità e l'affidabilità dell'analisi. La peer-review è un metodo comune di garanzia della qualità che aumenta la credibilità dei risultati e può contribuire a migliorare i modelli e i metodi.

I limiti nella raccolta e nel reperimento di dati (in qualità e quantità) e negli strumenti di analisi automatica sono state una delle principali barriere allo sviluppo

effettivo di pratiche di *better regulation* da parte dei governi. Tuttavia, oggi il contesto sociotecnico è mutato.

Come noto, negli ultimi anni abbiamo assistito a un vero e proprio "diluvio di dati"[8]. La quantità di dati disponibili è aumentata a un ritmo accelerato, poiché la vita umana si è trasferita in rete e la maggior parte dei processi economici, amministrativi e sociali sono mediati da sistemi informatici[9]. Tali sistemi permettono di acquisire e registrare una grande quantità di informazioni sul mondo fisico (es., telecamere stradali, sensori che raccolgono informazioni sul clima, dispositivi per test medici) e sulle interazioni socioeconomiche (es. sistemi di registrazione delle transazioni o di tracciamento del comportamento online). Il termine "big data"[10] identifica grandi insiemi di dati che è difficile gestire con tecniche standard, a causa delle loro caratteristiche particolari, le cosiddette tre "V": enorme volume, alta velocità e grande varietà.

Il fenomeno dei big data è stato accompagnato dallo sviluppo di tecnologie per l'archiviazione e l'elaborazione dei dati che consentono un uso efficiente di queste vaste risorse. In particolare, grazie alle tecnologie di analisi dei dati, questi vasti insiemi di dati possono essere utilizzati per estrarre informazioni. L'analitica dei dati (*data analytics*) è definita come "l'uso estensivo dei dati, dell'analisi statistica e quantitativa, dei modelli esplicativi e predittivi e della gestione basata sui fatti per guidare le decisioni e le azioni"[11] e include i seguenti approcci:

- L'analisi descrittiva (detta anche *business intelligence* o *performance reporting*) consente di accedere a dati storici e attuali. Offre la possibilità di informare, esplorare e creare report utilizzando dati interni ed esterni provenienti da diverse fonti.
- L'analisi predittiva utilizza tecniche quantitative (ad es., propensione, segmentazione, analisi di rete e previsioni econometriche) e tecnologie (come modelli e sistemi basati su regole) per prevedere il futuro sulla base di dati passati.
- L'analisi prescrittiva utilizza una serie di tecniche quantitative e tecnologie (ad esempio, modelli decisionali o motori di raccomandazione) per identificare i comportamenti e le azioni maggiormente vantaggiosi.

[8] ANDERSON, *The End of Theory: The Data Deluge Makes the Scientific Method Obsolete*, in *Wired magazine*, 2008, p.16.

[9] VARIAN, *Computer Mediated Transactions,* in *American Economic Review*, Vol. 100, 2010, p. 1.

[10] MAYER-SCHÖNBERGER, CUKIER, *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think* Houghton Mifflin Harcourt, Boston, 2013.

[11] DAVENPORT, HARRIS, *Competing on Analytics: Updated, with a New Introduction: The New Science of Winning*, Harvard Business Press, Harvard, 2017.

Oltre ad essere analizzati per ricavare informazioni, gli insiemi di big data possono anche essere utilizzati per addestrare i sistemi di IA. In tal caso, la conoscenza nascosta nei dati sarà utilizzabile nello svolgimento di compiti in modo più o meno automatico. Ciò è possibile grazie alle tecniche di apprendimento automatico, che insegnano ai computer a costruire modelli descrittivi, predittivi o prescrittivi direttamente dai dati e ad applicarli a casi specifici, per acquisire nuove informazioni o decidere come risolvere un problema[12]. A tali tecniche, si aggiungano le più recenti applicazioni nel campo dell'elaborazione automatica linguaggio naturale che permettono di estrarre, sintetizzare ed elaborare informazioni da testi redatti da essere umani.

Negli ultimi anni molte organizzazioni private hanno iniziato a sfruttare questi nuovi strumenti attraverso un cambio strategico nel condurre attività d'impresa[13]. Oggi, nel modello aziendale competitivo, le decisioni sono adottate, non più solamente sulla base di modelli decisionali teorici, bensì sulla base di evidenze empiriche (si parla di "*data-driven*). L'impresa orienta prima di tutto la sua attività verso l'accumulo di dati su clienti e concorrenti, e poi verso l'adozione di tecnologie di analisi che permettono di trarre profitto da questi dati[14]. Si pensi alle piattaforme online. Queste sono caratterizzate da un doppio flusso di informazioni: gli individui ricevono informazioni e servizi e, allo stesso tempo, i fornitori osservano, verificano e analizzano automaticamente tutte le transazioni, utilizzando ogni carattere digitato o link cliccato. Una volta raccolte e analizzate, queste informazioni permettono di inviare agli utenti materiale mirato (es., pubblicità, notizie, offerte) e offrire servizi personalizzati (es., raccomandazioni, prodotti customizzati) contribuendo ad aumentare la fedeltà dei clienti, il traffico sulla piattaforma e l'incremento dei profitti derivanti da pubblicità.

In questo scenario di "concorrenza sull'analitica"[15], il settore pubblico è rimasto evidentemente indietro. Da una parte, la digitalizzazione dei processi e dei servizi pubblici è progredita più lentamente rispetto alle attività dell'economia

[12] AGRAWAL, GANS, Goldfarb, *Prediction Machines: The Simple Economics of Artificial Intelligence* (Harvard Business Press, Harvard, 2018.

[13] MCAFEE, BRYNJOLFSSON, DAVENPORT, *Big Data: The Management Revolution*, in *Harvard Business Review*, Vol. 90, 2012, p. 60.

[14] Si veda CONSTANTIOU, KALLINIKOS, *New Games, New Rules: Big Data and the Changing Context of Strategy*, in *Journal of Information Technology*, vol. 30, 2015, p. 44, in cui gli Autori parlano di un vero e proprio nuovo contesto per le strategie aziendali, in cui l'obiettivo principale è acquisire informazioni strutturate di valore duraturo che rispondano a obiettivi organizzativi specifici e di lungo termine.

[15] DAVENPORT e HARRIS (n 9).

privata. Ciò ha comportato, un conseguente ritardo nel processo di "datificazione"[16] delle interazioni tra governo e individui e dunque nella possibilità di immagazzinare più agevolmente e disporre di informazioni sui cittadini[17]. Dall'altra, gli enti pubblici sono meno inclini ad analizzare i dati in loro possesso per trarne informazioni, per un retaggio culturale derivante dal classico modello weberiano di burocrazia[18]. Secondo questo modello, i dati sugli individui sono contenuti all'interno di archivi isolati, disponibili per il controllo di singole informazioni, ma senza che gli archivi generino altri dati utilizzabili per analisi successive. Questa caratteristica dell'architettura dell'informazione dei governi si è mantenuta anche nell'era dell'informatizzazione, e la mancanza di dati utilizzabili è rimasta una caratteristica di molti governi.

Tuttavia, negli ultimi anni, il crescente interesse verso le nuove tecniche di analisi dei dati e verso l'IA ha stimolato alcune amministrazioni pubbliche a riconfigurare il ciclo della regolamentazione e ad incentrarlo sul dato[19]. Questo processo inizia con la raccolta e la generazione di dati e prosegue con il loro utilizzo per estrarre informazioni e definire e attuare le politiche. Si conclude con una valutazione delle misure implementate per determinare se abbiano raggiunto i loro obiettivi, il che può richiedere la raccolta o la generazione di ulteriori dati, in modo che il ciclo possa ricominciare.

3. Raccolta dei dati: costi e limiti

Un settore pubblico "guidato dai dati" – nel senso che si affidi fortemente ai dati per prevedere le esigenze, modellare l'erogazione dei servizi e comprendere e rispondere ai cambiamenti – rappresenta perciò una dimensione chiave della strategia di *better regulation*. Conseguentemente, sono necessari sforzi attivi per rimuovere gli ostacoli alla raccolta, gestione e condivisione dei dati.

[16] Con questo termine, si intende non semplicemente la creazione di informazioni, ma la quantificazione della vita umana attraverso l'informazione digitale, spesso caratterizzata da valore economico. Si veda per esteso, Ulises A MEJIAS, COULDRY, *Datafication* in *Internet Policy Review*, vol. 8, 2019.

[17] LINDGREN, MADSEN, HOFMANN, MELIN, CLOSE, *Close Encounters of the Digital Kind: A Research Agenda for the Digitalization of Public Services,* in *Government Information Quarterly,* vol. 36, 2019, p. 427.

[18] Così secondo MARGETTS, *Rethinking AI for Good Governance* in *Daedalus*, vol. 151, 2022, p. 360.

[19] Si segnalano i due recenti rapporti dell'OECD, VAN OOIJEN, UBALDI, WELBY, *A Data-Driven Public Sector* <https://www.oecd-ilibrary.org/content/paper/09ab162c-en>; OECD, *The Path to Becoming a Data-Driven Public Sector*, 2019, <https://www.oecd-ilibrary.org/content/publication/059814a7-en>; e un rapporto del Parlamento europeo, MISURACA, BARCEVIČIUS, CODAGNONE, *Exploring Digital Government Transformation in the EU - Understanding Public Sector Innovation in a Data-Driven Society,* Publications Office of the European Union <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC121548>.

L'uso efficiente ed efficace dei dati nel settore pubblico non deve essere dato per scontato. Richiede una struttura complessa di governance che includa, non solamente un'infrastruttura tecnica per la raccolta, conservazione e gestione di dati, ma anche la capacità di progettare una politica dei dati, di attuarla, di adottare norme appropriate, di coinvolgere attori con le competenze necessarie. I dati che possono avere rilevanza per le istituzioni pubbliche provengono da molte fonti diverse e possono essere acquisiti in molti modi diversi. Organizzazioni governative, cittadini, imprese, ricercatori e altre parti interessate della società contribuiscono tutti, consapevolmente e inconsapevolmente, alla generazione di dati, in formati aperti e chiusi, in grandi e piccole quantità, con e senza struttura, di natura personale e no.

Quando si considera l'uso dei dati da parte delle amministrazioni pubbliche, è importante sottolineare che la raccolta/generazione, la gestione e l'elaborazione dei dati comportano costi e benefici. Un'analisi costi-benefici si applica anche ai dati, poiché il costo delle attività legate ai dati è un aspetto del costo più ampio della progettazione e dell'attuazione di una politica.

Nel considerare il costo della raccolta dei dati ai fini della valutazione di una politica legislativa, un aspetto importante riguarda la possibilità di riutilizzare i dati, cioè di impiegarli per finalità non incompatibili con quelle per cui originariamente i dati erano stati raccolti. In particolare, i dati utilizzati per l'attuazione di una politica possono essere reimpiegati (senza costi di raccolta aggiuntivi) per valutare la politica ed eventualmente riformarla. Inoltre, per rendere la raccolta dei dati efficace dal punto di vista dei costi e sostenibile, si rende necessaria la progettazione di politiche di raccolta e creazione dei dati, in base alle quali i dati vengono prodotti automaticamente come effetto collaterale dei processi amministrativi, derivanti dalle azioni delle amministrazioni pubbliche e dei cittadini.

Nell'analisi degli impatti occorre anche considerare le questioni relative alla privacy e alla protezione dei dati. In questo ambito, un ruolo fondamentale è svolto della legge sulla protezione dei dati, tra cui il Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (GDPR)[20], la direttiva ePrivacy[21], la direttiva sull'applicazione dei

[20] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE.

[21] Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche

dati e l'applicazione della legge), presto sostituita dal Regolamento e-Privacy[22], il Regolamento sulla circolazione dei dati non personali[23] nonché dalle nuove leggi emergenti sui dati, tra cui la proposta di legge sulla governance dei dati (Data Governance Act)[24] e la legge sui dati (Data Act)[25]. In particolare, queste ultime due normative affrontano anche il riutilizzo dei dati, sia quelli raccolti da enti pubblici (da rendere accessibili anche a soggetti privati) che quelli raccolti da soggetti privati (da rendere accessibili anche a enti pubblici).

Un aspetto cruciale riguarda la privacy by design e by default[26], in base alle quali le considerazioni relative alla privacy degli individui dovrebbe essere prese in considerazione fin dalla progettazione delle politiche di raccolta dati e nella selezione delle tecnologie impiegate. Dovrebbero essere adottate misure di riduzione del rischio[27] con particolare attenzione all'anonimizzazione o pseudonimizzazione dei dati, specialmente quando i dati utilizzati dalle pubbliche amministrazioni per valutare l'impatto delle politiche non richiedano l'identificazione degli individui persone fisiche.

In taluni casi, la pubblica amministrazione dovrà svolgere anche una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati[28], allorché, considerati la natura, l'oggetto, il contesto e le finalità del trattamento, l'utilizzo dei dati possa comportare un rischio elevato per gli interessati. Nel contesto che ci interessa, ciò può avvenire quando i governi effettuano valutazione su larga scala sui cittadini, specialmente quando si ricorra a tecniche di profilazione, ma anche quando vengono svolte valutazioni su categorie di dati sensibili (come nel caso della modellazione dell'erogazione dei servizi ospedalieri basate sui dati sanitari dei cittadini). Un soggetto chiave nella valutazione d'impatto è il responsabile della protezione dei dati (DPO) che un organismo pubblico è sempre e necessariamente tenuto a designare[29]. Questi dovrebbe svolgere un ruolo chiave nella definizione delle politiche di raccolta e

[22] Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE, COM/2017/010 final.

[23] Regolamento (UE) 2018/1807 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea.

[24] Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla governance europea dei dati, COM/2020/767 final.

[25] Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo, COM/2022/68 final.

[26] Articolo 25 GDPR

[27] Articolo 32 GDPR.

[28] Articolo 35 GDPR.

[29] Articolo 37 GDPR.

gestione dei dati, assicurando il rispetto delle norme giuridiche a tutela della privacy.

4. L'analisi e l'uso dei dati attraverso l'IA per la pianificazione delle leggi

Uno studio del 2020 sui big data e l'IA nel governo federale degli Stati Uniti ha rilevato che quasi la metà delle agenzie studiate ha sperimentato strumenti di apprendimento automatico[30]. Tra le applicazioni dell'IA elencate, vi sono le seguenti: l'estrazione di informazioni da rapporti testuali su eventi avversi ai farmaci; l'analisi dei reclami dei consumatori, l'elaborazione di racconti di infortuni dei lavoratori.

Più in generale, le tecniche di analisi dei dati basate sull'IA possono essere utilizzate anche dal settore pubblico per l'elaborazione delle politiche aiutando il governo a svolgere tre compiti chiave: (1) l'analisi e l'individuazione, (2) la previsione dei comportamenti e (3) la simulazione delle interazioni[31].

Il compito di analisi e individuazione riguarda la comprensione dei comportamenti, delle tendenze e dei modelli sociali ed economici, come condizione preliminare per formulare le politiche pubbliche. Grazie ai big data e all'analitica avanzata, i governi possono analizzare le preferenze e le esigenze politiche dei cittadini per capire meglio quali incentivi funzioneranno, in quali circostanze[32]. L'estrema velocità del flusso dei dati consente inoltre ai responsabili politici di riorganizzare rapidamente le strategie politiche e di incorporare nuove informazioni collettive provenienti da una varietà di fonti, compresi i canali al di fuori dell'ambito politico formale come i social media, le consultazioni online e i municipi virtuali[33]. Un aspetto collegato è rappresentato dalla possibilità di individuare i comportamenti e le preferenze di cittadini o di gruppi di cittadini per l'erogazione di servizi personalizzati. Ad esempio, l'utilizzo di dati provenienti da fascicoli sanitari elettronici e il monitoraggio dei risultati delle politiche sanitarie possono aiutare a migliore l'accesso al sistema sanitario e sviluppare nuovi interventi per popolazioni più svantaggiate.

Un'importante preoccupazione riguarda l'individuazione di comportamenti di individui specifici, come ad esempio, quando l'IA è usata per l'identificare le frodi

[30] ENGSTROM, HO, SHARKEY, CUÉLLAR, *Government by Algorithm: Artificial Intelligence in Federal Administrative Agencies,* in *NYU School of Law*, Public Law Research Paper, 2020.

[31] MARGETTS, DOROBANTU, *Rethink Government with AI,* in *Nature*, vol. 568, 2019, p. 163.

[32] HÖCHTL, PARYCEK, SCHÖLLHAMMER, *Big Data in the Policy Cycle: Policy Decision Making in the Digital Era, in Journal of Organizational Computing and Electronic Commerce*, vol 26, 2016, p. 147.

[33] MERGEL, *Building Holistic Evidence for Social Media Impact*, in *Public Administration Review*, vol. 77, 2017, p. 489.

fiscali, il riciclaggio di denaro e le minacce al terrorismo. In questo caso, l'uso dei big data e dell'IA a fini di individuazione può svolgere un ruolo utile (per esempio, per prevenire fenomeni illeciti), ma i controlli dovrebbero essere applicati in modo equo a tutta la popolazione, con adeguate cautele e un'attenta valutazione umana dei casi potenzialmente illegali identificati dalla macchina. Un caso significativo di utilizzo abusivo dell'IA è emerso di recente nei Paesi Bassi[34], dove un progetto su larga scala finalizzato all'individuazione automatica delle frodi fiscali ha fatto sì che un gran numero di persone venisse privato ingiustamente dei sussidi e sottoposto a multe, e che alcuni gruppi venissero sottoposti a un trattamento iniquo.

Un'altra possibilità fornita dall'IA è rappresentata dalla predizione[35], e cioè la possibilità di anticipare eventi individuali o fenomeni aggregati. Le tecniche di previsione basate sui dati possono aiutare i governi ad anticipare gli sviluppi sociali, economici o naturali che probabilmente si verificheranno in futuro, ma consentono anche di sviluppare sistemi di allerta precoce e sistemi di supporto decisionale in tempo reale per valutare meglio la necessità di intervenire, progettare le misure politiche appropriate e anticipare con maggiore precisione gli impatti previsti[36]. Ad esempio, piani di aiuto per luoghi terremotati potrebbero essere attivati sulla base di indici predittivi, invece che a posteriori, evitando alcuni danni. Inoltre, le predizioni possono consentire ai governi di anticiparne le richieste aggregate di servizi (come la necessità la capienza necessaria degli ospedali, i livelli di educazione, l'assistenza nelle scuole d'infanzia) e migliorarne così l'erogazione.

Anche in questo ambito, sono state sollevate preoccupazioni riguardo le predizioni individualizzate. Questa pratica, diffusa nel settore privato – ad esempio, nell'assistenza sanitaria, nell'industria assicurativa, nel *credit scoring* e nel reclutamento di personale[37] – può avere alcune applicazioni controverse anche nel settore pubblico. Esempi sono la valutazione della recidiva e la c.d. "polizia predittiva"[38],

[34] HEIKKILA, *Dutch Scandal Serves as a Warning for Europe over Risks of Using Algorithms*, *Politico* 2022, https://www-politico-eu. cdn. ampproject. org/c/s/www. politico. eu/article/dutch-scandal-serves-as-a-warning-for-europe-over-risks-of-using-algorithms/amp. (ultimo accesso Settembre 2022)

[35] AGRAWAL, GANS, GOLDFARB (n 12).

[36] ATHEY, *Beyond Prediction: Using Big Data for Policy Problems*, in *Science*, vol. 355, 2017, p. 483.

[37] LAGIOIA, SARTOR, *Profilazione e Decisione Algoritmica: Dal Mercato Alla Sfera Pubblica,* in *Federalismi.it*, 2020, p. 85.

[38] SUSSER, *Predictive Policing and the Ethics of Preemption,* in Jones, Mendieta (a cura di), *The Ethics of Policing: New Perspectives on Law Enforcement*, 2021, p. 268. Si pensi altresì all'utilizzo di sistemi predittivi nel valutare il rischio di recidiva del singolo detenuto, come il sistema COMPAS utilizzato negli Stati Uniti. Si veda il rapporto dell'agenzia di informazione ProPublica, Julia ANGWIN, *How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm, ProPublica*, vol 28., 2016.

nella medicina predittiva, [39], nell'identificazione delle famiglie a rischio di violenza o di abbandono dei bambini[40]. Meno problematico, invece, è l'uso della previsione per anticipare fenomeni aggregati. Tali previsioni possono riguardare le condizioni future (ad es., le tendenze economiche e sociali) o gli esiti delle politiche. In quest'ultimo caso, è possibile determinare i risultati attesi di interventi alternativi attraverso un'analisi causale, cioè che ricollegate ad una certa misura politica il suo probabile effetto nella popolazione. Per la valutazione d'impatto *ex ante* delle normative possono essere necessarie previsioni sia sulle condizioni sociali, sia sugli esiti delle politiche; le prime forniscono il contesto per le seconde. La previsione automatica può basarsi su diversi modelli, ad esempio econometrici o statistici, eventualmente integrati con tecnologie per l'apprendimento automatico. L'attuale entusiasmo per l'IA non deve farci dimenticare che tutti i modelli sono fallibili e che i modelli di ottimizzazione statistica più tradizionali possono spesso superare gli approcci dell'IA.

Infine, uno sviluppo particolare, reso possibile dalla disponibilità di tecnologie avanzate e di tecniche di calcolo appropriate, è la cd. "simulazione sociale". Questa si basa su una modellazione ad agenti, piuttosto che su una formalizzazione analitica attraverso equazioni matematiche. I modelli basati sugli agenti sono in linea di principio sperimentali: il modello specifica le caratteristiche e il comportamento dei singoli agenti in modo che la dinamica aggregata del sistema emerga attraverso le interazioni di tali agenti. Ad esempio, per prevedere i modelli di traffico stradale, si può specificare attraverso appositi algoritmi il comportamento di ciascun veicolo (dato il tipo, la proprietà, ecc.) e le caratteristiche dell'ambiente (luoghi, strade, ecc.) in cui i veicoli operano. Il traffico (con congestioni, incidenti, ecc.) risulterà dalle interazioni dei singoli veicoli. Allo stesso modo, creando agenti digitali che si comporteranno in determinati modi durante gli scambi commerciali, è possibile studiare le dinamiche dei mercati.

Un'idea interessante legata al concetto di simulazione è quella di "gemello digitale"[41], cioè una rappresentazione virtuale di un'entità fisica o sociale, che è

[39] ADJEKUM, IENCA, VAYENA, *What Is Trust? Ethics and Risk Governance in Precision Medicine and Predictive Analytics*, in *Omics: a journal of integrative biology*, vol. 21, 2017, p. 704.

[40] HUNT, TOMLINSON, SIKANDER, SKEEN, MARLOW, DU TOIT, EISNER, *Artificial Intelligence, Big Data, and mHealth: The Frontiers of the Prevention of Violence Against Children*, in *Frontiers in artificial intelligence*, vol. 3, 2020, p. 543305.

[41] FULLER, FAN, DAY, BARLOW, *Digital Twin: Enabling Technologies, Challenges and Open Research,* Disponibile su IEEE, vol. 8, 2020, n. 108952.

costantemente collegata a tale entità attraverso flussi di dati[42] L'idea del gemello digitale ha origine nell'ingegneria (in particolare in quella spaziale) ma da allora è stata estesa non solo ai dispositivi tecnologici, ma anche a edifici, fabbriche, città e altri sistemi. Il gemello digitale viene utilizzato per anticipare i problemi del corrispondente sistema reale e testare potenziali soluzioni prima di implementarle nel mondo reale. È stato sostenuto che le tecnologie di intelligenza artificiale e i big data permettono di creare gemelli digitali non solo di sistemi fisici, ma anche di sistemi sociali e sociotecnici, cioè veri e propri, gemelli della società. Tali modelli potrebbero essere utilizzati per determinare in modo proattivo come i sistemi sociali possono rispondere alle contingenze future, identificare i problemi e valutare i possibili interventi, come l'emanazione di nuove norme[43].

5. Dati e modelli per il monitoraggio e la valutazione della regolazione

Anche quando basata su metodi computazionali avanzati, la valutazione d'impatto per l'adozione di misure regolatorie rimane fortemente congetturale. Ciò è dovuto alla combinazione di diversi aspetti, come la disponibilità di dati, la complessità dei contesti sociali regolati, la difficoltà delle analisi causali.

In alcuni casi, l'incertezza può essere trattata matematicamente, in quanto è possibile assegnare probabilità al verificarsi di eventi futuri. Tuttavia, esistono anche casi in cui l'incertezza riguarda queste stesse probabilità, e ciò rende impossibile stabilire quale sia la probabilità che un evento futuro si verifichi. Questo accade spesso quando occorre valutare l'impatto di fattori innovativi (come ad es., le innovazioni tecnologiche) o in caso di scenari ad alta complessità (come in molti contesti ecologici e sociali)[44],

Dunque, l'incertezza della valutazione *ex ante*, anche quando viene effettuata affidandosi alle migliori metodologie, rende necessario sottolineare l'importanza del monitoraggio intermedio e della valutazione *ex post* nel ciclo della regolazione. Entrambi hanno lo scopo di verificare in che misura le previsioni *ex ante* siano

[42] Secondo la definizione di IBM, il gemello digitale è "*una rappresentazione virtuale di un oggetto o di un sistema che copre il suo ciclo di vita, viene aggiornato da dati in tempo reale e utilizza la simulazione, l'apprendimento automatico e il ragionamento per aiutare il processo decisionale*".

[43] Ad esempio, César Hidalgo, direttore del Center for Collective Learning di Tolosa, ha presentato l'idea di "democrazia aumentata", e cioè la possibilità di istituire società democratiche virtuali attraverso gemelli digitali fornendo ai cittadini avatar digitali attraverso i quali partecipare direttamente a molte decisioni democratiche. Il contenuto della presentazione è disponibile al seguente link: https://www.ted.com/talks/cesar_hidalgo_una_idea_osada_para_reemplazar_a_los_politicos.

[44] HANSSON, HADORN, *The Argumentative Turn in Policy Analysis: Reasoning about Uncertainty*, vol 10, Springer, Cham, 2016.

verificate o contraddette dai fatti successivi, nonché in che misura siano emersi effetti collaterali inattesi. In questo modo, il monitoraggio e la valutazione possono fornire prove per aggiustamenti e revisioni delle politiche. Più in generale, attraverso il monitoraggio e la valutazione, i responsabili politici possono essere chiamati a rispondere dei risultati reali (piuttosto che di quelli attesi) delle loro politiche, e il processo stesso di valutazione *ex ante* (i dati raccolti, la metodologia utilizzata, ecc.) può essere sottoposto a un esame critico.

Il monitoraggio e la valutazione successiva delle leggi possono basarsi su modelli diversi, che richiedono informazioni diverse.

Attualmente, un modello popolare è l'analisi costi-benefici, che misura i potenziali benefici (vantaggi) di una misura in esame rispetto alle sue potenziali perdite (svantaggi). I benefici e le perdite sono quantificati da numeri espressi nella stessa unità, di solito corrispondente a una valuta comune (ad esempio, euro o dollari). Queste quantità - la misura del beneficio o della perdita complessiva in gioco - sono spesso determinate facendo riferimento alla disponibilità degli individui a pagare per ottenere un beneficio o alla loro disponibilità ad accettare un pagamento in cambio di una perdita, tenendo conto anche della probabilità che tale beneficio o perdita si verifichi. Sommando tutti i benefici attesi e sottraendo tutte le perdite attese, per tutti gli individui, si ottiene un unico numero che indica il merito complessivo della misura considerata, che può essere confrontato con il numero corrispondente assegnato a ciascuna delle alternative in esame.

L'analisi costi-benefici è un approccio consolidato, che ha il vantaggio di fornire risultati numerici comparabili per tutte le opzioni prese in considerazione. Tuttavia, in molti ambiti questo metodo incontra delle difficoltà, legate alla difficoltà di renderlo operativo e ad alcune questioni normative. In particolare, l'analisi costi-benefici richiede, in linea di principio, la raccolta di dati sulla disponibilità a pagare o ad accettare, per tutti gli individui interessati. Tale esigenza informativa può essere soddisfatta solo indirettamente, affidandosi a *proxy*. Ulteriori problemi riguardano il fatto che l'analisi costi-benefici non tiene conto della distribuzione dei benefici e dei costi tra i diversi individui e gruppi (si limita a considerare la loro somma), e tende a sottovalutare i beni collettivi e i beni a cui non è possibile assegnare un valore monetario significativo (come la vita umana o il rispetto dei diritti fondamentali)[45]. In generale, quindi, si ritiene che l'analisi costi-benefici possa

[45] HANSSON, *Philosophical Problems in Cost–Benefit Analysis,* in *Economics & Philosophy*, vol. 23, 2007, p. 163.

contribuire ad una corretta valutazione dell'impatto di alcune politiche, ma raramente può fornire una valutazione complessiva.

Criteri alternativi o complementari per la valutazione delle misure legislative sono l'analisi dei costi minimi e l'analisi del rapporto costo-efficacia. La prima considera solo i costi, al fine di selezionare l'opzione alternativa che comporta il costo più basso; pertanto, non affronta adeguatamente i casi in cui una misura con costi più elevati fornirebbe maggiori benefici (e i maggiori benefici giustificano pienamente i costi più elevati). L'analisi del rapporto costo-efficacia considera la relazione tra unità di beneficio e unità di spesa (ad esempio, dividendo il numero di vite salvate per l'importo in euro necessario per le misure sanitarie); pertanto, non affronta adeguatamente i casi in cui una misura di portata più ampia fornirebbe un maggiore beneficio netto complessivo (beneficio-costo), anche se una misura più ristretta potrebbe avere un maggiore rapporto costo-efficacia (per es., la vaccinazione di tutti gli individui, piuttosto che solo quelli a maggior rischio, durante una pandemia, può portare un maggior beneficio aggregato)[46].

Esistono poi modelli di valutazione multicriterio in cui si considerano separatamente il raggiungimento di diversi obiettivi, come il contributo che una politica può dare al PIL, all'ambiente o ai diritti individuali, eventualmente utilizzando metodi e scale diverse per misurare tali impatti. Una misura può infatti essere più favorevole in base ad alcuni criteri e meno favorevole in base ad altri rispetto ad altre misure (ad esempio, un'opzione normativa è più protettiva di alcuni diritti individuali, come la privacy, e più costosa per le aziende). In questi casi, è necessario determinare se i vantaggi della misura per certi aspetti (ad es., i diritti alla privacy) siano più o meno importanti dei vantaggi della misura alternativa per altri aspetti (ad es., la riduzione dei costi per le aziende). Pertanto, può essere necessaria una valutazione umana per stabilire quale misura (quale pacchetto di benefici e perdite) sia complessivamente preferibile, oppure deve essere definito un calcolo che trasformi ogni beneficio o perdita in una valuta comune (es., unità di utilità, dollari, euro, ecc.), o che renda altrimenti possibile confrontare misure alternative[47].

[46] Per una discussione sui diversi modelli di valutazione della regolazione, si veda RENDA, *Regulatory Impact Assessment and Regulatory Policy*, in *Regulatory Policy in Perspective: A Reader's Companion to the OECD Regulatory Policy Outlook*, 2015, p. 35. Per alcune considerazioni critiche, si veda anche MICKLITZ, *The Measuring of the Law Through EU Politics*, in Bartl, Lawrence (a cura di), *The politics of european legal research*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2022.

[47] Esiste una vasta gamma di approcci al processo decisionale multicriterio. Per un contributo approfondito sul tema si veda KEENEY, RAIFFA, MEYER, *Decisions with Multiple Objectives: Preferences and*

Il processo decisionale multicriterio sembra essere stato adottato nelle valutazioni normative dell'UE, almeno per i regolamenti più significativi. Ad esempio, la valutazione d'impatto del Digital Services Act[48] considera separatamente gli impatti economici, gli impatti sociali, gli impatti sui diritti fondamentali e gli impatti ambientali, dettagliando ulteriormente tali impatti e cercando di quantificarne alcuni (in particolare, gli impatti economici e ambientali).

Di recente è cresciuto l'interesse per gli Obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite[49] che consistono in diciassette obiettivi: (1) nessuna povertà; (2) zero fame; (3) buona salute e benessere; (4) istruzione di qualità; (5) uguaglianza di genere; (6) acqua pulita e servizi igienici; (7) energia pulita e accessibile; (8) lavoro dignitoso e crescita economica; (9) industria, innovazione e infrastrutture; (10) riduzione delle disuguaglianze; (11) città e comunità sostenibili; (12) consumo e produzione responsabili; (13) l'azione per il clima; (14) la vita sotto l'acqua; (15) la vita sulla terra; (16) la pace, la giustizia e le istituzioni forti; (17) le partnership per questi obiettivi. Il quadro degli Obiettivi di sviluppo sostenibile prevede anche sotto-obiettivi per ogni obiettivo e indicatori per il loro raggiungimento. Sebbene siano stati proposti metodi per calcolare il merito delle politiche rispetto a questo quadro[50], si tratta di un compito impegnativo, data la diversità degli obiettivi e i molteplici indicatori con cui sono quantificati.

6. La necessità di un'etica dei dati per il settore pubblico

Una sfida cruciale che i governi devono affrontare per massimizzare il ruolo dei dati nella progettazione delle politiche, nell'erogazione dei servizi e nell'efficienza delle operazioni riguarda la legittimità e l'affidabilità delle iniziative di utilizzo dei dati. Questo sforzo va oltre il rispetto delle leggi sulla protezione dei dati e degli altri strumenti giuridici applicabili, e prende in considerazione l'etica dei dati. Quest'ultima indica i valori morali da rispettare e perseguire nell'utilizzo dei dati

Value Trade-Offs Cambridge University Press, Cambridge, 1993; per un resoconto più recente ISHIZAKA, NEMERY, *Multi-Criteria Decision Analysis: Methods and Software*, John Wiley & Sons, 2013.

[48] Commission Staff Working Document - Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, Brussels, 15.12.2020 SWD(2020) 348 final.

[49] SCHMIDT-TRAUB, DE LA MOTHE, KAROUBI, ESPEY, *Indicators and a Monitoring Framework for the Sustainable Development Goals - Launching a Data Revolution for the SDGs*, United Nations, 2015.

[50] Si veda, ad esempio, la proposta di GUERRERO, CASTAÑEDA, *Policy Priority Inference: A Computational Framework to Analyze the Allocation of Resources for the Sustainable Development Goals,* in *Data & Policy*, vol. 2, 2020.

e le corrispondenti condotte moralmente adeguate[51]. La moralità nella gestione dei dati pubblici è preziosa per sostenere lo stato di diritto e per raggiungere un equilibrio tra azione governativa e bene sociale. Inoltre, contribuisce a conservare la fiducia dei cittadini e il loro sostegno alle politiche, che a loro volta facilitano la raccolta e il riutilizzo dei dati.

Oltre a garantire la privacy dei cittadini, i governi dovrebbero assicurare che la gestione dei dati e il loro utilizzo avvengano in modo responsabile, trasparente e sicuro, proporzionato ai benefici attesi per la società.

Un aspetto importante riguarda l'allocazione di responsabilità nei processi decisionali[52]. Gli analisti di dati, siano essi interni o esterni ai governi, non sono decisori dotati di diretta legittimazione democratica. Quando si tratta di progettare e attuare una politica, l'utilizzo di strumenti di *analytics* non deve perciò sostituirsi ai processi democratici di elaborazione e discussione delle politiche pubbliche, né alle procedure parlamentari di adozione delle leggi. Occorre dunque tenere ben distinta la funzione dei *data analyst* nei cicli regolatori da quella dei decisori politici: i primi debbono fornire informazioni adeguate e possibili soluzioni per l'adozione di politiche basate su evidenze empiriche; i secondi debbono adottare la decisione finale (e dunque assumersene la responsabilità), tenendo in considerazione il dibattito pubblico e le aspettative dei cittadini.

Il tema della responsabilità assume un'importanza speciale quando nel ciclo regolatorio siano coinvolte tecnologie di IA che possono prevedere le strategie politiche più efficaci e prefigurare un possibile scenario nella società collegata all'adozione di una certa misura legislativa. In questo caso, è importante che gli esseri umani rimangano in grado di decidere se applicare una determinata politica suggerita dal sistema oppure discostarsi dalla raccomandazione e adottarne una diversa. Inoltre, gli esseri umani devono poter essere in grado di stabilire i criteri utilizzati dai sistemi per selezionare le migliori strategie politiche che desiderano vedere attuati attraverso le misure selezionate.

L'esigenza di *accountability* pone anche un problema di trasparenza dei processi decisionali[53]. I governi devono essere trasparenti sui tipi e sulla provenienza dei dati che vengono utilizzati all'interno di un processo di *better regulation*, e devono

[51] FLORIDI, TADDEO, *What Is Data Ethics?* in *Philosophical Transactions of the Royal Society*, 2016.

[52] Sul tema si veda due recenti contributi, COGLIANESE, LAMPMANN, *Contracting for Algorithmic Accountability*, in *Administrative Law Review Accord*, vol. 6, 2021, p. 175 e ENGSTROM, HO, *Algorithmic Accountability in the Administrative State,* in *Yale J. on Reg*., 37, 2020, p. 800.

[53] COGLIANESE, LEHR, *Transparency and Algorithmic Governance,* in *Admin. L. Rev*, vol. 71, 2019, p. 9.

garantire che il loro utilizzo avvenga entro confini etici e secondo principi democratici. La trasparenza deve riguardare anche l'uso di sistemi di IA: ciò richiede che i governi comunichino la provenienza dei sistemi utilizzati (specialmente se l'analisi venga affidata a soggetti privati), come vengono addestrati, quali sono gli obiettivi target massimizzati dai sistemi e quali i *proxy* (ad es., in quale modo vengono calcolati i costi e i benefici di una certa misura politica) e quale sia il peso dato alle previsioni automatizzate all'interno dell'intero processo decisionale. Il settore pubblico dovrebbe perciò orientare le proprie scelte verso strumenti tecnologici che permettano la spiegabilità (*explainability*) delle predizioni, per capire quale sia la logica dietro la raccomandazione di una certa politica.

Infine, un altro elemento di un'azione governativa improntata all'etica dei dati è costituito dalla sicurezza[54]. Le attività di politica pubblica incentrate sui dati possono esporre informazioni sensibili dei cittadini ad attacchi informatici esterni, ma anche ad eventuali abusi da parte degli stessi governi. Per rispondere a queste minacce è necessario che vi siano sforzi proattivi da parte degli enti pubblici per garantire la sicurezza dei loro dati. Una maggiore responsabilizzazione all'interno delle organizzazioni pubbliche verso la sicurezza dei dati rappresenta un passo fondamentale per l'accettabilità da parte dei cittadini di politiche di raccolta e produzione di dati, e di utilizzo per migliorare le politiche pubbliche.

Gli Stati e gli enti pubblici devono sviluppare quadri etici per l'utilizzo dei big data e dell'IA nel perseguimento delle politiche pubbliche. Esistono già esempi virtuosi. Ad esempio, la OECD ha sviluppato un quadro etico per la gestione dei dati nel settore pubblico[55]. I principi mirano a promuovere l'implementazione dell'etica dei dati nei progetti, prodotti e servizi di governo digitale. Tra i governi nazionali europei, il Regno Unito è stato uno dei primi ad adottare un quadro etico per i dati. Il *Data Ethics Framework*[56] rappresenta una guida l'uso appropriato e responsabile dei dati nel governo e nel settore pubblico in generale, al fine di incoraggiare un'innovazione responsabile. Altri paesi, come la Francia e la Germania, hanno invece avviato iniziative volte a istituire commissioni nazionali per lo sviluppo di un quadro etico delle tecnologie legate ai big data. Benché non riguardino specificamente il settore pubblico, queste iniziative hanno contribuito ad una discussione su un utilizzo etico dei dati nel settore pubblico. Si ricorda in Francia,

[54] TADDEO, *Is Cybersecurity a Public Good?,* in *Minds and Machines*, 2019, vol. 29, p. 349.

[55] OECD, *Good Practice Principles for Data Ethics in the Public Sector*, 2020, <https://www.oecd.org/gov/digital-government/good-practice-principles-for-data-ethics-in-the-public-sector.pdf>.

[56] https://www.gov.uk/government/publications/data-ethics-framework.

l'istituzione del Comitato nazionale per l'etica digitale (CNPEN) e in Germania, la creazione della Commissione per l'etica dei dati presso il Governo federale.

7. Conclusione

Lo sfruttamento strategico dei big data e dell'IA presenta un enorme potenziale per sostenere programmi di *better regulation*. In questo nuovo contesto, i governi e gli enti pubblici possono lavorare in modo più efficiente, diventare più produttivi e avere la capacità di trasformare la progettazione e l'erogazione di politiche e servizi pubblici in modi che migliorano il benessere dei cittadini e della società in generale. A sua volta, questo può avere un impatto positivo sulla fiducia dei cittadini nei confronti dei decisori pubblici, sul presupposto che lo sviluppo di politiche sociali sia basato su evidenze reali e prenda in considerazione i bisogni effettivi della società. Per realizzare questo potenziale, è fondamentale che i governi esplorino e comprendano il valore innovativo e trasformativo dei dati e creino le condizioni tecniche e organizzative necessarie per sfruttarlo.

In questo contributo abbiamo tratteggiato le sfide connesse a questa riconversione tecnologica, in particolare per la valutazione di impatto *ex ante* ed *ex post* delle strategie regolatorie.

Per quanto riguarda la raccolta e la produzione dei dati, abbiamo osservato come il settore pubblico debba sviluppare le competenze tecniche e servirsi delle architetture informatiche adeguate a raccogliere e gestire ampie quantità di dati. A tal fine, si dovrebbero compiere sforzi per favorire una definitiva transizione verso la digitalizzazione dei servizi al fine di accelerare il processo di datificazione delle interazioni tra cittadini e apparati pubblici. In questo processo è necessario, da una parte, considerare i vantaggi della raccolta, della conservazione e dell'utilizzo dei dati, adottando soluzioni efficaci dal punto di vista dei costi (che, ad es., prevedano il riutilizzo dei dati per finalità connesse). Dall'altra, occorre ricorrere a soluzioni rispettose della privacy degli individui, che rispettino i principi sulla protezione dei dati e favoriscano il principio di responsabilizzazione degli attori pubblici.

In secondo luogo, quanto agli strumenti di analisi dei dati, si è analizzato come i governi possano beneficiare delle opportunità offerte dall'IA. Le tecnologie di IA possono aiutare gli apparati governativi a svolgere i compiti chiavi per promuovere il benessere dei cittadini. Esse possono consentire l'analisi di grandi masse di dati in tempo reale per: rilevare e comprendere il comportamento dei target regolatori; costruire modelli predittivi e supportare il processo decisionale; simulare scenari dove sperimentare interventi politici che ottengano gli obiettivi perseguiti ed evitino conseguenze indesiderate. In tutte queste attività, è importante tenere distinto

l'utilizzo di IA a fini statistici, finalizzato cioè a fornire informazioni descrittive o prescrittive aggregate sui cittadini e sulla società, rispetto al trattamento dei dati personali finalizzato a fornire predizioni e trattamenti individualizzati. Il primo non crea di per sé problemi nella misura in cui i dati vengano raccolti e trattati conformemente alla normativa sulla privacy; il secondo, invece, può comportare importanti problemi etico-giuridici per i cittadini che includono un'eccessiva intrusione nella sfera persona, la discriminazione nell'accesso ai servizi, e lo sfruttamento delle vulnerabilità.

Infine, si è affrontato l'utilizzo di nuovi modelli di dati per il monitoraggio e la valutazione *ex post* delle leggi. Considerata la natura congetturale delle valutazioni d'impatto *ex ante*, è estremamente importante che il ciclo della regolazione includa una valutazione della normativa rispetto agli obiettivi preposti, rendendo possibile l'adeguamento delle politiche adottate. Questo processo dovrebbe contribuire al dibattito democratico riguardo la selezione delle migliori politiche, e rendere più responsabile il governo quando le politiche selezionate non siano risultate efficaci. Si dovrebbe poi considerare la necessità di supportare le valutazioni con nuovi modelli di analisi, che non si limitano ad adottare una prospettiva incentrata sui costi, ma che permettano di calcolare anche obiettivi non direttamente quantificabili.

Il passaggio al nuovo paradigma di *better regulation* incentrato sui big data e sull'IA può avvenire solamente se l'utilizzo delle nuove tecnologie nel ciclo regolatorio avvenga nel rispetto del diritto e dell'etica. Occorre compiere tutti gli sforzi per scongiurare una deriva antidemocratica dello stato della sorveglianza. In questo scenario, i comportamenti dei cittadini vengono monitorati in massa e in modo indiscriminato e vengono analizzati attraverso tecnologie sofisticate per prevenire il dissenso politico, per manipolare l'opinione pubblica, per discriminare nell'accesso ai servizi. Affinché ciò non avvenga, e invece l'utilizzo dei dati sia proporzionato e necessario ad attuare politiche pubbliche che aumentino il benessere dei cittadini, è fondamentale che i governi sviluppino, adottino e applichino linee guida e quadri di riferimento etici per l'utilizzo dei dati nel settore pubblico.

LA "SPECIALITÀ" DELLE SFIDE TECNOLOGICHE APPLICATE AL DRAFTING PARLAMENTARE: DAL QUADRO COMPARATO ALL'ESPERIENZA DEL SENATO ITALIANO[*]

ELENA GRIGLIO[**], CARLO MARCHETTI[***]

Sommario

1. Introduzione. Digitalizzazione e drafting: sulla rilevanza di una riflessione dedicata all'esperienza parlamentare. – 1.1. La digitalizzazione tra le grandi sfide della democrazia parlamentare e il lavoro invisibile delle assemblee legislative. – 1.2. L'autonoma fisionomia del drafting parlamentare. – 2. Le innovazioni tecnologiche applicabili al drafting in Parlamento: uno sguardo comparato. – 3. Digitalizzazione e drafting nel Senato italiano: i limiti di contesto. – 3.1. Le resistenze dell'"ambiente" parlamentare all'uso del digitale nella gestione dei testi legislativi. – 3.2. (segue) e le resistenze procedurali. – 4. Le innovazioni tecnologiche al servizio del drafting legislativo in Senato: un percorso a complessità crescente. – 5. Le sfide future: la digitalizzazione a supporto del drafting in senso proprio, tra cooperazione inter-istituzionale e dimensione parlamentare.

Abstract

The essay analyses the distinctive challenges posed by the digital process applied to the requirements of legislative drafting in parliament, combining a comparative approach with a focus on the experience of the Italian Senate. The comparative picture demonstrates that parliaments have lately recorded relevant progresses in the digitalisation of their activity, and yet the application of advanced technologies in the field of legislative drafting covers only a limited number of representative assemblies. This trend is explained based on the peculiar features of the parliamentary environment, characterised by the intense politicisation of the decision-making process and by the flexible nature of the legislative procedure. These limits are also met in the experience of the Italian Senate that has yet developed several tools of artificial intelligence applied to the drafting of amendments and legislative bills. The essay focuses on the current application and potential developments of these tools, pointing at the future challenges in the use of advanced technology for the simplification and codification of the Italian legislative stock.

Suggerimento di citazione

E. GIGLIO, C. MARCHETTI, *La "specialità" delle sfide tecnologiche applicate al drafting parlamentare: dal quadro comparato all'esperienza del Senato italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2022. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[*] Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta in occasione della giornata di studi *Tecnica legislativa ed innovazione tecnologica* svoltasi a Firenze il 12 maggio 2022 e organizzata nell'ambito del progetto *Assemblee rappresentative ed innovazione tecnologica dopo la pande-mia: la "reingegnerizzazione" delle procedure parlamentari e del drafting legislativo* (Legitech).

[**] Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica.
Contatto: elena.griglio@senato.it
[***] Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica.
Contatto: carlo.marchetti@senato.it

Le opinioni espresse dagli Autori nell'articolo sono del tutto personali e non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza.

© 2007-2022 Osservatoriosullefonti.it – Anno XV – Fascicolo 3/2022
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Introduzione. Digitalizzazione e drafting: sulla rilevanza di una riflessione dedicata all'esperienza parlamentare

Riflettere sulle innovazioni tecnologiche applicabili al drafting legislativo in Parlamento significa rispondere ad una domanda preliminare: se esista una dimensione tecnologica del drafting parlamentare distinta da quella governativa, quali ne siano le istanze di base e quali le soluzioni operative. La riflessione intorno a questa domanda, a sua volta, impone di entrare nel vivo del lavoro delle assemblee rappresentative sia a livello amministrativo che politico. Da un lato, è necessario confrontarsi con la dimensione della digitalizzazione parlamentare, che per la forte dipendenza dall'evoluzione tecnica e l'elevato grado di complessità gestionale mostra un ruolo preminente della componente amministrativa delle istituzioni legislative. Dall'altro lato, si tratta di comprendere quali siano, in un'epoca segnata dall'assoluto dominio dell'esecutivo legislatore[1], gli spazi e i limiti di quella che si può definire la dimensione propriamente parlamentare del drafting, che vede l'attività di redazione delle norme svolgersi all'interno delle assemblee legislative.

1.1. La digitalizzazione tra le grandi sfide della democrazia parlamentare e il lavoro invisibile delle assemblee legislative

Rispetto alla prima sollecitazione, recenti studi empirici ad ampio spettro testimoniano il crescente interesse dei Parlamenti ai possibili impieghi delle tecnologie informatiche, incluse quelle più avanzate, quale ad esempio l'intelligenza artificiale [2]. Il processo di digitalizzazione dell'attività

[1] La tradizionale concezione della legislazione come funzione cardine delle assemblee rappresentative sconta il confronto con una realtà dove il processo legislativo è sempre più controllato dai governi e il margine di discrezionalità dei Parlamenti è in costante riduzione (di una "perdita strisciante di potere parlamentare" parla infatti U. KARPEN, *Comparative Law: Perspectives of Legislation*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 17, 2013, p. 149 ss.). Tale tendenza, associata anche all'immagine della *rubber-stamp legislation*, è stata denunciata dalla dottrina fin dagli anni '70; v. J. BLONDEL, *Comparative Legislatures, Englewood Cliffs*, NJ, Prentice-Hall, 1973, p. 11 ss; D. OLSON e P. NORTON, *Legislatures in Democratic Transition*, in *The Journal of Legislative Studies*, n. 2, 1996, p. 7; S.M. SAIEGH, *Lawmaking*, in S. MARTIN, T. SAALFELD e K.W. STRØM (a cura di), *The Oxford Handbook of Legislative Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2014. Come si avrà modo di evidenziare (v. *infra* note n. 13-14), è però nel contesto del "costituzionalismo di emergenza" (sul tema, v. da ultimo J. WHITE, *Constitutionalizing the EU in an Age of Emergencies*, in *Journal of Common Market Studies*, 2022, p. 4), alimentato dalle più recenti crisi globali, che il fenomeno del "governo legislatore" sembra avere conosciuto una accelerazione e intensificazione.

[2] INTER-PARLIAMENTARY UNION (IPU), *World E-Parliament Report 2018*, Geneva, Inter-Parliamentary Union, 2018; EUROPEAN CENTRE FOR PARLIAMENTARY RESEARCH AND DOCUMENTATION (ECPRD), *ICT2019 Seminar at the Riigikogu of Estonia in Tallinn on October 3 and 4, 2019*, in *IPU Innovation Tracker*, no. 4, 12 Feb 2020; INTER-PARLIAMENTARY UNION (IPU), *World E-Parliament Report 2020*, Geneva, Inter-Parliamentary Union, 2021; D. KORYZIS, ET AL, *ParlTech: Transformation Framework for the Digital Parliament*, in *Big Data and Cognitive Computing*, 5, 2021, 1-16; TOGI,

parlamentare non nasce certamente oggi e già da alcuni decenni si sono registrati importanti progressi rispetto al recepimento di tecnologie informatiche nelle prassi di lavoro interne. Eppure, solo fino ad alcuni anni fa i Parlamenti sono stati considerati «cauti» nell'approccio alle nuove tecnologie [3] . La loro stabilità organizzativa è stata vista in diretta contraddizione con il rapido progresso registrato dalla tecnologia digitale, specialmente nel settore delle tecnologie dell'informazione e comunicazione[4]. Rispetto a tale scenario, sicuramente dirompente è stato l'impatto della crisi pandemica, che ha prodotto una forte accelerazione dei processi di digitalizzazione di ampie sfere dell'attività parlamentare[5] attinenti non solo agli ambiti amministrativi strumentali, ma anche all'esercizio delle diverse funzioni legislative [6] e non legislative [7] . La "spinta" pandemica alla digitalizzazione ha rappresentato per molti parlamenti una sfida di sopravvivenza e difesa della continuità della propria attività in uno scenario che ha messo in discussione la primaria prerogativa delle assemblee legislative ad operare quali "luoghi" ove materialmente si esercita la rappresentanza, nel confronto dialettico[8].

Workshop in Griechland zym Einsatz von KI zur Parlamentsarbeit, in *TOGI Newsletter*, no. 49, 2021; COSAC, *36th Bi-annual Report – Developments in European Union Procedures and Practices Relevant to Parliamentary Scrutiny*, Brussels, COSAC Secretariat, November 2021; A. MALASCHINI, M. PANDOLFELLI, *PARLTECH. Intelligenza Artificiale e Parlamenti: una prima riflessione*, in *SOG Working Paper Series*, SOG-WP69/2022.

[3] In tal senso, v. C. LESTON BANDEIRA, W. WARD, *Conclusions agli atti del Workshop "Parliaments in the Digital Age*, in *Oxford Internet Institute,* Forum Discussion Report 13, January 2008, cui si rinvia anche per una analisi delle tendenze della digitalizzazione nell'esperienza parlamentare e un approfondimento sulle differenze di approccio da parte di alcune assemblee legislative europee.

[4] F. FITSILIS, D. KORYZIS, V. SVOLOPOULOS, D. SPILIOTOPOULOS, *Implementing Digital Parliament Innovative Concepts for Citizens and Policy Makers,* in F.H. NAH, C.H. TAN (a cura di), *HCI in Business, Government and Organizations. Interacting with Information Systems. HCIBGO 2017 (Lecture Notes in Computer Science),* vol. 10293, Cham, Springer, 2017.

[5] V. INTER-PARLIAMENTARY UNION (IPU), *World E-Parliament Report 2020*, cit., che registra la forte spinta a livello globale da parte delle istituzioni legislative a trasformarsi in un *e-parliament*, testimoniata anche dall'incremento delle risorse di bilancio dedicate alle tecnologie informative, in risposta alla domanda di trasparenza e *accountability* da parte della società civile

[6] I. BAR-SIMAN-TOV, O. ROZENBERG, C. BENOÎT, I. WAISMEL-MANOR, A. LEVANON, *Measuring Legislative Activity during the COVID-19 Pandemic: Introducing the ParlAct and ParlTech Indexes*, in *International Journal of Parliamentary Studies*, n. 1 - 1, 2021, pp. 109 ss. I. WAISMEL-MANOR, I. BAR-SIMON TOV, O. ROZENBERG, A. LEVANON, C. BENOÎT, G. IFERGANE, *Should I Stay (Open) or Should I Close? World Legislatures during the First Wave of Covid-19*, in *Political Studies*, 2022.

[7] Sul primo esperimento di audizione parlamentare che ha visto i parlamentari della Commissione per il futuro del Parlamento finlandese (l'Eduskunta) interagire con un sistema di intelligenza artificiale, v. F. FITSILIS, *Artificial Intelligence (AI) in parliaments – preliminary analysis of the Eduskunta experiment*, in *The Journal of Legislative Studies*, 27:4, 2021.

[8] Con riferimento all'esperienza italiana, v. N. LUPO, *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020, 122 ss. V. LIPPOLIS, *Il rapporto Parlamento-Governo nel tempo della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2021, p. 268 ss. In un'ottica comparata, v. I.

Indipendentemente dalle problematiche relative alla «neutralità costituzionale» e alla «neutralità politica» di tali innovazioni tecnologiche[9], è indubbio che il loro innesto nei metodi di lavoro delle assemblee legislative ha inciso profondamente sulle dinamiche della democrazia parlamentare come dimensione dipendente da un flusso effettivo e multi-direzionale di informazioni[10]. Ad essere modificate sono state anche le più tradizionali liturgie parlamentari, riconducibili a prassi e regole non scritte risalenti alle origini stesse del parlamentarismo[11]. L'utilizzo quotidiano delle tecnologie informatiche anche da parte dei parlamentari ha intercettato alcuni dei fondamentali presupposti democratici della rappresentanza, primi fra tutti la trasparenza, l'interazione costante tra cittadini ed eletti, la mediazione di bisogni ed interessi e la partecipazione popolare ai processi decisionali[12]. Al contempo, la digitalizzazione ha investito anche quella dimensione invisibile del lavoro parlamentare[13], svolta al di fuori delle procedure codificate e

BAR-SIMON-TOV, *Covid-19 meets politics: the novel coronavirus as a novel challenge for legislatures*, in *The Theory and Practice of Legislation*, n. 8, 2020, 11 ss e E. GRIGLIO, *La fisarmonica parlamentare in prospettiva comparata*, in corso di pubblicazione in V. DI PORTO, F. PAMMOLLI, A. PIANA (a cura di), *La fisarmonica parlamentare tra pandemia e PNRR, Bologna*, Il Mulino.

[9] R. IBRIDO, *Evoluzioni tecnologiche o involuzioni costituzionali? La "reingegnerizzazione" del processo di decisione parlamentare*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022, pp. 292 ss.

[10] V. S. COLEMAN, J. TAYLOR, J. W. VAN DE DONK, *Parliament in the Age of the Internet*, Oxford, Oxford University Press, 1999; A. CAMPBELL, A. HARROP, B. THOMSON, *Towards the Virtual Parliament – What Computers Can Do For MPs*, in *Parliamentary Affairs*, n. 52-3, 1999, pp. 388 ss.

[11] Emblematica a questo riguardo è l'immagine della House of Commons riunita in modalità ibrida per lo svolgimento del *question time* durante la pandemia (V. BARBÈ, *The British Parliament and the Pandemic: between continuity and innovation, the question of the effectiveness of distance democracy*, Robert Schumann Foundation Study, https://www.robert-schuman.eu/en/doc/ouvrages/FRS_British_Parliament_Covid-19.pdf). Lo strumento digitale ha inciso profondamente sullo svolgimento di un istituto dalla tradizione secolare, sviluppatosi in via di prassi a partire dalla prima "domanda" presentata nel lontano 1721 al governo da Earl Cowper, membro della House of Lords, che nell'esperienza britannica ha sempre visto il proprio scopo istituzionale sottolineato dalla fisicità del rituale dialogo tra il Primo Ministro e i membri del Parlamento (v. J. LOVENDUSKI, *Prime Minister's questions as a political ritual*, in *British Politics*, n. 7-4, 2012).

[12] Sul radicamento delle tecnologie informatiche nell'attività quotidiana dei parlamentari, v. R. ALLAN, *Parliament, Elected Representatives and Technology 1997-2005 – Good in Parts*, in *Parliamentary Affairs*, n. 95 – 2, pp. 360 ss; sul relativo contributo agli obiettivi della partecipazione popolare come dimensione cruciale della democrazia parlamentare, v. W. LUSOLI, S. WARD, R. GIBSON, *(Re)connecting Politics? Parliament, the Public and the Internet*, in *Parliamentary Affairs*, n. 59-1, 2006, pp. 24 ss.; sulle possibili implicazioni per la dimensione della responsabilità politica, v. T. ZITTEL, *Political representation in the networked society: the Americanisation of European systems of responsible party government?,* in *The Journal of Legislative Studies*, n. 9-3, 2003, pp. 32 ss.

[13] L'importanza della dimensione del lavoro "invisibile e informale" che sottende alle diverse sfere di attività parlamentare è stata evidenziata fin da W. BAGEHOT, *The Non-Legislative Functions of Parliament (1860),* in *The Collected Works of Walter Bagehot, The Economist*, 1986, vol. 6 and ID., *The Unseen Work of Parliament (1861),* ivi, vol. 6, pp. 47 ff.

sottratta a forme di pubblicità, che però si rivela strategica per l'efficienza e l'effettività nello svolgimento delle diverse funzioni[14].

In questo "dietro le quinte" dell'attività parlamentare si collocano lo sviluppo e l'applicazione di strumenti informatici funzionali alle esigenze del drafting legislativo. L'adattamento dei processi di redazione e gestione dei testi legislativi alle istanze digitali ha richiesto importanti innovazioni e investimenti sia sul terreno delle competenze professionali che su quello delle tecnologie disponibili [15] . Motore di questa trasformazione sono le amministrazioni parlamentari, che svolgono il duplice ruolo di propulsori e principali fruitori delle tecnologie applicate al drafting (e non solo). Se infatti non mancano le infrastrutture informatiche funzionali all'accessibilità e comprensibilità dei testi in senso lato - che come tali si rivolgono ad una platea indistinta di destinatari -, le tecnologie più avanzate per il drafting si collocano in un contesto applicativo dove i "grandi utenti" sono, da un lato, le amministrazioni parlamentari e, dall'altro lato, gli eletti con i loro uffici di staff e le strutture dei gruppi. Tali rilievi confermano la specificità delle tendenze della digitalizzazione relative alla dimensione parlamentare.

1.2. L'autonoma fisionomia del drafting parlamentare

Con riferimento alla seconda sollecitazione – quella che attiene all'attuale fisionomia della dimensione del drafting parlamentare – è indubbio che i processi normativi a livello globale rivelano una progressiva, ma inesorabile, concentrazione dell'attività di redazione dei testi normativi in capo agli esecutivi[16]. La normazione primaria vede una quasi assoluta prevalenza delle iniziative legislative del Governo; a questo si aggiunge una sfera normativa

[14] Sul tema, v. approfonditamente F. FITSILIS, O. COSTA, *Parliamentary Administration Facing the Digital Challenge*, in T. CHRISTIANSEN, E. GRIGLIO, N. LUPO (a cura di), *The Routledge Handbook of Parliamentary Administrations*, in corso di pubblicazione (2023).

[15] T. CHRISTIANSEN, E. GRIGLIO, N. LUPO, *Introduction. A Global Perspective on the Role of Parliamentary Administrations*, in ID. (a cura di), *The Routledge Handbook of Parliamentary Administrations*, cit., cui si rinvia per una disamina dei cambiamenti amministrativi indotti dalla transizione ad una organizzazione parlamentare digitale e un focus sulle più significative *best practices*. F. FITSILIS, D. KORYZIS, G. SCHEFBECK, *Legal Informatics Tools for Evidence-Based Policy Creation in Parliaments,* in *International Journal of Parliamentary Studies*, n. 2-1, 2022, pp. 5 ss. Con specifico riferimento all'amministrazione parlamentare italiana, v. A. MALASCHINI, M. PANDOLFELLI, *PARLTECH. Intelligenza Artificiale e Parlamenti*, cit., pp. 17 ss.

[16] Sul tema, con riferimento all'esperienza italiana, si rinvia ai contributi del volume collettaneo a cura di R. ZACCARIA, *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Brescia, Grafo, 2011. Per una ampia ed esaustiva analisi anche delle ultime tendenze, v. A. CARDONE, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022. A livello comparato, per una disamina delle continuità tra tendenze pre-pandemiche e pandemiche, sia consentito rinviare a E. GRIGLIO, *Governments as Covid-19 Lawmakers in France, Italy and Spain: Continuity or Discontinuity?*, in *European Journal of Law Reform*, vol. 22, 2020, pp. 398 ss.

secondaria riservata all'esecutivo in costante estensione, come anche la pandemia ha evidenziato[17]. Eppure, tali tendenze non consentono di ritenere esaurita la specifica sfera del drafting parlamentare. Il procedimento legislativo contempla di regola diverse fasi dedicate al miglioramento della qualità testuale dei disegni di legge all'esame delle Commissioni o dell'Aula[18]. Tali istanze sono infatti al centro dell'istruttoria legislativa[19] che, attraverso la raccolta di informazioni e contributi documentali, è finalizzata a curare le prospettive del drafting sostanziale e insieme di quello formale[20]. La redazione, discussione e votazione degli emendamenti è un'altra fase ove emerge una dimensione esclusivamente parlamentare del drafting. Infine, attraverso il coordinamento formale le assemblee esercitano un controllo finale sulla qualità, coerenza e correttezza dei testi su cui si esprime la votazione. Evidentemente, tali "momenti" parlamentari assumono in ciascun contesto nazionale - in risposta a diversi fattori, attinenti alla forma di governo, al sistema delle fonti e alla struttura dei procedimenti decisionali - un diverso peso specifico e una distinta capacità di incidenza sulle tendenze del drafting.

In ogni caso, indipendentemente dalle specificità nazionali, l'attenzione delle assemblee rappresentative alla sfera del drafting è confermata dalla presenza in molte amministrazioni parlamentari di uffici dedicati: se solo in rari casi tali uffici offrono consulenza nella redazione di proposte di legge dei

[17] In chiave comparata, v. B. BOSCHETTI, M.D. DE POLI, *A comparative study on soft law: Lessons from the Covid- 19 pandemic,* in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2021, pp. 1 ss. Sull'esperienza italiana, cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2020; E. LONGO, M. MALVICINI, *Il decisionismo governativo: uso e abuso dei poteri normativi del Governo durante la crisi da COVID-19*, in *Federalismi.it*, n. 28, 2020, 222; A. ARCURI, *Cose vecchie e cose nuove sui d.P.C.M. adottati nell'ambito dell'emergenza coronavirus*, in *Federalismi.it*, n. 28, 2020.

[18] C. D'ORTA, V. DI PORTO, *L'attività di drafting nel procedimento legislativo, strutture regole strumenti*, in *Rassegna parlamentare*, n. 1-2, 1995, pp.79 ss. R. DICKMANN, *Il drafting come metodo della legislazione*, in *Rassegna parlamentare*, n. 1, 1997, pp. 220 ss.

[19] V. European Commission for Democracy through Law (VENICE COMMISSION), *Compilation of Venice Commissione opinions and reports on law-making procedures and the quality of the law. Endorsed by the Venice Commission at its 126th Plenary Session (19 - 20 March 2021)*, CDL-PI(2021)003, 29 March 2021. Per approfondimenti sull'esperienza italiana, si rinvia ai contributi del volume a cura di G. RECCHIA, R. DICKMANN, *Istruttoria parlamentare e qualità della normazione*, Padova, Cedam, 2002, nonché a G. RIVOSECCHI, *Istruttoria legislativa e qualità della normazione*, in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, vol. V, Napoli, Editoriali Scientifica, 2021, pp. 3729 ss.

[20] Sull'attività di redazione dei testi normativi come un continuo scambio tra forma e sostanza finalizzato a trasformare idee, ideali e soluzioni in regole, v. M. MOUSMOUTI, *Designing effective legislation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019, pp. 1 ss. Sul tema, v. anche U. KARPEN, *Introduction*, in U. KARPEN, H. XANTHAKI (a cura di), *Legislation in Europe. A Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Oxford, Hard, 2017, pp. 10ss.

singoli parlamentari[21], essi di regola garantiscono un supporto tecnico all'istituzione parlamentare nel verificare la correttezza e comprensibilità delle formulazioni in discussione.

Tali rilievi confermano l'importanza di approfondire distintamente le sfide tecnologiche legate alla dimensione del drafting in Parlamento: siamo infatti di fronte ad una sfera di attività caratterizzata da numerose specificità procedurali. Da queste considerazioni muove il presente contributo nel tentativo di approfondire la risposta del Senato italiano alla digitalizzazione delle attività legate al drafting legislativo. Dopo una analisi del quadro comparato (§ 2), saranno approfonditi i problemi di contesto che, nell'esperienza italiana, accompagnano la transizione digitale del processo di redazione dei testi normativi (§ 3). Il § 4 analizzerà quindi gli strumenti informatici di settore sviluppati ed applicati nelle prassi legislative del Senato. Infine, nelle conclusioni (§ 5) si soffermerà l'attenzione sulle possibili evoluzioni tecnologiche applicate al drafting parlamentare e sulla relativa governance istituzionale nel contesto italiano.

2. Le innovazioni tecnologiche applicabili al drafting in Parlamento: uno sguardo comparato

Nell'ambito dei processi di digitalizzazione dell'attività parlamentare, che abbracciano tutte le sfere di attività e le funzioni delle assemblee rappresentative, si registra una attenzione emergente per la cosiddetta "legimatica", ovvero la branca dell'informatica che studia come assistere il legislatore nella scrittura di nuovi testi[22]. Nata dall'unione dell'informatica

[21] V. l'esperienza dell'Office of Parliamentary Legal Advisers del Parlamento irlandese, che fornisce servizi consultivi e di legislative drafting nei confronti di singoli parlamentari interessati a presentare *Private Members' Bills* (M. ENGLISH, T. MURPHY, *Ireland,* in T. CHRISTIANSEN, E. GRIGLIO, N. LUPO (a cura di), *The Routledge Handbook of Parliamentary Administrations*, cit.). Analogamente, v. l'esperienza della Camera dei Rappresentanti della Repubblica di Cipro, il cui personale è responsabile della redazione di tutti i *Private Member's Bills* che, a differenza di quanto avviene della maggior parte degli altri ordinamenti, svolgono un ruolo importante nell'attività parlamentare cipriota e registrano un costante incremento. Il ruolo dell'amministrazione parlamentare non interferisce con la volontà politica del proponente, ma è finalizzato a fornire consulenza sulle questioni tecnico-giuridiche e a tradurre gli obiettivi di riforma in concrete soluzioni legislative (N. KARAYIANNI, *Cyprus*, ivi). Sulle evoluzioni che hanno contraddistinto il ruolo dell'amministrazione parlamentare italiana nel settore del drafting, v. P. ZUDDAS, *Dal drafting formale al drafting sostanziale: l'evoluzione del ruolo dell'amministrazione parlamentare tra neutralità della burocrazia ed efficacia della consulenza tecnica*, in *Iter legis*, n. 4, 1999, pp. 422 ss.

[22] Sulla legimatica come disciplina volta alla progettazione di supporti informatici che facilitano la redazione di leggi che siano formalmente e tecnicamente corrette, v. C. BIAGIOLI, P. MERCATALI, G. SARTOR, *Elementi di legimatica*, Padova, CEDAM, 1993; G.U. RESCIGNO, *Tecnica legislativa (voce),* in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXX, Roma, Treccani, 1993, pp. 30; G. SARTOR, A. BIASOTTI, F. TURCHI, *Tecnologie e abilità informatiche per il diritto*, Torino, Giappichelli, 2018.

con la legistica[23], tale disciplina costituisce oggi un importante strumento a supporto dei processi di *better regulation* finalizzati a migliorare la qualità della regolazione[24]. La legimatica contribuisce da un lato a semplificare la redazione degli atti normativi, promuovendo una maggiore comprensibilità linguistica e stilistica dei testi[25]; dall'altro lato, favorisce l'accesso alle disposizioni legislative attraverso l'uso di strumenti e database legislativi elettronici[26].

Nel contesto del primo obiettivo, la legimatica contempla due distinte tipologie di tecnologie. Le tecnologie di base (*information-oriented*) considerano i problemi del drafting e del procedimento legislativo come problemi informativi e sono finalizzate a sostenere gli utenti nell'accesso e gestione delle varie informazioni. Viceversa, le tecnologie avanzate, fondate su strumenti di intelligenza artificiale (IA), considerano i problemi di drafting come problemi di logica razionale e quindi presuppongono una conoscenza dei fenomeni umani per consentirne la riproducibilità in ambito informatico[27]. Mentre le tecnologie di base applicate al drafting possono essere considerate di "contesto"[28], solo le tecnologie avanzate si relazionano direttamente con la scrittura dei testi normativi. Inoltre, se le prime sono normalmente disponibili in ambito parlamentare, rispetto alla diffusione delle seconde l'analisi empirica testimonia come siamo di fronte ad un fenomeno ancora di nicchia. Lo conferma il dato ricavabile dal World e-Parliament Report 2020: circa un Parlamento su due a livello globale utilizza tecnologie informatiche nel settore del drafting[29], ma solo il 6% dei Parlamenti ha

[23] R. PAGANO, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi,* Milano, Giuffrè, 2004.

[24] V. M. DELLA TORRE, *Strumenti di I.C.T. applicati alla redazione dell'atto e alla gestione dei processi: Legistica, legimatica e work-flow*, in ID. (a cura di), *Diritto e informatica*, Milano, Giuffrè, 2007. W. D'AVANZO, *Tecniche legislative e qualità della regolazione. Il ruolo dell'informatica giuridica*, in *Open Journal of Humanities*, n. 6, 2020, pp. 106 ss.

[25] Sulle potenzialità, ma anche sui limiti, dell'uso di decisioni legislative fondate su algoritmi v. però Z. ZŐDI, *Algorithmic explainability and legal reasoning*, in *The Theory and Practice of Legislation*, n. 10-1, 2022, pp. 67 ss.

[26] A.D. CORTESI, *La ricerca delle fonti in Internet. I database giuridici*, in M. MEGALE (a cura di), *ICT e diritto nella società dell'informazione*, Torino, Giappichelli, 2016.

[27] Cfr. S. PIETROPAOLI, *Verso un legislatore non umano? Brevi riflessioni su alcuni problemi di diritto computazionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2022, pp. 397 ss.

[28] Tali tecnologie sono infatti finalizzate a favorire l'accesso a banche dati normative o a documenti informativi o analitici di assai diversa provenienza (in particolare: Governo; Commissioni nel corso dell'istruttoria legislativa; Servizi studi).

[29] Nel 2020, su un campione di 116 assemblee parlamentari rappresentative di tutte le aree del globo, il 50% ha dichiarato di utilizzare tecnologie informatiche per la redazione di proposte di legge, il 46% per la redazione di emendamenti. Nel 2016, tali percentuali erano rispettivamente del 42% e del 45%. INTER-PARLIAMENTARY UNION (IPU), *World E-Parliament Report 2020*, cit., p. 49.

incorporato tecnologie fondate sull'intelligenza artificiale nell'ambito del drafting legislativo in senso stretto[30].

Si registra a livello comparato anche una certa resistenza a considerare le prospettive di sviluppo future del settore. Lo confermano i risultati del questionario ParlTech sull'uso delle tecnologie emergenti in ambito parlamentare, che ha coinvolto una rete internazionale di parlamentari e funzionari provenienti da 25 Paesi[31]. Tale questionario ha infatti evidenziato come i sistemi di *machine learning*, che sono considerati una tecnologia matura con ampie applicazioni a livello di GovTech, non sono ritenuti particolarmente rilevanti per i Parlamenti, dove i giudizi sulla maturità, utilità e applicabilità di tali tecnologie si attestano su livelli nettamente più bassi.

Numerosi fattori possono contribuire a spiegare tali tendenze. In primo luogo, è necessario considerare l'intrinseca complessità dei processi di drafting che, per l'elevata sofisticatezza delle strutture logico-razionali sottostanti, risultano difficilmente "proceduralizzabili", e quindi difficilmente riproducibili in ambiente informatico. Inoltre, è noto come i metodi e le tecniche del drafting mostrino una significativa variabilità nazionale[32]: fortemente condizionati dalla struttura grammaticale, sintattica e stilistica della lingua di riferimento, essi tendono ad adattarsi alle caratteristiche di ciascun ordinamento giuridico, resistendo quindi alla definizione di regole universalmente valide[33]. Come si avrà modo di chiarire ulteriormente (§ 3), tale dipendenza dal contesto nazionale ostacola lo sviluppo di tecnologie avanzate di drafting applicabili ad una pluralità indistinta di Paesi[34].

[30] *Ibidem*, p. 5. Tra le assemblee che hanno incorporato strumenti di intelligenza artificiale nel settore del drafting si segnala l'esperienza della Camera dei Deputati del Brasile e della Camera dei Rappresentanti degli Stati Uniti. V. EUROPEAN CENTRE FOR PARLIAMENTARY RESEARCH AND DOCUMENTATION (ECPRD), *ICT2019 Seminar*, cit. Per alcune esperienze di utilizzo dell'intelligenza artificiale nella produzione di testi legislativi, v. A. CARDONE, *Algoritmi e ICT nel procedimento legislativo: quale sorte per la democrazia rappresentativa?,* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 2/2022, pp. 364 ss.

[31] D. KORYZIS ET AL, *ParlTech*, cit., 1 ss.

[32] Se la forte dipendenza dal contesto nazionale può essere considerata una caratteristica specifica della digitalizzazione nella sfera del drafting legislativo, non va sottovalutato che anche le riflessioni ad ampio spettro sulla *e- democracy* tendono ad evidenziare come siano le piattaforme digitali a doversi adattare ai principi, ai valori e alle regole di ciascuno Stato, e non viceversa. V. G. FIORIGLIO, *Automation, Legislative Production and Modernization of the Legislative Machine: The New Frontiers of Artificial Intelligence Applied to Law and e-Democracy*, in G. PERUGINELLI, S. FARO (a cura di), *Knowledge of the Law in the Big Data Age*, Amsterdam, IOS Press, 2019, 54.

[33] V. T.E. FROSINI, *Il drafting legislativo in Italia e altrove*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n, 127, 2000, pp. 7 ss.; H. XANTHAKI, *Thornton's Legislative Drafting*, V ed., West Sussex, Bloomsbury, 2013; U. KARPEN, H. XANTHAKI, *Legislation in European Countries*, in ID. (a cura di), *Legislation in Europe. A Country by Country Guide*, Oxford, Hart Publishing, 2020, p. 21 ss.

[34] Si pensi ad esempio, al *manual reference tagging*, incluso talora in alcuni prodotti legali commerciali, che non è tuttavia utilizzabile nel settore pubblico, in relazione ad archivi normativi nazionali alimentati da una massa di documenti in costante crescita, con caratteristiche tassonomiche

A questi limiti generali si aggiungono i condizionamenti legati allo specifico contesto operativo e procedimentale che accompagna la dimensione del drafting parlamentare. E' infatti possibile affermare che i processi di redazione dei testi normativi di competenza degli esecutivi si svolgono in una modalità lineare e in un contesto professionalizzato: le strutture governative si interfacciano con questa funzione nella fase iniziale della predisposizione dei testi legislativi (disegni di legge e atti aventi forza di legge, emendamenti governativi) e in un ambiente più selettivo dal punto di vista delle competenze (di drafting si occupano prevalentemente uffici legislativi o apparati amministrativi governativi di natura essenzialmente tecnica[35]).

Viceversa, come si è avuto modo di anticipare, i Parlamenti si occupano di drafting sia nella fase iniziale della predisposizione delle iniziative legislative (che pure rimangono di regola marginali in termini di impatto sulla legislazione), sia nelle successive fasi del procedimento legislativo. Il procedimento legislativo e le sue *technicalities* condizionano pertanto in maniera determinante le formulazioni finali dei testi legislativi.

A differenza del procedimento amministrativo [36], il procedimento legislativo non solo si confronta con il forte tasso di politicità delle decisioni, ma anche con alcune caratteristiche di fondo che – come si avrà modo di evidenziare guardando all'esperienza del Parlamento italiano – rischiano di ridurne la prevedibilità. Il riferimento è in particolare alle caratteristiche intrinseche della elasticità e flessibilità – o "disponibilità" – del diritto parlamentare[37], che anche nel procedimento legislativo vedono le disposizioni

e strutturali che cambiano di ordinamento in ordinamento. Si pensi anche all'impossibilità di utilizzare modalità di estrazione automatica dei riferimenti legali in sistemi che utilizzano criteri di citazione degli atti normativi profondamente diversi, nello stile e nel formato. Sul tema, v. M. VAN OPIJNEN, N. VERWER, J. MEIJER, *Beyond the Experiment: The Extendable Legal Link Extractor*, in *Workshop on Automated Detection, Extraction and Analysis of Semantic Information in Legal Texts - 2015 International Conference on Artificial Intelligence and Law (ICAIL)*, https://ssrn.com/abstract=2626521; A. MOWBRAY, P. CHUNG, G. GREENLEAF, A Free Access, *Automated Law Citator with International Scope: The LawCite Project*, in *European Journal of Law and Technology*, n. 7-3, 2016.

[35] V. G. PICCIRILLI, *Lo (scarso) impiego delle nuove tecnologie da parte del Governo nella redazione degli atti normativi*, in *Osservatorio sulle fonti,* n. 2, 2022, pp. 311 ss.

[36] Sullo stato dell'arte della "penetrazione" dell'intelligenza artificiale nel procedimento amministrativo, che non a caso ha trovato il proprio «cavallo di troia» nell'atto vincolato, v. L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Federalismi.it,* n. 21, 2018, spec. pp. 5 ss.

[37] Parte della dottrina (M. MANETTI, *La legittimazione del diritto parlamentare*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 8 ss.) utilizza alternativamente le espressioni "elasticità" e "flessibilità", mentre di un "carattere disponibile" del diritto parlamentare quale «ausilio pratico la cui utilità può essere valutata caso per caso» parla G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali,* Padova, Cedam, 1972, p. 156. Anche A. MANZELLA, *Art. 64*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Artt. 64-69*, vol. II, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro italiano, 1986, p. 10 si appoggia alla nozione della disponibilità per sottolineare la derogabilità, sia pure nel rispetto delle disposizioni costituzionali,

regolamentari integrate (e spesso derogate[38]) da "vecchi" e "nuovi" istituti, dal ruolo del precedente alla clausola del *nemine contradicente*[39] fino all'«uso procedurale della programmazione dei lavori» o alla giurisprudenza interpretativa del Presidente nell'esperienza italiana[40]. Inoltre, le assemblee rappresentative vedono coinvolte nelle attività di drafting una rete molto più ampia e variegata di "utenti" di tecnologie informatiche, che non includono solo le amministrazioni parlamentari, ma anche i parlamentari con i loro collaboratori, nonché i gruppi parlamentari e i loro uffici legislativi.

Tali considerazioni spiegano l'alto livello di "specialità" delle tecnologie informatiche applicabili al drafting parlamentare[41]. Lo specifico contesto di lavoro delle assemblee rappresentative, contraddistinto dalla flessibilità dell'*iter legis* e dal pluralismo degli utenti coinvolti, richiede nell'ambito del drafting tecnologie *tailor-made*, specificamente studiate per quel tipo di "ambiente". Lo conferma il fatto che i più avanzati strumenti di legimatica (LEOS a livello europeo[42], Lexedit in Italia[43], LEDA nei Paesi Bassi, Solon in Belgio) non conoscono significative applicazioni a livello parlamentare. Gli strumenti informatici e i software utilizzati nella maggior parte dei Parlamenti per gestire i relativi documenti legislativi sono infatti in media più complessi di quelli in uso nei contesti extra- parlamentari, richiedendo un adattamento ex ante della struttura essenziale dello strumento informatico e un intenso impegno formativo nei confronti del personale amministrativo, dei parlamentari e loro collaboratori. Questo contribuisce a spiegare la natura ancora sperimentale di queste esperienze di digitalizzazione[44].

delle norme scritte del diritto parlamentare. Il concetto della disponibilità è stato da ultimo ripreso ed elaborato da R. IBRIDO, *L'interpretazione del diritto parlamentare: politica e diritto nel "processo" di risoluzione dei casi regolamentari*, Milano, Franco Angeli, 2015, passim.

[38] S. LABRIOLA, *Il diritto parlamentare nel sistema del diritto pubblico*, in *Rassegna parlamentare*, n. 2, 2000, pp. 335 ss.

[39] Sulla clausola implicita del *nemine contradicente* come «espressione della medesima autonomia da cui promana il regolamento», v. A. MANZELLA, *Il parlamento*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 5.

[40] Così L. CIAURRO, *Costituzione e diritto parlamentare: un rapporto double face*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2018, pp. 5 s.

[41] V. F. FITSILIS, D. KORYZIS, G. SCHEFBECK, *Legal Informatics Tools,* cit., pp. 5 ss.

[42] https://joinup.ec.europa.eu/collection/justice-law-and-security/solution/leos-open-source-software-editing-legislation/about.

[43] I programmi Lexedit e Lexeditor sono funzionali a verificare la presenza e corretta scrittura della numerazione degli articoli, dei commi e delle altre partizioni del testo legislativo; per approfondimenti, si rinvia a A. CASTAGNINI, P.L. SPINOSA, *Strutturazione automatica di testi normativi*, in C. BIAGIOLI, P. MERCATALI, G. SARTOR (a cura di), *Legimatica: informatica per legiferare,* Napoli, ESI, 1995; G. MARZANO, E. SILLI, *Lexeditor 2: un approccio integrato alla redazione di testi normativi*, in E. PATTARO, F. ZANNOTTI (a cura di), *Applicazione e tecnica legislativa. Atti del convegno*, Bologna 9-10 maggio 1997, Milano, Giuffrè, 1998.

[44] Tra le esperienze di digitalizzazione "avanzata" in ambito parlamentare che hanno registrato maggiore diffusione e successo si segnala il progetto di gestione degli emendamenti AT4AM del Parlamento europeo, v. https://at4am.eu, che in versione libera e open source offre uno strumento di

Per altro verso, un ulteriore punto di interconnessione tra le dinamiche della digitalizzazione e l'attività legislativa parlamentare emerge nell'ambito del drafting sostanziale, nel rapporto tra il progresso scientifico e l'elaborazione di dati fattuali, evidenze scientifiche e valutazioni d'impatto che possano contribuire a rafforzare l'apparato informativo dei singoli parlamentari e delle commissioni nella fase di predisposizione ed esame dei disegni di legge. E' significativo a questo riguardo che, in alcuni Parlamenti, tali sfide abbiano portato anche alla creazione di autonome strutture e istituzioni indipendenti con funzioni consultive e di analisi rispetto al cambiamento digitale e alla valutazione del progresso scientifico e tecnologico a supporto dell'attività parlamentare[45]. Tali esperienze mostrano un diverso volto dell'interazione tra la digitalizzazione e il procedimento legislativo, strumentale in particolare alla fase dell'istruttoria, oltre che a quella del controllo ex post sull'attuazione delle leggi[46], i cui principali obiettivi sono riconducibili al miglioramento della qualità redazionale in senso sostanziale, al coordinamento con gli obiettivi del *better law-making* e in generale al costante aggiornamento del Parlamento sullo sviluppo tecnologico. Si tratta di prospettive di grande interesse, che possono contribuire a rafforzare l'*ownership* parlamentare nell'ambito di tutto il ciclo della legislazione, ma

scrittura di emendamenti sul web rivolto non solo ai parlamentari e ai loro staff, ma anche a società di lobby e privati cittadini. P. Schmitz et al., *Linked Open Data and e-Participation in the EU Law-Making Process*, in A. Kő, E. FRANCESCONI (a cura di), *Electronic Government and the Information Systems Perspective. EGOVIS 2016. Lecture Notes in Computer Science*, vol 9831, Springer, Cham, 2016.

[45] *Inter alia*, v. l'*Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques*, istituito in Francia dalla legge n. 83-609 dell'8 luglio 1983 con il compito di informare il Parlamento sulle opzioni scientifiche e tecnologiche al fine di promuovere la chiarezza delle sue decisioni; il *Parliamentary Office for Science and Technology*, istituito dal Parlamento britannico per fornire una valutazione imparziale delle evoluzioni scientifiche e tecnologiche a supporto dell'esame parlamentare; il *Büro für Technikfolgen-Abschätzung*, una istituzione indipendente che fornisce servizi di consulenza al *Bundestag* tedesco e alle sue commissioni nel settore del cambiamento scientifico e tecnologico anche attraverso l'ideazione ed attuazione di progetti di valutazione scientifica, l'osservazione e l'analisi delle tendenze scientifiche e tecnologiche per arricchire l'apparato informativo del Parlamento. Per approfondimenti, cfr. C. BIRRAUX, *L'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques: le politique et l'expertise scientifique*, in *Revue française d'administration publique*, n. 3, 2002, pp. 391 ss.; M NORTON, *Origins and Functions of the UK Parliamentary Office of Science and Technology*. in J. NORMAN, H. PASCHEN (a cura di), *Parliaments and Technology: The Development of Technology Assessment in Europe*, New York, State University of New York Press, 2000, pp. 68 ss.; K. GERLINGER, A. GRUNWALD, CH. KEHL, *19 Das Büro für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag und seine Bedeutung für die Bewertung von Informations- und Medizintechnologien*, in A. MANZESCHKE, W. NIEDERLAG (a cura di), *Ethische Perspektiven auf Biomedizinische Technologie*, Berlin, Boston, De Gruyter, 2020, pp. 201 ss.

[46] Sul contributo offerto tra tali strutture alle prospettive del controllo post-legislativo, sia consentito rinviare a E. GRIGLIO, *Parliamentary Oversight of the Executives*, Oxford, Hart Publishing, 2020, pp. 100 ss.

che prescindono dagli specifici obiettivi di analisi del presente contributo, che focalizza l'attenzione soprattutto sulla dimensione del drafting formale.

3. Digitalizzazione e drafting nel Senato italiano: i limiti di contesto

L'esigenza di tenere conto degli elementi di contesto e delle peculiarità del procedimento legislativo per comprendere i limiti e le potenzialità delle innovazioni tecnologiche applicate al drafting parlamentare costituisce la premessa necessaria anche per esaminare l'esperienza del Senato italiano.

3.1. Le resistenze dell'"ambiente" parlamentare all'uso del digitale nella gestione dei testi legislativi

Per comprendere il percorso di digitalizzazione nella gestione parlamentare dei testi normativi, un primo fattore contestuale è legato alle caratteristiche e ai limiti dell'"ambiente" digitale che accompagna lo svolgimento dell'*iter legis*. Il Senato ha infatti conosciuto negli ultimi decenni un importante processo di informatizzazione a supporto dell'attività legislativa: numerose sono le tecnologie di base incorporate nelle prassi di lavoro, che vanno dalla predisposizione di banche dati per la consultazione di disegni di legge, emendamenti e dossier del Servizio studi fino alla attivazione di servizi dedicati alle consultazioni on-line attivate dalle Commissioni nel corso dell'istruttoria di alcuni procedimenti[47]. I progressi registrati sul terreno della digitalizzazione di base non hanno tuttavia consentito di completare la dematerializzazione del processo di presentazione, correzione, vaglio e pubblicazione dei testi legislativi, che continua a presentare asimmetrie nelle diverse fasi del procedimento legislativo.

Rispetto alla fase dell'iniziativa, al Senato come alla Camera è stata incoraggiata la trasmissione di disegni di legge ed emendamenti in modalità digitale, ma tale procedura non è riuscita del tutto a superare il tradizionale invio dei testi in formato cartaceo. Il "protocollo" digitale in uso al Senato per la trasmissione è piuttosto semplice: i testi possono essere inviati tramite posta elettronica[48], secondo un formato digitale consolidato dalla Conferenza dei capigruppo[49]. Tuttavia, la natura facoltativa del protocollo fa sì che,

[47] https://www.senato.it/4705?voce_sommario=230.

[48] Una diversa soluzione è invece stata perseguita dalla Camera dei deputati, che ha creato apposite applicazioni per la presentazione dei testi da parte dei parlamentari e dei Gruppi. Sul tema, si rinvia all'intervento di Claudia DI ANDREA al Convegno "Tecnica legislativa ed innovazione tecnologica", Villa Ruspoli – Firenze, 12 maggio 2022, www. https://sites.google.com/unifi.it/legi-tech/events#h.x2yzxw34jyo0.

[49] Tale "protocollo" riguarda gli emendamenti e l'iniziativa è stata adottata la scorsa legislatura dalla Conferenza dei Presidenti di Gruppo, anche in risposta ai problemi logistici posti dalla presentazione di milioni di emendamenti del Gruppo Lega Nord al disegno di legge costituzionale di riforma

soprattutto rispetto agli emendamenti, il deposito di testi cartacei rimanga radicato nella prassi e questo comporta l'aggravio amministrativo della (ri)digitalizzazione dei testi da parte delle competenti strutture.

Dopo la presentazione, i testi sono sottoposti alle prime correzioni di drafting ed è in questa fase che si registra – in via di prassi – una asimmetria nella gestione informatica o cartacea dei disegni di legge e degli emendamenti. I disegni di legge digitalizzati sono infatti lavorati dall'Ufficio competente per il drafting tramite un editor specializzato che consente la totale dematerializzazione della procedura [50]. Diversamente avviene per gli emendamenti che, almeno in Commissione, sono soggetti ad interventi correttivi di drafting in modalità cartacea, sui "tomi" stampati e utilizzati nelle sedute per la discussione e votazione degli articoli. Si tratta di una consuetudine amministrativa che, astrattamente, potrebbe essere superata tramite l'estensione delle tecnologie alla base dell'editor utilizzato per i disegni di legge anche alla gestione degli emendamenti presentati in Commissione[51].

Tali rilievi sui limiti della digitalizzazione alla prova delle prassi di lavoro quotidiane confermano come l'ambiente parlamentare, per l'elevato numero e la diversa tipologia di utenti coinvolti, mostri talora una certa resistenza ad abbandonare la dipendenza dal testo cartaceo, che rispetto a quello elettronico continua ad essere percepito come più duttile ed accessibile, specialmente in contesti contraddistinti da tempi e modi di esame procedimentale fortemente dipendenti dalla volontà politica.

Per ovviare a tali "resistenze", tra le Disposizioni finali approvate dall'Aula di Palazzo Madama lo scorso 27 luglio scorso a margine della riforma del regolamento si è inserita una previsione che intende incentivare i processi di digitalizzazione e dematerializzazione. A tal fine, si stabilisce che «la stampa e la distribuzione degli atti parlamentari, ove previste dal Regolamento, sono

del bicameralismo paritario. L'iniziativa relativa all'invio in formato digitale dei disegni di legge risale invece alla XIV legislatura.

[50] Presso l'Ufficio competente sul drafting è stato introdotto un editor legislativo che ha consentito di dematerializzare integralmente il circuito di correzioni di bozze dei disegni di legge. Il processo organizzativo prevede l'invio in tipografia, in formato elettronico o cartaceo, del testo del disegno di legge; presso la tipografia il disegno di legge viene "marcato" in XML e quindi presentato in un editor web specializzato, che consente correzioni nel rispetto delle regole di drafting e di presentazione del testo. Inoltre, è sempre possibile far produrre all'editor una versione del disegno di legge in formato PDF secondo i canoni estetici adottati dal Senato. Tale versione viene condivisa con il proponente per eventuali indicazioni o per l'approvazione finale. A partire dalla XVII legislatura, questa è divenuta la modalità ordinaria di gestione dei disegni di legge.

[51] Va peraltro evidenziato che ogni commissione ha a disposizione una banca dati che, per ciascun provvedimento, reca i testi degli emendamenti presentati e discussi oltre all'indicazione dei relativi esiti. Tale banca dati è parte di un sistema di gestione (GEM, Gestore Emendamenti) che include anche un editor.

sostituite prevalentemente dalla pubblicazione in formato digitale»[52] e si affida al Consiglio di Presidenza la definizione degli atti per i quali sono disposte la stampa e la distribuzione.

3.2. (segue) e le resistenze procedurali

Un secondo elemento di contesto che condiziona profondamente la digitalizzazione dei processi di drafting nel nostro Parlamento è legato alla natura magmatica dei metodi di produzione del diritto e all'elevato tasso di flessibilità del procedimento legislativo. Se infatti focalizziamo l'attenzione sulle tendenze della legislazione in Italia, è evidente che siamo di fronte a fenomeni con un elevatissimo grado di stratificazione e sovrapposizione normativa e a procedimenti con un basso – bassissimo – tasso di razionalità, e quindi di prevedibilità[53]. Senza volere indulgere sui problemi di ordine costituzionale o di qualità della legislazione connessi a tali deviazioni legislative e procedimentali[54], è importante in questa sede focalizzare l'attenzione sulle difficoltà di ordine pratico che esse comportano rispetto alle applicazioni tecnologiche.

In primo luogo, l'elevato tasso di informalità del procedimento legislativo in Commissione può essere considerato un freno all'applicazione di tecnologie avanzate, che presuppongono la razionalità, coerenza e prevedibilità dei processi. Si pensi ai meccanismi di esame e voto degli emendamenti – che spesso sono costretti ad abbandonare le tradizionali dinamiche logico- procedimentali, inseguendo piuttosto l'istanza politica del

[52] V. l'art. 5 delle Disposizioni approvate dal Senato il 27 luglio 2022 e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale 5 agosto 2022, n. 182.

[53] Sul tema, v. la dettagliata ricognizione contenuta negli ultimi Rapporti sullo stato della legislazione, v. CAMERA DEI DEPUTATI, SERVIZIO STUDI – OSSERVATORIO SULLA LEGISLAZIONE, *La legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea. Rapporto 2019-2020*, Roma, Camera dei deputati, 2020 e ID., *La legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea. Rapporto 2021*, Roma, Camera dei deputati, 2021. Per un'ampia e approfondita disamina dottrinale, si rinvia a E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, Giappichelli, 2017. Sulle connessioni tra la crisi della legislazione, nelle sue molteplici declinazioni, e le attuali torsioni del procedimento legislativo, v. A. MALASCHINI, M. PANDOLFELLI, *Crisi della legislazione: riorganizzazione parziale del procedimento legislativo o codificazione ordinaria ex post?,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2021, pp. 166 ss.

[54] Sulla connessione tra procedimenti, drafting e qualità della legislazione, v. G.U. RESCIGNO, *Tecnica legislativa*, cit., nonché a E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, pp. 7 ss. Per una analisi comparata, si rinvia a E. ALBANESI, *Models of parliamentary scrutiny of the quality of legislation. How different drafting models and forms of government shape them*, in *The Theory and Practice of Legislation*, n. 9-2, 2021, pp. 141 ss., nonché agli altri articoli del medesimo *Special issue*, riferiti all'esperienza spagnola, tedesca, canadese e statunitense. Sull'esperienza italiana, v. N. LUPO, *La lunga crisi del procedimento legislativo e l'impossibile qualità delle regole*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 2, 2013, pp. 421 ss. L. TAFANI, *Enhancing the quality of legislation: the Italian experience*, in *The Theory and Practice of Legislation*, n. 10-1, 2002, p. 5 ss.

momento – ovvero alla problematica prassi dei "Testi 2" che, all'esito di mediazioni politiche nate al di fuori delle sedi parlamentari formali, mostrano un contenuto non sempre perfettamente coincidente a quello dei "Testi 1". Tali torsioni procedimentali possono essere decodificate solo attraverso un esercizio umano sensibile al "carattere disponibile" del diritto parlamentare, ma rischiano di sfuggire a qualsiasi approccio digitale.

In secondo luogo, le strutture razionali e le istanze della replicabilità su cui si fondano le tecnologie avanzate trovano un evidente limite nelle degenerazioni legate ai maxi-emendamenti, che comportano l'integrale riscrittura dei testi normativi per esigenze di economia procedurale connesse alla presentazione e votazioni delle questioni di fiducia[55]. Ancora più impenetrabile alla digitalizzazione avanzata appare la gestione parlamentare dei cd. decreti-matrioska[56], originati dalla confluenza di più decreti-legge in corso di conversione, che nei casi estremi ha imposto il contestuale esame di emendamenti al testo dell'originario decreto-legge, subemendamenti agli emendamenti governativi con cui si recepisce il testo di un secondo decreto-legge, sub- emendamenti ai sub-emendamenti governativi con cui altri decreti-legge sono recepiti nel testo del decreto-legge originario[57]. Anche in

[55] *Ex multis*, si rinvia a A. RUGGERI, *In tema di norme intruse e questioni di fiducia, ovverosia della disomogeneità dei testi di legge e dei suoi possibili rimedi,* in *Federalismi.it,* n. 19, 2009; ai contributi del volume a cura di N. LUPO, *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, Cedam, Padova, 2010; nonché a V. DI PORTO, *La "problematica prassi" dei maxi-emendamenti e il dialogo a distanza tra Corte costituzionale e Comitato per la legislazione*, in V. LIPPOLIS, N. LUPO (a cura di), *Il Parlamento dopo il referendum costituzionale. Il Filangieri. Quaderno 2015-2016*, Napoli, Jovene, 2017, pp. 113 ss.

[56] Se quella dei decreti-matrioska è una prassi non del tutto nuova (v. G. PICCIRILLI, *Non è incostituzionale l'"accorpamento" tra decreti-legge, se si mantiene l'omogeneità materiale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6, 2014, pp. 4459 ss.)., nel corso dell'emergenza sanitaria ha tuttavia raggiunto dimensioni inconsuete (per approfondimenti, sia consentito rinviare a E. GRIGLIO, *I limiti del drafting normativo nel primo anno di emergenza pandemica*, in G. MAZZANTINI, L. TAFANI (a cura di), *L'analisi d'impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione. Annuario 2020*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, 137 ss.). Di recente, si è parlato – con riferimento all'abrogazione o modifica esplicita ad opera di un decreto-legge di norme contenute in un decreto-legge ancora in corso di conversione – di decreti «staffetta precoce», che «subentrano prima che i precedenti possano avere passato loro correttamente la staffetta, ossia dopo la conversione». V. S. CECCANTI, *Dieci mesi vissuti pericolosamente (6 gennaio 2021-5 novembre 2021): riflessioni dalla presidenza del Comitato per la legislazione sulla produzione normativa in periodo d'emergenza in sei punti sintetici e tre passaggi logici,* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 1, 2022, 365. Sul tema, v. anche la sent. n. 58/2018 della Corte costituzionale, che ha osservato come la prassi della confluenza determini «pregiudizio alla chiarezza delle leggi e alla intelligibilità dell'ordinamento».

[57] Il caso forse più eclatante è quello del cd. decreto-legge "Ristori", il decreto-legge n. 137/2020, nel quale sono confluiti tre ulteriori decreti-legge, il "Ristori-bis" (decreto-legge n. 149/2020), il "Ristori-ter" (decreto-legge n. 154/2020) e il "Ristori-quater" (decreto-legge n. 157/2020). Nel recepire, con apposite proposte emendative del Governo, i contenuti di questi tre decreti-legge, la legge di conversione del d.l. n. 137/2020 ha provveduto ad abrogarli, con salvezza degli effetti prodotti medio-tempore. Sul tema, v. C. DOMENICALI, *La prassi nella decretazione d'urgenza: le catene di decreti*

questo caso, ci troviamo di fronte ad un ingorgo procedurale che difficilmente potrebbe essere completamente sistematizzato e gestito con strumenti informatici, per quanto avanzati.

Infine, non può sfuggire come ostacolo alla digitalizzazione profonda la tendenza (enfatizzata dalla pandemia) ad adottare provvedimenti (specialmente decreti-legge) dal contenuto omnibus, le cui formulazioni si estendono ad abbracciare una pluralità indistinta di ambiti materiali[58]. Accanto alle "tradizionali" categorie del decreto mille-proroghe o del decreto semplificazioni, la crisi pandemica ha visto la reiterata adozione di decreti-legge con dimensioni da record e un contenuto esteso ai settori più disparati, accomunati solo dalla connessione finalistica alla gestione dell'emergenza, sotto il profilo sia del contenimento e contrasto alla diffusione dell'epidemia che dell'adozione di forme di "sostegno" o "ristoro" economico a cittadini, famiglie ed imprese[59]. Una nuova "categoria" di provvedimento omnibus – il decreto "scadenze PNRR", la cui finalità trasversale unitaria è legata all'adozione di disposizioni urgenti connesse all'attuazione del Piano[60] - si è inoltre affermata a partire dal 2021. Come si avrà modo di spiegare, di fronte a testi estesi, complessi, afferenti ad ambiti materiali oggettivamente eterogenei risulta potenzialmente meno efficace l'utilizzo di tecnologie avanzate a supporto del giudizio di inammissibilità/improponibilità da parte del Presidente di Commissione/di Assemblea.

Nel complesso, il contesto italiano mostra diffuse resistenze all'applicazione di tecnologie avanzate di drafting fondate su una gestione più razionale degli emendamenti e dell'*iter legis*. La "cassetta degli attrezzi digitali" a disposizione dei parlamentari, dei loro collaboratori e degli uffici

minotauro durante l'emergenza sanitaria, in L. BARTOLUCCI, L. DI MAJO (a cura di), *La prassi delle istituzioni in pandemia, Editoriale Scientifica,* Napoli, 2022, pp. 43 ss.

[58] Sui problemi costituzionali legati alla disomogeneità contenutistica dei decreti-legge esaminati alla luce dei più recenti messaggi presidenziali e della giurisprudenza costituzionale, v. L. TRUCCO, *"Omogeneità" normativa e decretazione d'urgenza tra "moral suasion" presidenziale e giurisprudenza costituzionale*, in *Rassegna parlamentare,* n. 2, 2020, pp. 285 ss.; G. TOZZI, *La lettera del Presidente Mattarella del 23 luglio 2021 tra prassi parlamentare, riforme dei Regolamenti parlamentari e PNRR*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2022.

[59] V. G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altri fonti,* in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, numero speciale e A. VERNATA, *L'ircocervo normativo. Il decreto "Cura Italia" quale prototipo di una nuova legislazione emergenziale*, in *Rivista AIC – Osservatorio costituzionale*, n. 3, 2020.

[60] Il primo atto di tal sorta è il decreto-legge n. 152/2021, composto *ab origine* da 52 articoli e 180 commi attinenti alle più disparate materie, non tutte direttamente connesse all'obiettivo primario del decreto, funzionale al tempestivo allineamento agli adempimenti del PNRR. Su tale prassi si è espresso in termini critici il Comitato per la legislazione, segnalando l'esigenza di verificare la riconducibilità di alcune disposizioni "eterogenee" alle finalità generali del decreto. V. il parere reso nella seduta del 17 novembre 2021 (Camera dei Deputati, AC XVIII, *Boll. Giunte e Commissioni*, 17 novembre 2021, 3-4).

continua ad aumentare, ma spesso le variazioni nelle tendenze legislative e nelle prassi procedurali sono più rapide degli adattamenti informatici. Per questi motivi, il nostro Parlamento si trova ad affrontare la sfida della digitalizzazione nel settore del drafting in un "ambiente" per molti versi sfavorevole. Eppure, nonostante tali condizionamenti, il Senato può essere incluso tra le assemblee di "avanguardia"[61] che hanno saputo promuovere anche nel settore del drafting l'applicazione di tecnologie fondate sull'intelligenza artificiale.

4. Le innovazioni tecnologiche al servizio del drafting legislativo in Senato: un percorso a complessità crescente

La capacità del Senato italiano di superare le resistenze del contesto di riferimento e esplorare l'utilizzo di tecnologie avanzate nel settore del drafting legislativo può essere in larga misura imputata a "fattori" amministrativi[62]. In primo luogo, è importante ricordare che - coerentemente con la prospettiva della creazione di un Polo informatico unitario prefigurata nel 2017 - i Servizi informatici di Camera e Senato tendono ad operare in maniera sinergica, attraverso specializzazioni per aree di attività informatica e forme di cooperazione amministrativa. Si tratta di una opzione di particolare rilevanza nel settore della digitalizzazione, dove le sinergie amministrative risultano funzionali all'attivazione di economie "di scala" e favoriscono lo sviluppo di capacità, competenze e strumenti tecnologici altamente specialistici. Lo dimostra il fatto che, a livello comparato, il settore delle tecnologie informatiche tende ad essere gestito nei sistemi bicamerali tramite strutture amministrative comuni alle due Camere o forme di cooperazione funzionali[63].

In secondo luogo, non può essere sottovalutato che le tecnologie a supporto del drafting in uso al Senato sono state sviluppate ed elaborate in modalità *in house* dal Servizio Informatica. Tale scelta di metodo può essere considerata un elemento distintivo di "settore" della digitalizzazione delle attività di redazione e consultazione degli atti legislativi. Il Senato, come la Camera, ha infatti adottato molti prodotti e servizi IT commerciali in altre sfere di attività, dai servizi OCR ai software di stenotipia, fino al software di

[61] Tra queste, si distinguono in particolare le esperienze del Parlamento greco, di quello austriaco e di quello finlandese.

[62] Sull'importanza, ma anche sui limiti, del ruolo della burocrazia parlamentare, che può semmai contribuire «a colmare un gap del Parlamento rispetto al Governo, più che a ridare al primo quella centralità nel procedimento legislativo che si è persa da tempo e per svariate ragioni, non legate certo all'utilizzo delle forme di intelligenza artificiale», v. A. CARDONE, *Algoritmi e ICT nel procedimento legislativo*, cit., pp. 363.

[63] Per una dettagliata ricognizione comparata in materia, si rinvia a E. GRIGLIO, N. LUPO, *The Administrative Structure of Bicameral Parliaments,* in T. CHRISTIANSEN, E. GRIGLIO, N. LUPO (a cura di), *The Routledge Handbook of Parliamentary Administrations*, cit.

dettatura *Speech to text*, adottato da molti uffici. Nell'ambito del drafting, invece, per i motivi che sono stati illustrati (§2) i supporti commerciali si rivelano carenti o inadeguati a soddisfare i requisiti di affidabilità e sicurezza e le specifiche esigenze della platea di "utenti" che, nelle diverse fasi del procedimento legislativo, si confrontano con la scrittura di testi normativi. Per superare tali limiti, l'amministrazione del Senato ha scelto di investire sulla propria capacità di progettazione e realizzazione di soluzioni informatizzate, avvalendosi anche della preziosa collaborazione dell'Università e del Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR).

Tali "fattori" amministrativi hanno consentito di adottare, al di là delle tecnologie di base applicate alle principali fasi del procedimento legislativo[64] e all'editor per la dematerializzazione del ciclo di revisione dei disegni di legge in tutte le fasi del suo iter (su cui v. § 3.1.), cinque servizi informatici strumentali all'attività di drafting e basati sull'intelligenza artificiale, a complessità crescente[65].

Un primo servizio, realizzato in collaborazione con l'Università di Roma Tre, consente la classificazione per materia dei disegni di legge secondo un thesaurus gerarchico (TeSeo)[66] composto da più di 3.600 descrittori destinato ad alimentare la banca dati disponibile sul portale del Senato[67]. Il sistema di classificazione prende come input un frammento di testo e suggerisce i classificatori TeSeo più appropriati. Per arrivare a questo risultato, è stato addestrato un apposito sistema di *machine learning* utilizzando migliaia di articoli classificati "a mano" dal 1992. I risultati del progetto sono una sostanziale accelerazione del processo di classificazione dei disegni di legge e una omogeneizzazione nell'uso dei classificatori di thesaurus: si riducono infatti in maniera significativa le distorsioni dovute al fatto che persone diverse adottano tipicamente stili e approcci di classificazione diversi. Tale miglioramento nel sistema di catalogazione a sua volta è destinato ad agevolare la ricerca dei disegni di legge pertinenti per materia da parte degli

[64] Il riferimento è, in particolare, alla creazione di specifici software che consentono la presentazione da remoto e in formato digitale dei principali atti di iniziativa parlamentare, tra cui gli emendamenti.

[65] Sul tema, v. C. MARCHETTI, *Short note on the use of AI technologies at the Italian Senate*, in corso di pubblicazione su https://www.ipu.org/knowledge/ipu-innovation-tracker

[66] Sulle caratteristiche del thesaurus giuridico, che trova nella parola-chiave la sua unità lessicale di base, v. V. KNAPP, *I thesauri giuridici*, in *Informatica e diritto*, n. I, 1981, p. 72 ss.

[67] https://www.senato.it/ric/sddl/nuovaricerca.do?params.legislatura=18. Tale sistema è stato sviluppato dal Senato e consente la classificazione dei disegni di legge sia del Senato che della Camera. Per approfondimenti sulle caratteristiche del sistema TeSeo in uso al Senato e una comparazione con altri strumenti di classificazione per materia utilizzati nei sistemi di LegalAI, si rinvia a A. DE ANGELIS, V. DI CICCO, G. LALLE, C. MARCHETTI, P. MERIALDO, *Multi-Label Classification of Bills from the Italian Senate*, in corso di pubblicazione negli *Atti della 21st International Conference of the Italian Association for Artificial Intelligence (AIxIA)*.

utenti. Rispetto alle applicazioni future, si sta attualmente valutando l'estensione dello strumento anche ad altri documenti ed atti parlamentari (non legislativi) e si sta anche lavorando all'aggiornamento del servizio al Thesaurus europeo Eurovoc.

Particolarmente rilevante ai fini della leggibilità e comprensibilità dei testi legislativi pubblicati sul sito del Senato è il servizio funzionale alla identificazione e marcatura dei riferimenti legislativi[68]. Tradizionalmente, i riferimenti legislativi non sono opportunamente gestiti negli atti parlamentari, il che impone all'utente di dovere utilizzare ulteriori banche dati e supporti informatici per decodificare ciascun riferimento o rinvio normativo e accedere all'atto riferito. Nel tentativo di colmare tale lacuna, il Senato ha lanciato, in collaborazione con l'Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica del CNR (ITTIG), un progetto finalizzato alla programmazione e sviluppo di una libreria software denominata "Linkoln"[69] basata su metodi afferenti al 'Natural Language Processing' (NLP). Lo scopo di tale libreria è identificare in un dato frammento di testo i riferimenti a leggi europee e italiane o ad altri tipi di atti e inserire automaticamente all'interno del frammento, per ciascun riferimento, un appropriato *mark-up* associato ad un *hyperlink*. La libreria è stata rilasciata come *open source* e il servizio è stato integrato in diversi contesti. Ad esempio, sul sito web del Senato (www.senato.it) è possibile attivare il servizio mentre si visualizza il testo di diversi atti normativi, dai disegni di legge agli emendamenti, favorendone così la consultazione anche da parte dei non addetti a lavori[70]. Il servizio è stato integrato anche nel portale di Normattiva (www.normattiva.it)[71].

Un terzo servizio riguarda l'ordinamento degli emendamenti, un'attività molto complessa e assorbente in termini di tempo che deve talvolta essere

[68] V. L. BACCI, T. AGNOLONI. C. MARCHETTI, R. BATTISTONI, *Improving Public Access to Legislation Through Legal Citations Detection: The Linkoln Project at the Italian Senate,* in G. PERUGINELLI, S. FARO (a cura di), *Knowledge of the Law in the Big Data Age*, cit., 149 ss.

[69] https://ittig.github.io/Linkoln/.

[70] V. E. FRANCESCONI, C. MARCHETTI, R. PIETRAMALA, P.L. SPINOSA, *URN-based Identification of Legal Acts: The Case of the Italian Senate*, in *Informatica e diritto*, 1-2, 2010, pp. 233 ss. Attualmente all'interno del sito web del Senato è stato implementato lo standard URN:NIR per identificare le seguenti tipologie di documenti: Relazioni dell'Assemblea, Ordini del giorno dell'Assemblea, Relazioni e verbali delle Commissioni, Disegni di legge, Relazioni dei disegni di legge, Preamboli dei disegni di legge, Schede "Iter Legis", Relazioni di interrogazioni e risposte.

[71] Come noto, Normattiva è la banca dati che, dal 2010, consente l'accesso pubblico e gratuito a tutti gli atti numerati emanati dallo Stato italiano e pubblicati in Gazzetta Ufficiale a partire dal 1933; gli atti sono consultabili in "multivigenza" e ricercabili per estremi e per parole contenute nel testo. È però significativo che, prima ancora della nascita di Normattiva, la prima istituzione italiana a pubblicare le leggi dello Stato sulla rete Internet sia stato proprio Parlamento, che nel 1997 inaugurò un'apposita sezione sul proprio sito. Per approfondimenti, v. C. MARCHETTI, *Diritto e informatica: la conoscibilità della legge nell'era digitale,* Atti del convegno "Le parole giuste" - Senato della Repubblica, 14 Aprile 2016.

completata su grandi quantità di emendamenti (nell'ordine delle migliaia) in intervalli di tempo molto brevi (nell'ordine delle ore). Per supportare gli uffici (le Segreterie dell'Assemblea e delle Commissioni) nello svolgimento di queste attività, sono stati sviluppati una serie di strumenti che utilizzano tecnologie NLP per produrre un fascicolo provvisorio di emendamenti ordinato secondo i tradizionali criteri gerarchici: gli emendamenti sono elencati secondo la posizione iniziale dell'intervallo del testo interessato dalla modifica che descrivono, nonché secondo il tipo di effetto che la modifica implica su quell'intervallo di testo (soppressione/abrogazione, modifica, ecc.). Il sistema è usato direttamente dagli uffici per produrre un primo ordinamento "provvisorio" che viene poi rivisto e corretto dal personale addetto ai fini della predisposizione di un ordinamento definitivo di votazione. Lo strumento sviluppato è in uso dall'inizio della XVIII legislatura presso le Segreterie delle Commissioni e ed è già stato sperimentato in buona parte della precedente legislatura presso la Segreteria dell'Assemblea (marzo 2013-marzo 2018). Nel corso degli anni, lo strumento è stato migliorato e affinato attraverso una serie di interventi molto specifici, derivanti dalla notevole variabilità del dominio informativo che si radica nella sostanziale impossibilità di limitare ad uno schema predefinito la libertà di espressione, e quindi gli stili di scrittura, dei parlamentari[72].

Ancora più avanzato risulta essere il quarto servizio sviluppato dal Senato, denominato *Similis*, finalizzato alla ricerca di testi simili. Nella prassi amministrativa, gli emendamenti, oltre ad essere ordinati, vengono valutati nel merito del loro contenuto sia ai fini del giudizio di proponibilità, sia per formare il fascicolo annotato con i rapporti di preclusione ed assorbimento. Durante questa procedura, vengono eseguiti diversi controlli al fine di limitare le fonti di errori che potrebbero portare a problemi procedurali. Uno dei controlli effettuati è l'identificazione, il filtraggio e talvolta il raggruppamento di emendamenti identici e simili. Per supportare gli uffici nell'individuazione di identità e somiglianze, è stata sviluppata dal Senato, in collaborazione con l'ITTIG, una libreria che utilizza tecniche di intelligenza artificiale per valutare "quanto sono simili" due testi. La tecnica alla base dello strumento consiste nel trasformare ogni frammento di testo in un vettore multidimensionale e poi valutare la distanza tra i vettori per dichiarare la somiglianza e l'identità secondo soglie predefinite, valutate statisticamente. Minore è la distanza tra due vettori, maggiore è la somiglianza sintattica dei corrispondenti testi. La trasformazione di un frammento di testo in un vettore

[72] Sul sistema sperimentato nel corso della XVIII legislatura alla Camera, si rinvia all'intervento di Claudia Di Andrea al Convegno "Tecnica legislativa ed innovazione tecnologica" (v. nota n. 48). Le prassi non sono tali, allo stato, da consentire lo sviluppo di un unico sistema bicamerale.

può essere realizzata utilizzando tecniche di intelligenza artificiale. Una volta "vettorizzati", gli emendamenti sono poi raggruppati in *cluster* di contenuti simili, utilizzando un algoritmo di *clustering* gerarchico. Questo approccio permette di evitare il confronto di ogni emendamento con l'altro e di identificare insiemi di oggetti simili a colpo d'occhio, utilizzando tecniche appropriate di visualizzazione dei dati[73]. Lo strumento *Similis* è attualmente in uso presso un comitato ristretto in attesa di essere perfezionato: la misura vettoriale di somiglianza ottenuta dagli algoritmi deve essere incrementalmente allineata al concetto di emendamenti simili come percepiti e applicati dagli esseri umani "addetti ai lavori", procedura che richiede una stretta cooperazione tra gli specialisti IT e gli esperti di procedura parlamentare. Sforzi simili e analoghe metodologie di lavoro sono state messe in atto per raggiungere una buona qualità degli algoritmi di ordinamento degli emendamenti.

Infine, un ultimo servizio, ancora in fase sperimentale, riguarda l'editor per la redazione assistita di emendamenti: nel contesto di un progetto bicamerale che vede il coinvolgimento di entrambi i Servizi informatici di Camera e Senato, è in fase di progettazione un editor finalizzato a promuovere la redazione di emendamenti "ben formati" sin dalla loro presentazione, ovviando così ai problemi legati alle difficoltà di ordinamento di emendamenti non correttamente formulati e in generale contribuendo a ridurre i tempi di revisione da parte degli uffici. L'editor consente, in prospettiva, al parlamentare o ai suoi collaboratori di apportare le modifiche desiderate intervenendo direttamente sul testo del disegno di legge in esame, in modalità "revisione", e trasformando automaticamente la modifica proposta nella formulazione di un emendamento "ben scritto", ovvero facilmente gestibile, classificabile e ordinabile.

Riflettendo sugli sviluppi futuri, è indubbio che le potenzialità di *Similis* sono molto ampie ed estendibili anche ad altre applicazioni. In particolare, sarebbe interessante studiarne l'utilizzo per misurare il grado di somiglianza/differenza di un emendamento rispetto al testo normativo in discussione, e quindi per valutare se un emendamento possa o meno essere giudicato inammissibile/improponibile per estraneità di materia. Tale sviluppo potrebbe essere condotto alla luce delle potenzialità degli strumenti che consentono la classificazione di un testo per materia. La similitudine attualmente valutata da *Similis*, infatti, è puramente sintattica (quante parole/lemmi/token/vettori simili vi sono tra due testi), mentre per passare

[73] Per approfondimenti, si rinvia a T. AGNOLONI, C. MARCHETTI, R. BATTISTONI, G. BRIOTTI, *Clustering Similar Amendments at the Italian Senate*, in *Proceedings of ParlaCLARIN III @ LREC2022*, 20 June 2022, pp. 39 ss., http://www.lrec-conf.org/proceedings/lrec2022/workshops/ParlaCLARI-NIII/pdf/2022.parlaclariniii-1.7.pdf.

ad una valutazione di appropriatezza "di significati" sono necessarie tecnologie più sofisticate come quelle usate per la classificazione Teseo. E' evidente tuttavia come un potenziale ostacolo a tali sviluppi e applicazioni sia rappresentato dalla diffusione nelle attuali prassi legislative di decreti-legge dal contenuto omnibus, che rendono difficile valutare il grado di somiglianza/differenza degli emendamenti dal testo in discussione.

Infine, sia *Similis* che l'editor per la redazione assistita di emendamenti sono strumenti destinati ad offrire un contributo rilevante anche nel contrasto alle pratiche ostruzionistiche fondate sulla moltiplicazione di emendamenti formulati in maniera diversa, ma di fatto corrispondenti nel tipo di modifica testuale proposta.

Fuori dal contesto strettamente parlamentare è inoltre possibile prevedere l'applicazione di questi strumenti ai fini del miglioramento della qualità delle banche dati normative (si pensi, ad esempio, alla classificazione per materia degli articoli della normativa vigente, disponibili sul portale di Normattiva), ovvero all'individuazione automatica di porzioni di testi normativi simili, ad esempio in un contesto di riordino della legislazione vigente in una data materia. L'editor e gli altri strumenti descritti potrebbero poi divenire parte integrante di progetti inter-istituzionali (come fu in precedenza il progetto *X-leges*[74]) incentrati sulla digitalizzazione del processo ancora molto analogico di formazione della norma.

5. Le sfide future: la digitalizzazione a supporto del drafting in senso proprio, tra cooperazione inter-istituzionale e dimensione parlamentare

La riflessione sulle sfide della digitalizzazione legate ai processi di redazione normativa in Parlamento conferma che due sono le prospettive del drafting che si aprono all'applicazione di tecnologie avanzate: quelle del drafting in senso proprio, come complesso di regole formali e sostanziali per promuovere la qualità della legislazione, e quelle legate alla connessione tra drafting e procedimento legislativo.

Nel Parlamento italiano, molto è stato fatto negli ultimi anni rispetto al secondo ambito, lavorando soprattutto sulla formulazione e sull'esame degli

[74] Il progetto *X-leges* coinvolge diverse pubbliche amministrazioni (il Senato, la Camera dei Deputati, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero della Giustizia con il suo Istituto Poligrafico Nazionale) con l'obiettivo di supportare i processi cooperativi che sottendono l'approvazione, la stesura e la pubblicazione delle leggi sulla Gazzetta Ufficiale. Il sistema *X-Leges* supporta i processi di produzione legislativa attraverso lo scambio di documenti (a partire dai disegni di legge presentati), la gestione e lo scambio di informazioni a valore aggiunto relative all'intero processo e alle sue fasi e la possibilità di ricevere notifiche quando si verificano eventi rilevanti, v. L. DE SANTIS, C. LUPO, C. MARCHETTI, M. MECELLA, *The x-Leges System: Peer-to-Peer for Legislative Document Exchange*, in M.A. WIMMER, H.J. SCHOLL, Å. GRÖNLUND, K.V. ANDERSEN (a cura di), *Electronic Government. EGOV 2006. Lecture Notes in Computer Science*, vol 4084, Berlin-Heidelberg, Springer, 2006.

emendamenti. Diversi strumenti, talvolta con impiego di tecnologie di intelligenza artificiale, sono stati sviluppati autonomamente dai Servizi informatici delle due Camere. L'applicazione degli strumenti si scontra con una realtà quotidiana contraddistinta dalla perdurante diffusione dei tradizionali strumenti cartacei. A causa della dipendenza dell'attività legislativa da tempi accelerati di lavoro, le resistenze sul fronte della digitalizzazione primaria in molti casi ritardano l'utilizzo delle più semplici tecnologie informatiche (a partire dalla ricerca per parole chiave). Per altro verso, più ambiziose e forse radicali applicazioni tecnologiche in questo ambito si scontrano con l'elevata complessità delle prassi normative e la scarsa razionalità del procedimento legislativo. Come si è avuto modo di evidenziare, le innovazioni tecnologiche sono spesso incapaci di inseguire i continui riallineamenti di queste tendenze.

Rimane invece aperta la riflessione sulla prima prospettiva del drafting in senso proprio, che abbraccia diverse applicazioni, dagli strumenti di supporto alla ricerca della normativa vigente su una data materia agli strumenti di editing avanzato finalizzati a promuovere gli obiettivi della semplificazione normativa. Ad esempio, la Camera dei Rappresentanti degli Stati Uniti ha introdotto uno strumento di intelligenza artificiale per automatizzare il processo di analisi delle differenze tra disegni di legge, emendamenti e leggi attuali con l'intento di consentire agli staff legislativi, ai parlamentari e ai cittadini di comprendere più facilmente l'impatto di disegni di legge ed emendamenti sulla legislazione vigente. Utilizzando tecnologie NLP, lo strumento è in grado di decodificare i rinvii normativi contenuti nei testi legislativi in discussione, decodificarne l'impatto sul sistema ed eseguirne le istruzioni, evidenziando quindi quali sono le modifiche normative che intende proporre con appositi testi a fronte. Esso è attualmente utilizzato dall'Ufficio del Counsel legislativo ed opera ad un livello di accuratezza del 90%, con un feedback umano che migliora questo livello più il sistema viene utilizzato[75]. Si tratta di uno strumento di grande interesse specialmente in un

[75] Tale innovazione è stata introdotta in risposta all'adozione, nell'ambito delle *House Rules of Procedures 2017,* di tre nuove disposizioni (Rule XXI), note come *Posey Comparative Print Rules*. In base a tali disposizioni, prima dell'esame di qualsiasi disegno di legge, emendamento o risoluzione congiunta abrogativi o modificativi di disposizioni legislative vigenti deve essere resa disponibile sul sito web della *House of Representatives* una grafica comparativa elettronica facilmente consultabile che mostri come il testo in discussione intenda modificare la legislazione vigente «indicando (nella massima misura possibile) con opportuni accorgimenti tipografici le omissioni e gli inserimenti proposti». Sulle soluzioni attivate a livello amministrativo per dare attuazione a tale obbligo regolamentare, v. R.F. REEVES (Deputy Clerk), *Statement before the Select Committee on the Modernization of Congress*, 10 May 2019, https://docs.house.gov/meetings/MH/MH00/20190510/109468/HHRG-116-MH00-Wstate-ReevesR-20190510.pdf, p. 6. Da una sperimentazione extra-istituzionale nasce invece l'elaborazione di un algoritmo capace di misurare il potenziale tasso di successo di un disegno di legge e di predirne la probabilità di approvazione da parte del Congresso statunitense, v. M. HUTSON,

ordinamento come quello italiano contraddistinto dalla ipertrofia normativa[76].

Per affrontare al meglio queste prospettive applicative avanzate, è tuttavia evidente che, in una logica non solo di economie di scala, serve un approccio capace di coniugare metodi di lavoro inter-istituzionali con l'attenzione per le specificità del contesto parlamentare. Da un lato, non si può infatti ignorare che le linee guida sul drafting normativo sono frutto di un coordinamento tra Parlamento e Governo[77] e che in prospettiva, alla luce delle tendenze attuali della regolazione multilivello, tale coordinamento andrebbe esteso anche al di là della sfera statale per promuovere un più ampio raccordo delle regole e tecniche del drafting tra la dimensione nazionale, quella regionale ed europea[78]. Allo stesso modo, anche lo sviluppo, la sperimentazione e l'applicazione di tecnologie avanzate per il drafting formale e sostanziale vanno necessariamente pensati in una chiave inter-istituzionale e in una logica di cooperazione *multilevel*. Tale approccio è coessenziale a promuovere la coerenza delle tecniche e prassi tra tutti i soggetti coinvolti nel processo di scrittura delle disposizioni legislative. In questo spirito, si è auspicato lo sviluppo del progetto x-leges sulla trasmissione telematica dei messaggi e dei testi legislativi tra gli organi costituzionali[79].

Dall'altro lato, lo studio delle tecnologie informatiche per il drafting non può prescindere dalla considerazione dello specifico contesto di lavoro – policentrico e ad alto tasso di politicità – che contraddistingue la scrittura e gestione dei testi normativi in Parlamento. Per favorire al massimo lo sviluppo di innovazioni tecnologiche sensibili all'ambiente parlamentare e promuovere sinergie tra le due Camere, si è ipotizzata anche la costituzione di un Comitato

Artificial intelligence can predict which congressional bills will pass. Machine learning meets the political mandate, in *Science*, 21 June 2017.

[76] Proprio in risposta alla ipertrofia normativa del sistema italiano è stato pensato il sistema Norma-system, che cerca di utilizzare i modelli teorici, della legistica e della legimatica per facilitare il compito di identificare e determinare quale è la legislazione vigente nel sistema italiano, v. M. PALMIRANI, R. BRIGHI, *Norma-System: A Legal Document System for Managing Consolidated Acts*, in A. HAMEURLAIN, R. CICCHETTI, R. TRAUNMÜLLER (a cura di), *DEXA 2002. LNCS*, vol. 2453, Springer, Heidelberg, 2002, p. 310 ss.

[77] V. V. DI CIOLO, A. ARISTA, L. CIAURRO, T.E. FROSINI, A. SANDOMENICO, *Relazione della Commissione di studio sulle tecniche di redazione dei testi normativi nominata con decreto del Ministro per i rapporti col Parlamento in data 7 aprile 2000*, in *Iter legis*, n. 1, 2001, p. 21.

[78] Sull'esigenza di lavorare anche sul "ravvicinamento" delle regole di redazione degli atti normativi tra i vari livelli di governo nazionale, regionale ed europeo, v. L. TAFANI, F. PONTE, *Le tecniche legislative statali, regionali e dell'unione europea a confronto. per un auspicabile ravvicinamento*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022, pp. 448 ss.

[79] A. MALASCHINI, M. PANDOLFELLI, *PARLTECH. Intelligenza Artificiale e Parlamenti*, cit., p. 21

parlamentare bicamerale per l'intelligenza artificiale e l'utilizzo dei Big Data nell'attività parlamentare[80].

Una ulteriore prospettiva potrebbe venire dalla decisione del Senato di istituire, con la riforma del regolamento approvata lo scorso 27 luglio, un Comitato per la legislazione chiamato ad esprimersi «sulla valutazione d'impatto e sulla qualità dei testi, con riguardo alla loro omogeneità, alla semplicità, chiarezza e proprietà della loro formulazione, nonché all'efficacia di essi per la semplificazione e il riordinamento della legislazione vigente»[81]. La presenza in entrambe le Camere, a partire dalla XIX legislatura, di due strutture a composizione paritetica con funzioni consultive rafforzate, funzionali al miglioramento della qualità dei processi normativi, potrebbe effettivamente favorire lo sviluppo di prassi di confronto e raccordo bicamerale sul drafting parlamentare[82], operando quale volano anche rispetto alle comuni sfide della digitalizzazione, di base ed avanzata.

[80] *Ibidem*.

[81] V. il nuovo art. 20-*bis* del regolamento del Senato, introdotto dalla riforma approvata lo scorso 27 luglio e pubblicata in GU n. 182 del 5 agosto 2022. Sul tema, v. F. MICARI, *L'introduzione del Comitato per la legislazione al Senato: commento al nuovo articolo 20-bis del Regolamento*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, n. 5, 2022.

[82] Si segnala al riguardo che il comma 3-*ter* dell'art. 18 del regolamento del Senato, derivante dalle novelle al regolamento approvate lo scorso 27 luglio, prevede esplicitamente la possibilità per il Presidente del Senato, d'intesa con il Presidente della Camera dei deputati, di disporre la convocazione della Giunta per il Regolamento in seduta congiunta con l'omologo organismo della Camera dei deputati «al fine di elaborare disposizioni comuni e prassi interpretative condivise e coordinate, volte a garantire il buon andamento dei lavori parlamentari».