

FASCICOLO N. 2/2023

Contributi di P. ALBI, V. CAMPIGLI, E. CATELANI, G.L. CONTI, F. FAINI,
I. LOLLI, M. LOSANA, F. MARTINES, L. PASQUALI, D. POLETTI,
O. POLLICINO, E.C. RAFFIOTTA, O. ROSELLI, G. RUGANI,
F. SANCHINI, E. STRADELLA, F. TAMMONE, E. VERDOLINI

DIRETTORI SCIENTIFICI

Paolo Caretti, Maria Cristina Grisolia (*Università degli Studi di Firenze*)

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*), 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*

EDITORIALE

O. ROSELLI, <i>Per una strategia condivisa delle riforme costituzionali</i>	5
---	---

SAGGI

V. CAMPIGLI, <i>Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato e direttrici attuative del PNRR</i>	15
G.L. CONTI, <i>La l. 87 del 1953 nel sistema delle fonti</i>	45
M. LOSANA, <i>A proposito della conversione in legge del decreto Cutro: nuove strategie per vecchie tentazioni?</i>	89
E. VERDOLINI, <i>Mano ferma nel guanto di velluto: l'uso del soft law nell'Unione Europea di «Next Generation»</i>	109

NOTE E COMMENTI

F. SANCHINI, <i>La condizione di insularità nella Costituzione</i>	147
F. TAMMONE, <i>Ragion (di stato) di diritto. Profili di illegittimità degli accordi "segreti" in materia di migrazione nel quadro della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo</i>	171

SPECIALE

TECNOLOGIE DELL'INFORMAZIONE E DELLA
COMUNICAZIONE (ICT) E UNIONE EUROPEA.
QUESTIONI DI LEGITTIMAZIONE, FRAMMENTAZIONE E
SCARDINAMENTO DI CATEGORIE

E. CATELANI, <i>La e-democracy come strumento per l'attivazione della partecipazione dei soggetti interessati alla formazione degli atti normativi e delle politiche europee</i>	201
--	-----

O. POLLICINO, <i>Asimmetrie valoriali transatlantiche tra self-regulation, hard law e co-regolazione (ovvero sul se e sul come regolamentare le strategie contro la disinformazione on line)</i>	223
E.C. RAFFIOTTA, <i>Dalla self-regulation alla over-regulation in ambito digitale: come (e perché) di un necessario cambio di prospettiva</i>	245
I. LOLLI, <i>Partecipazione e consultazione delle parti interessate per la tutela dell'ambiente nell'Unione europea. L'esperienza della piattaforma Di' la tua</i>	269
E. STRADELLA, <i>Partecipazione multilivello alla formazione delle politiche europee, innovazioni tecnologiche, trasformazione dei processi democratici: il caso della direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica</i>	291
F. MARTINES, <i>Piattaforme digitali dell'Unione europea e strumenti di democrazia partecipativa</i>	307
L. PASQUALI, <i>Il ruolo delle ICT nella presentazione di proposte di atti legislativi da parte dei cittadini europei</i>	337
D. POLETTI, <i>Il controllo dell'interessato e la strategia europea sui dati</i>	367
P. ALBI, <i>Il lavoro agile dopo il Protocollo del 7 dicembre 2021</i>	379
F. FAINI, <i>Il dato personale tra protezione giuridica e valorizzazione economica</i>	387
G. RUGANI, <i>La consultazione dei portatori di interessi nell'elaborazione degli atti dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale: il caso dell'alleanza europea per l'IA</i>	407

EDITORIALE DEL FASCICOLO N. 2/2023

**PER UNA STRATEGIA CONDIVISA DELLE
RIFORME COSTITUZIONALI**

ORLANDO ROSELLI*

* Già professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Firenze.
Contatto: orlando.roselli@unifi.it

1. Il riflesso della crisi del sistema politico sui tentativi di riforma costituzionale

Sono decenni che si dibatte sulle criticità del nostro sistema politico-istituzionale che richiederebbero correttivi alla forma di governo, al sistema delle relazioni tra le articolazioni del potere centrale con quello regionale e locale, al sistema di effettiva tutela dei diritti fondamentali che necessita un ben altro funzionamento dell'amministrazione della giustizia.

Parziali correttivi (da alcune puntuali leggi costituzionali, a quelle di riforma del titolo V della Costituzione) non sono stati risolutivi (tra l'altro, la riforma del titolo V nel risolvere alcune criticità ne ha fatte emergere di nuove).

Molto si è perduto in inconcludenti tentativi di riforma ed in sonore sconfitte referendarie che dovrebbero suggerire di ricercare intese oltre le contingenti maggioranze parlamentari.

Altrimenti, il rischio (ma forse è più appropriato dire 'la certezza') è quello di degradare il tema delle riforme costituzionali in strumentale scontro tra le forze politiche, un ragionare sulla base di chi propone anziché di che cosa si propone.

Molto, nel confuso orizzonte del sistema politico, produce 'coazione a ripetere' gli errori di prospettiva riformatrice del passato.

Non giova, ad esempio, il frequente uso improprio delle categorie costituzionalistiche, per dare enfasi alla necessità di riforme, come «fase costituente» o «assemblea costituente», che produce significati equivoci rispetto alla immodificabilità dei «principi supremi dell'ordinamento costituzionale».

La disinvoltura nell'uso di concetti costituzionalistici non è fenomeno nuovo, si pensi a suo tempo all'enfasi di una parte non piccola della cultura giuridica che, per sottolineare l'indubbia positiva scelta delle c.d. leggi Bassanini del 1997 di valorizzare il principio di sussidiarietà, affermava come motivo di merito che si fosse in presenza di un mutamento costituzionale a «costituzione invariata», prima ancora della revisione costituzionale del tit. V.

Un argomento errato e fuorviante. Errato perché il principio di sussidiarietà non veniva introdotto dalle 'leggi Bassanini' essendo un espresso portato costituente: hanno semplicemente e coerentemente valorizzato il principio già costituzionalizzato. Fuorviante perché, se si sostiene, come è stato, che un'eventuale variazione *de facto* della Costituzione con legge ordinaria sarebbe un colpo di genio riformatore, si indebolisce sul piano culturale l'idea della rigidità costituzionale.

Sarebbe auspicabile che le forze politiche acquisissero consapevolezza che un dibattito confuso e fazioso sulle riforme costituzionali indebolisce nell'opinione pubblica la percezione del comune patrimonio costituzionale: preservarlo significa ricercare la condivisione sulle riforme non più eludibili.

Ad ostacolare una tale ricerca è la inadeguatezza delle culture politiche a confrontarsi con le sfide delle società contemporanee. Non giova al confronto sulle riforme costituzionali argomentare per modelli, anziché ragionare per problemi. Né, sulla scia delle animosità polemiche, confondere la critica sul merito con quella sulla costituzionalità delle proposte.

A parziale attenuante della severa critica che le forze politiche pur meritano, va peraltro detto che neppure scienza giuridica e scienza politica godono di buona salute, della capacità di produrre analisi e strumentario per dare risposte non a semplici trasformazioni, ma a metamorfosi della società che ne modificano struttura ed esigenze ordinamentali.

Il sistema politico-istituzionale sembra dunque essere condannato ad un autolesionistico impotente cortocircuito, nonostante nessuno contesti la sempre più accentuata inadeguatezza del suo funzionamento.

Si riproduce da decenni un paradosso: le forze politiche non solo finiscono per non sapere interpretare le esigenze del Paese, ma neppure la loro convenienza che, nel campo delle riforme costituzionali, è procedere per progressive fasi di condivisione. Senza condivisione ne hanno un danno le forze di opposizione perché finiscono per non avere voce in capitolo; senza condivisione le forze di maggioranza corrono il rischio (come già avvenuto) di scoprirsi minoranza nel Paese in sede di referendum (non)confermativo di cui all'art.138 della Costituzione.

Il tutto in un perverso 'gioco dell'oca' di ritorno ad una inconcludente cassella di partenza.

2. Costruire le opportunità di riforme costituzionali condivise muovendo dalle evidenti criticità del sistema

Se le ipotesi di riforma costituzionale muovono dalla pretesa astratta predefinizione delle soluzioni, il clima politico che si determina è incline alla contrapposizione, ad un prendere o lasciare. Se si muove dalla disamina delle criticità nel funzionamento delle nostre Istituzioni, l'orizzonte riformatore ha più possibilità di far convergere le forze politiche nel comune obiettivo di individuare soluzioni.

Il clima politico non è incline al dialogo, nondimeno è possibile fare leva sulla diffusa consapevolezza di criticità sistemiche nel funzionamento delle nostre Istituzioni che il Paese non può permettersi di eludere all'infinito. La risoluzione di alcune di queste criticità non necessariamente è foriera di irragionevoli contrapposizioni.

Così, non si può negare il paradosso di una forma di governo *parlamentare* che, a smentita della sua stessa denominazione, conosce una pluridecennale progressiva perdita di centralità del Parlamento. Né negare che le correlate criticità si ripropongono qualunque sia la maggioranza politica del momento:

dall'uso non straordinario della decretazione d'urgenza, a leggi delega dai principi e criteri direttivi atrofizzati, dall'uso reiterato della fiducia che rende la compressione del dibattito parlamentare la regola prevalente, a leggi di bilancio il cui iter da anni è solo formalmente conforme a Costituzione, dallo stesso uso dei regolamenti parlamentari più per comprimere che valorizzare il confronto politico.

Non si può rimuovere la constatazione che i livelli decisionali richiedano, sulla base anche delle recenti emergenze, un ripensamento 'a dinamiche variabili' con competenze che vanno ricondotte a livello centrale ed altre perfezionate, potenziate ed ampliate a livello regionale e locale.

Non risulta essere chi neghi come, nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, vi sia un intollerabile iato tra previsioni costituzionali ed effettiva tutela dei diritti.

2.1. L'individuazione delle riforme in cui sia possibile costruire ampie condivisioni

Se vi è da tempo consapevolezza delle criticità di funzionamento del sistema politico-istituzionale e nondimeno le ipotesi di riforma tendono a (ri)regredire in infruttuose contrapposizioni, viene spontaneo pensare alla necessità di prospettare percorsi riformatori partendo non da dove maggiori sono le distanze, ma da dove più naturale sia possibile costruire convergenze che attenuino le criticità.

Pensiamo alla sopra ricordata generalizzata constatazione della progressiva perdita della centralità del Parlamento e come questa si rifletta sull'inefficienza complessiva dei circuiti politici nazionali.

Al momento non vi è condivisione su di una riforma della forma di governo parlamentare, ma intanto (che nulla vieterebbe poi, in un clima politico divenuto più collaborativo, affrontare di nuovo il tema) l'obiettivo del recupero di una maggiore capacità decisionale del Parlamento potrebbe essere perseguito attraverso una riforma dall'impatto particolarmente rilevante: quella di un Parlamento monocamerale.

Come noto, il bicameralismo ha un senso negli ordinamenti costituzionali che necessitano la compresenza di due distinti circuiti di rappresentanza politica: è il caso degli Stati federali, che necessitano di una Camera rappresentativa degli orientamenti del corpo elettorale nazionale ed una di rappresentanza degli Stati federati. È stato il caso dello Statuto albertino, con il Sovrano che nel momento in cui si trova costretto a concedere un'assemblea parlamentare elettiva, prevede a bilanciamento un Senato del Regno di nomina regia tra categorie vicine alla Corona.

I fragili minoritari tentativi in Assemblea costituente di fondare il bicameralismo democratico e repubblicano sulla previsione di un Senato rappresen-

tativo delle categorie economiche e professionali o, in alternativa, delle Regioni, hanno lasciato il campo ad un bicameralismo privo della propria ragion d'essere: la differenziazione della rappresentanza politica.

In una sorta di abbrivio istituzionale, per la congenita tendenza di ogni centro di potere alla conservazione, il Costituente ha mantenuto il modello bicamerale, con la residuale motivazione della necessità di una ponderazione delle decisioni attraverso la loro duplicazione.

Ammesso e non concesso che una tale ragion d'essere avesse fondamento sul finire degli anni '40 del Novecento, dove i ritmi decisionali non conoscevano l'urgenza spasmodica della postmodernità, oggi suona inattuale, contraddittoria e dannosa.

Il bicameralismo dalle identiche caratteristiche e funzioni ritarda la conclusione dei processi decisionali senza che si determini necessariamente una migliore ponderazione rispetto alla concentrazione dei tempi di discussione in un'unica sede.

Tra l'altro, la riduzione del numero dei parlamentari ha creato non pochi problemi nello svolgimento dei lavori, in particolare delle commissioni. Attribuendo ad un unico ramo del Parlamento il numero di parlamentari di entrambe le Camere si risolverebbero tali problemi e si eviterebbero resistenze corporative alla riforma da parte di un ceto politico che troverebbe intollerabile (ed a ragione) un'ulteriore riduzione degli eletti.

Un'unica assemblea disporrebbe di un tempo maggiore in sede di conversione in legge di un decreto-legge, non dovendo condividere i tempi con l'altra Camera; le difficoltà nel disporre del tempo necessario per approfondire le tecnicità della legge di bilancio sarebbero attenuate rispetto al procedimento attuale, che vede l'assemblea chiamata a deliberare per ultima ridotta ad un ruolo formale e subalterno; più in generale, si renderebbe più rapido e razionale il procedimento legislativo.

Ma ulteriori e vistose sarebbero le ricadute positive. Innanzitutto, rispetto al rapporto tra pubblica opinione, Istituzioni e forze politiche: è immaginabile che i cittadini apprezzerebbero la capacità di autoriformarsi del sistema politico-istituzionale nella direzione di rendere più efficienti ed efficaci i processi decisionali; risulterebbe accresciuta la credibilità del Paese a livello internazionale e dell'Unione europea, così come l'affidabilità nei confronti dei mercati.

Né le funzioni che il Parlamento svolge in quanto organo bicamerale vedrebbero mutare i loro connotati se svolte nella nuova forma monocamerale.

2.1.1. Riformare l'amministrazione della giustizia: andando alle radici *non contingenti* delle tensioni tra potere politico e potere giudiziario

Se il dibattito sulle riforme in tema di amministrazione della giustizia continua ad essere condizionato da singole vicende, con accuse incrociate di invasione di campo e di strumentalizzazioni, diventa difficile portare a soluzione almeno alcune delle criticità del 'pianeta giustizia'.

Intendiamoci, ciascuno dei contrapposti schieramenti potrebbe ragionevolmente dimostrare che forzature vi sono state in questa o quella vicenda da parte degli altri, ma nell'animosità dei conflitti si è persa la visione d'insieme delle ragioni della crisi del funzionamento dell'amministrazione della giustizia, che trascendono i singoli casi anche quando rilevanti dal punto vista giudiziario e politico.

Se tutto fosse circoscrivibile al politico con pretesa di impunità o al pubblico ministero o giudice politicizzato le ragioni della crisi sarebbero meno profonde, legate a fattori contingenti, con un'origine 'soggettiva' (il politico o magistrato felloni).

Ma l'accresciuta conflittualità tra politica e magistratura trova origine nel mutamento dei processi di strutturazione degli ordinamenti giuridici contemporanei, che si caratterizzano sempre più (per motivi legati alle metamorfosi delle nostre società sempre più complesse) per un marcato spostamento della giuridicità dal momento della statuizione dell'enunciato normativo da parte del potere politico a quello della sua interpretazione/applicazione (fenomeno che amplia il ruolo della magistratura e della stessa amministrazione al di là della volontà degli stessi attori).

Questa dinamica ordinamentale, che interessa tutte le democrazie, trova difficoltà ad essere metabolizzata, tanto che il conflitto tra politica e magistratura (o tra parti di esse) in vari Paesi si configura in forme ancor più radicali (qui basti citare i casi di Stati Uniti ed Israele).

In un tale contesto, le inadeguatezze procedurali e processuali e l'inefficienza ed inadeguatezza degli apparati organizzativi amplificano, prolungandole nel tempo, le conflittualità e ne sono all'origine di ulteriori; i tempi esasperanti necessari per ricevere 'giustizia' sono un modo per svilirla e sovente per negarla, non garantiscono pienamente garanzie e diritti, frenano lo sviluppo economico.

Da qui, dunque, dovremmo poter iniziare un processo riformatore nell'ambito dell'amministrazione della giustizia: da un fortissimo potenziamento della sua efficienza ed efficacia. A tal fine, non necessita una riforma costituzionale, ma pur sempre un impegno politico fortissimo che comporterebbe non indolori politiche di bilancio (riorientando verso una tale priorità risorse da altri settori forse più produttivi di consensi elettorali). Anche in questo caso occorrerebbe una condivisione di intenti perché rendere efficien-

ti apparati complessi in cui l'inefficienza è ormai divenuta congenita richiede impegni intensi, onerosi, prolungati nel tempo, che ben possono oltrepassare la durata di una legislatura.

Un altro criterio nella determinazione delle priorità riformatrici dovrebbe essere quello dell'urgenza del provvedere là dove più macroscopiche sono le criticità costituzionali: il sistema carcerario vive una condizione di radicale intollerabile incostituzionalità, e le notizie sempre più ricorrenti di violenze che ipotizzano il reato di tortura a danno di detenuti rappresentano un segnale di allarme che non può essere ignorato. Tutti, primo tra tutti lo Stato, siamo tenuti al rispetto della legalità ed in particolare della legalità costituzionale.

3. Il masochismo argomentativo

Ma esiste un ostacolo di fondo a riforme condivise: *quello di un masochismo argomentativo che indebolisce, non rafforza, le ipotesi che si sostengono.*

Un masochismo argomentativo fatto di sventolio di bandiere identitarie e di contrapposte barricate a prescindere; la tendenza a ridurre ciò che non si condivide nella categoria dell'incostituzionale o di «minaccia alla democrazia», indebolendo non rafforzando ragionati rilievi di merito.

Discutere di riforme costituzionali diventa così momento di ulteriore indebolimento della credibilità delle forze politiche, di invettive delegittimanti, di utilizzo alternativo degli argomenti a seconda del posizionamento politico del momento in una sorta di 'doppia morale' argomentativa, di incapacità del sistema politico-istituzionale a riformarsi.

Eppure, basterebbe elevare lo sguardo oltre i confini nazionali per constatare come le società complesse incontrano crescenti difficoltà a governarsi *al di là delle forme di governo adottate*: muovere da modelli preconfezionati, anziché dai problemi da risolvere, finisce per portare fuori strada.

Riforme costituzionali diventano sempre più urgenti, ma le sole operazioni di ingegneria costituzionale non sono sufficienti perché le radici della crisi sono a monte: nella crisi delle culture politiche.

La più decisiva delle riforme sarebbe quella della politica, ma questa può essere solo un' *autoriforma* come somma del rinnovamento delle culture delle singole forze politiche: una prospettiva ancora lontana, che per di più richiede un ripensamento profondissimo delle categorie della politica nella direzione opposta a quella schmittiana. Eppure, le sfide della postmodernità indicano che un tale faticoso percorso dovrà essere prima o poi intrapreso e che la fortuna o il declino delle forze politiche dipenderà dalla capacità di ripensarsi in profondità.

Ricondurre il dibattito sulle riforme costituzionali alla concretezza dei problemi è il contributo che la cultura costituzionalistica può fornire, non so-

lo sotto il profilo tecnico, ma a contenere lo scadimento del confronto politico.

Ad esempio, il tema del regionalismo differenziato è condizionato da una conflittualità politica che finisce per essere fuorviante rispetto ai problemi a cui si vorrebbe dare soluzione.

Se la contrarietà alla autonomia differenziata è giocata sulla sua apodittica incostituzionalità compreso l'assunto che rappresenti *di per sé* una «rottura dell'unità nazionale» ci si pone in una posizione sterile: la possibilità di attuare il regionalismo differenziato è previsto in Costituzione e si estenderebbe la critica al principio *tout court* di autonomia e quindi ad ogni modello di forma di Stato non di tipo centralistico.

Se, invece, la critica muove dalla disamina dei progetti ed entrando nel merito delle questioni si prospettano soluzioni al fine di evitare criticità costituzionali e realizzare un effettivo miglioramento dei diversi livelli decisionali, chi si sottrae al confronto tradirebbe le premesse poste a fondamento delle proposte.

L'iter di riforma di cui all'art. 116, terzo comma, Costituzione è nelle fasi embrionali e quindi può ancora diventare l'occasione di un momento più complessivo di riforma della nostra forma di Stato regionale: non solo del senso dell'attribuzione di nuove competenze alle Regioni a statuto ordinario, ma della rivisitazione complessiva della ripartizione delle competenze tra Regioni e Stato, che alla luce dell'esperienza acquisita potrebbe richiedere anche una ricollocazione di alcune materie a quest'ultimo.

Certo è che la riforma della autonomia differenziata potrà dispiegare gli effetti dichiarati se i suoi primi passi muoveranno dalla necessità di rimuovere le disparità tra i territori nella tutela dei diritti sociali e civili e nel farlo si richiameranno al senso di responsabilità ceti politici locali e regionali che (al pari peraltro di quelli nazionali) delle risorse non sempre hanno fatto l'uso migliore.

Massimo Carli, nell'Editoriale precedente (1/2023) di questa Rivista, scrive che "L'attuazione dell'autonomia differenziata può essere l'occasione per riordinare il centro e, nello stesso tempo, rendere possibili normative adeguate alle diverse realtà regionali: obiettivo difficile da conseguire, ma non impossibile.". Considerazioni che provengono da un profondo conoscitore del funzionamento del nostro sistema delle autonomie.

4. Il possibile convivere del conflitto politico con buone argomentazioni

Il conflitto politico e sociale, nello svolgimento rispettoso della cornice costituzionale, è un elemento essenziale nello sviluppo di una società aperta, è ad essa coesistente.

Nel mentre scriviamo queste pagine, il dibattito politico si è concentrato sul tema della separazione delle carriere tra magistratura requirente e giudicante.

Le contrapposizioni sono fortissime ma, al netto di alcune stonature, le argomentazioni utilizzate sono di alto profilo.

Chi ritiene necessaria la separazione delle carriere, con il corollario di due distinti C.S.M., pone la questione della coerenza dell'appartenenza ad un medesimo circuito professionale di pubblico ministero e giudice rispetto ad un giusto processo che presuppone parità tra le parti e terzietà del giudice. Ma, al contempo, le controdeduzioni di chi si oppone ad una tale eventualità sollevano interrogativi su 'effetti collaterali': che la soluzione produrrebbe conseguenze opposte a quelle desiderate, con la trasformazione della magistratura requirente ancor più propensa ad intendere il proprio ruolo come patrocinatore dell'accusa, anziché a tutela del ben più complessivo interesse dell'ordinamento giuridico; la tendenza a diventare un potente corpo separato dello Stato o, al contrario, essere sottoposta al controllo del potere governativo.

Ma per quanto aspre possano essere le contrapposizioni, l'aver posto con lucidità, da una parte e dall'altra, problematiche reali pone le condizioni perché il confronto possa produrre esiti positivi, con la sfida in chi propende per la separazione delle carriere di saper proporre una tale eventualità senza che si verifichino effetti indesiderati; in chi la contrasta, che sia possibile garantire comunque una effettiva parità delle parti nel processo, ben oltre le astratte previsioni normative.

Ritrovare la volontà di dare risposte condivise a problemi da troppo tempo irrisolti è sfida oggi non più rinviabile.

SEZIONE CONSULTIVA PER GLI ATTI NORMATIVI DEL CONSIGLIO
DI STATO E DIRETTRICI ATTUATIVE DEL PNRR

VIRGINIA CAMPIGLI*

Sommario

1. PNRR e centralità dell'intervento pubblicistico nello scenario 'post-pandemico'. – 2. La funzione consultiva della Sezione per gli atti normativi del Consiglio di Stato tra attuazione del PNRR e qualità della regolazione. L'importanza di AIR, ATN e VIR. – 3. L'attuazione del PNRR (I): la transizione ecologica. Semplificazione, rigenerazione urbana e "non regressione" in materia ambientale. – 4. L'attuazione del PNRR (II): la transizione digitale. Persistenti problematiche di accessibilità ed efficacia del *servizio* tecnologico. – 5. L'attuazione del PNRR (III): l'inclusione sociale tra la valorizzazione del terzo settore e il superamento della dicotomia pubblico-privato. – 6. Il *drafting* degli atti attuativi del PNRR. – 7. Osservazioni conclusive: il ruolo (non solo) consultivo del Consiglio di Stato.

Abstract

Institutional efficiency of public administration in the implementation of the National Recovery and Resilience Plan (NRRP) can be analyzed from the point of view of the advisory activity of the Council of State Section for Regulatory Acts. The paper therefore considers the relationship between implementation of NRRP and quality of regulation, and then focuses on recent opinions of the Advisory Section for Regulatory Acts on draft government regulations within the framework of NRRP, with specific reference to ecological transition, digitalization, social inclusion. The issue of regulatory drafting is finally considered. The aim is to reflect on the possible scenarios awaiting the public sector in the immediate future, at the same time questioning the implications of a renewed advisory function of the Council of State.

Suggerimento di citazione

V. CAMPIGLI, *Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato e direttrici attuative del PNRR*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2023. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Assegnista di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università degli Studi "G. d'Annunzio" di Chieti - Pescara.

Contatto: virginia.campigli@unich.it

1. PNRR e centralità dell'intervento pubblicistico nello scenario 'post-pandemico'

È stato osservato che l'epoca 'post-pandemica' apre a una «nuova centralità del “pubblico”»¹. I soggetti pubblici, infatti, devono oggi trovare, per utilizzare un concetto astronomico, una propria «*velocità di fuga*», che consenta loro di fronteggiare la complessità del tempo attuale, adeguandosi a essa, senza però restarne assorbiti².

Così, nella difficile gestione dell'assetto successivo all'emergenza epidemiologica da SARS-CoV-2³, si ricerca una “nuova normalità” fatta di “nuove complessità” per favorire la ripresa economica e sociale. Il che impone di definire le condizioni di sistema in grado di assicurare una risposta pubblica stabile – a sua volta *innovativa*⁴ – e non circoscritta a un diritto transitorio ed eccezionale.

È in questo contesto che si colloca l'attuazione del PNRR⁵ da parte del soggetto pubblico, in una prospettiva che non è solamente quella rimediabile

¹ C. BARBATI, *La decisione pubblica al cospetto della complessità: il cambiamento necessario*, in *Dir. pubbl.*, n. 1, 2021, 15.

² Riprendendo l'immagine impiegata da L. CAFFO, *Velocità di fuga. Sei parole per il contemporaneo*, Einaudi, Torino, 2022, *passim*, il quale teorizza un'«età della velocità di fuga» (*evf*), precisando che «ogni forma di vita si trova oggi dentro questa *evf* – o corre alla velocità minima imposta dal tempo che vive oppure, senza nessuna gloria, verrà assorbita da questo stesso tempo» (*ivi*, 32). In astronomia, la velocità di fuga è infatti la velocità minima che un corpo, posto in un punto di un campo gravitazionale, deve acquisire per sfuggire all'attrazione di un pianeta.

³ Con il tema (tra gli altri) del riparto delle competenze fra Stato e autonomie. In proposito, per tutti, v.: F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2020, 333 ss.; F. CORTESE, *Stato e Regioni alla prova del coronavirus*, in *Le Regioni*, 1, 2020, 3 ss.; G. MARCHETTI, *Il ruolo dello Stato e delle Regioni nella gestione dell'emergenza Covid-19*, in *Federalismi*, 8, 2022, 39 ss. Sulla decretazione d'urgenza e sul rapporto tra atti di livello statale e atti di livello territoriale, G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, 351 ss. Sul carattere «complesso e dinamico» del sistema di atti e provvedimenti congegnato dal Governo per gestire gli effetti della pandemia M. FRANCAVIGLIA, *La gestione normativa dell'emergenza Covid-19. Linee ricostruttive alla luce della giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2022, 114.

⁴ Come già constatava, in generale, G. ZAGREBELSKY, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giur. cost.*, 3, 2014, 2960, «ciò che poteva apparire adeguato ai tempi della normalità [...] può non apparire più tale in tempi di anormalità, o nel tempo d'una nuova normalità».

⁵ *Piano nazionale di ripresa e resilienza*, di cui al regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021. Con l'approvazione del d.l. 31 maggio 2021, n. 77 (c.d. decreto semplificazioni *bis*, conv. con mod. *ex l.* 29 luglio 2021, n. 108) è stata definita la “*Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*”, per la gestione dei fondi europei destinati all'Italia. Più nello specifico, il PNRR definitivo ammonta a 222,1 miliardi di euro, di cui 191,5 miliardi riconducibili al *Next Generation EU* (o *Recovery Fund*) e 30,6 miliardi al *Fondo Complementare*. Con il d.l. 6 maggio 2021, n. 59 (conv. con mod. *ex l.* 1 luglio 2021, n. 101) è stato infatti adottato il *Piano nazionale per gli investimenti complementari*, finalizzato a integrare con risorse nazionali gli interventi del PNRR, per il periodo 2021-2026. Al totale degli investimenti previsti per gli interventi

(rispetto a situazioni di criticità acuitesi con la pandemia), ma soprattutto *evolutiva*, come capacità di delineare nuovi scenari intorno ai tre fondamentali obiettivi della transizione ecologica, dell'innovazione digitale e dell'inclusione sociale, per trasformare la complessità suindicata in un motivo di sviluppo e di crescita sostenibile.

Tutto ciò coinvolge frontalmente il piano della prontezza, adeguatezza e qualità della regolazione⁶, su cui si esplica l'attività consultiva della Sezione per gli atti normativi del Consiglio di Stato. Si può anzi ritenere che l'attività consultiva in parola rappresenti essa stessa una «parte integrante del programma di riforme del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza»⁷, considerato che sempre più spesso il Governo ravvisa nel parere del Consiglio di Stato un «indispensabile sostegno nell'assunzione di decisioni»⁸.

contenuti nel PNRR (pari – come detto – a 222,1 miliardi di euro) si sommano i 13 miliardi del *React EU*, il Pacchetto di assistenza alla ripresa per la coesione e i territori d'Europa. Nel complesso, il 27% delle risorse è destinato alla digitalizzazione, il 40% agli investimenti per il contrasto al cambiamento climatico e più del 10% alla coesione sociale (sul punto, si rinvia al sito istituzionale del Governo, all'indirizzo <https://italiadomani.gov.it/it/il-piano/Risorse/piano-complementare/piano-nazionale-complementare.html>). Quanto alla *governance* del PNRR, il d.l. n. 77/2021, all'art. 2, ha istituito una Cabina di regia presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, con poteri di indirizzo, impulso e coordinamento generale sull'attuazione degli interventi del Piano. La Cabina di regia è presieduta dal Presidente del Consiglio e vi partecipano i ministri e i sottosegretari di Stato alla Presidenza del Consiglio di volta in volta competenti sulle tematiche affrontate. Per supportare le attività della Cabina di regia, il d.l. n. 77/2021 ha altresì previsto la costituzione – sempre presso la Presidenza – di una struttura con funzioni di segreteria tecnica e di una struttura di missione, l'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione (artt. 4 e 5, d.l. n. 77/2021). Infine, presso il Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato del Ministero dell'economia e delle finanze sono stati istituiti un ufficio centrale di livello dirigenziale generale (il Servizio centrale per il PNRR), con compiti di coordinamento operativo, monitoraggio, rendicontazione e controllo, nonché un ufficio dirigenziale di livello non generale con funzioni di *audit*. La permanenza delle strutture menzionate è prevista fino alla completa esecuzione degli obiettivi del PNRR, e comunque non oltre il 31 dicembre 2026. Sugli indirizzi programmatici connessi al PNRR, v. N. LUPO, *I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni*, in *Federalismi, paper*, 2022, per il quale «il Governo e le pubbliche amministrazioni, centrali e territoriali, sono evidentemente chiamati a giocare un ruolo decisivo, sia perché è anzitutto il Governo che interagisce in seno all'Unione europea (muovendosi, per definizione, “tra Roma e Bruxelles”), sia perché le amministrazioni titolari degli interventi sono i Ministeri, mentre sulle amministrazioni regionali e locali ricade una quota assai rilevante dell'attuazione di tali interventi» (*ivi*, 8). Rinvia un «rinvigorismento del ruolo propulsivo dei pubblici poteri», che «sta senza dubbio caratterizzando la stagione post-pandemica a seguito dell'approvazione del “Next Generation UE”» A. MOLITERNI, *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del PNRR*, in *Dir. Amm.*, 2, 2022, 442.

⁶ Una «*better regulation* che significa poche regole, *fit for purpose*, e fra loro coordinate in modo da assicurarne certezza e chiarezza, quale strumento indispensabile a garantire i buoni esiti di ogni intervento normativo»: così Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 1611/2022, ad. 8 novembre 2022.

⁷ G. NAPOLITANO, *Consiglio di Stato e qualità della regolazione tra pandemia e PNRR*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2022, 153.

⁸ G. DELLA CANANEA, *Il Consiglio di Stato: una prospettiva comparata*, in AA.VV., *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, Giappichelli, Torino, 2022, 162.

Se si accede a una simile prospettiva, gli orientamenti del Consiglio di Stato in sede consultiva possono offrire un peculiare angolo visuale per indagare gli attuali indirizzi attuativi del PNRR.

Il presente contributo muove da questo assunto, e, utilizzando come fonte i pareri sinora espressi dalla Sezione consultiva per gli atti normativi sui regolamenti adottati dal Governo in esecuzione del PNRR, si interroga sulle seguenti questioni: *a*) quanto la qualità della regolazione incida sulla capacità di perseguire gli obiettivi (im)posti dal Piano; *b*) con quali modelli organizzativi e processi decisionali si stia confrontando l'amministrazione nei principali settori di intervento del Piano medesimo; *c*) che ruolo assolva, come organo ausiliario del Governo, il Consiglio di Stato, nella sua attività di consulenza sugli atti normativi.

Dal momento che il PNRR è stato pensato quale programma *ad hoc* e il suo svolgimento rappresenta una realtà in divenire, si potranno formulare solo alcune osservazioni parziali e provvisorie, rispetto alle quali bisognerà in seguito valutare le tendenze di medio e lungo periodo.

Il lavoro sarà così strutturato: dopo aver sondato il rapporto tra PNRR e funzione consultiva sugli atti normativi del Consiglio di Stato (§ 2), si passeranno in rassegna alcuni orientamenti applicativi del Piano nei tre settori strategici⁹, condivisi a livello europeo, della transizione ecologica, della digitalizzazione e dell'inclusione sociale (§§ 3, 4 e 5), per quanto ricavabile dalla trama dei pareri della Sezione sui regolamenti adottati in questi ambiti. Dopodiché, saranno analizzati i rilievi della Sezione in punto di *drafting* e di semplificazione normativa, necessaria per realizzare le missioni¹⁰ stabilite nel PNRR (§ 6). Da ultimo, si dovrà riflettere sulla trasformazione, in un simile quadro, della stessa funzione consultiva del Consiglio di Stato (§ 7).

2. La funzione consultiva della Sezione per gli atti normativi del Consiglio di Stato tra attuazione del PNRR e qualità della regolazione. L'importanza di AIR, ATN e VIR

L'attuazione del PNRR ha rinnovato l'interesse sulla qualità della regolazione pubblica, rappresentando «un processo complesso» che – secondo le parole della Sezione per gli atti normativi del Consiglio di Stato – «impegna tutte le pubbliche amministrazioni ed è contrassegnato da una serie di obiettivi e dal rilievo preminente che assume il loro effettivo e tempestivo raggiungimen-

⁹ Per la qualificazione dei tre settori come “strategici” si rinvia al sito istituzionale del Governo: <https://www.mit.gov.it/piano-nazionale-di-ripresa-e-resilienza/gli-assi-strategici>.

¹⁰ I progetti di investimento del PNRR sono suddivisi in sei missioni: digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo; rivoluzione verde e transizione ecologica; infrastrutture per una mobilità sostenibile; istruzione e ricerca; inclusione e coesione; salute (<https://www.governo.it/it/approfondimento/le-missioni-e-le-componenti-del-pnrr/16700>).

to»¹¹. Tale processo integra un fattore riformatore determinante, potendo rinnovare a tutto campo l'amministrazione.

In un siffatto contesto di rinnovamento, la Sezione ha ritenuto di dover adottare un approccio «sistemico»¹² sul modo di operare del soggetto pubblico¹³, benché i singoli interventi si ripartiscano, all'interno delle missioni delineate dal PNRR, nei vari settori. La funzione consultiva, dunque, è svolta (e interpretata) dal Consiglio di Stato come «un vero e proprio sostegno *in progress* per il legislatore, da non limitare solo al singolo progetto normativo»¹⁴, ma riferibile, più latamente, all'intero programma di riforme.

Al contempo, il Presidente del Consiglio di Stato ha recentemente riscontrato l'utilità – ai fini del migliore supporto al Governo nell'attuazione del Piano – dello strumento della risposta a specifici quesiti, ancora poco (o niente affatto) utilizzato per gli atti normativi, sì da permettere alla Sezione di fornire indicazioni mirate sulle singole disposizioni regolamentari e assicurare una costante manutenzione della riforma¹⁵.

Svolgendo le proprie funzioni consultive sugli schemi normativi del Governo, il Consiglio di Stato, pur continuando a verificare la legittimità degli atti sottoposti a parere, si occupa, in modo crescente, dell'individuazione delle condotte e delle *best practices* idonee a conseguire gli obiettivi prefissati¹⁶. Di recente, la Sezione è tornata sull'importanza di prestare attenzione, «al di là degli aspetti di legittimità», pure «agli aspetti che riguardano la concreta operatività e l'effettività delle riforme» sottoposte al suo parere¹⁷; attenzione che si è «notevolmente accentuata» proprio per gli atti normativi che devono

¹¹ Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 1883/2021, ad. 14 dicembre 2021.

¹² Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 1883/2021.

¹³ Come già era stato evidenziato, a proposito della «Riforma Madia», nel parere della Sezione consultiva per gli atti normativi n. 515 del 2016.

¹⁴ S. DEL GATTO, *Il principio di separazione dei poteri alla prova degli organi ausiliari. Il ruolo del Consiglio di Stato e della Corte dei conti nell'equilibrio tra poteri*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 2023, 228.

¹⁵ Riferisce in tal senso G. NAPOLITANO, *Consiglio di Stato e qualità della regolazione tra pandemia e PNRR*, cit., 153.

¹⁶ «Questo Consiglio di Stato ha, infatti, più volte evidenziato che una riforma è tale solo quando essa sia effettivamente attuata e avvertita dagli attori dei sistemi sui quali interviene, nonché dai contesti con i quali essi interagiscono. Una effettività per assicurare la quale è, perciò, necessario un attento monitoraggio dell'andamento delle riforme, quale può essere assicurato anche dalla disponibilità e dalla messa in sistema di dati capaci di documentarne il reale impatto, ossia i punti di forza e di debolezza, funzionali anche alla loro «manutenzione» (cfr. Cons. Stato, Sez. Consultiva Atti normativi, pareri n. 515 del 2016 e n.1784 del 2021)»: così Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 1611/2022, ad. 8 novembre 2022.

¹⁷ Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 2058/2022, ad. 20 dicembre 2022, sulla disciplina del sistema di tracciabilità dei rifiuti. In senso analogo, v. anche il parere n. 107 del 2022, ad. 21 dicembre 2021, sulla piattaforma per la notificazione degli atti della pubblica amministrazione, nonché il parere n. 881 del 2022, ad. 10 maggio 2022, sui modelli e gli standard per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale.

attuare il PNRR, «la cui complessiva impostazione è ordinata al criterio prioritario dell'efficacia»¹⁸.

Questo approccio presuppone una duplice attività da parte dell'organo consultivo. Vari pareri evidenziano, anzitutto, l'esigenza di valutare attentamente la ragionevolezza delle proposte regolatorie, mediante un giudizio prognostico sul rapporto tra i mezzi impiegati e i risultati previsti¹⁹, secondo i dati indicati nell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR)²⁰. Il tema è stato da ultimo affrontato nel parere n. 137/2023²¹, ove la Sezione ha segnalato, richiamando i propri precedenti²², che l'AIR «si pone, per sua natura, 'a monte' della redazione dell'articolato, in quanto può (e deve) contribuire a determinarne il contenuto» e che, pertanto, tale adempimento istruttorio riveste una particolare rilevanza, consentendo di comprendere in che misura, con quali tempistiche e attraverso quali modalità sia possibile conseguire gli obiettivi della misura regolatoria.

In secondo luogo, il Collegio deve tenere conto delle disposizioni già operanti nella materia su cui lo schema normativo intende intervenire. È, questo, l'oggetto dell'analisi tecnico-normativa (ATN), che ha la funzione di ricostruire il quadro giuridico nel quale si muove la nuova regolamentazione, la cui valutazione è tanto più necessaria quanto più il tessuto normativo sia policentrico e stratificato²³. Nella stessa direzione rileva poi la verifica

¹⁸ Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 2058/2022.

¹⁹ Osserva C. TUCCIARELLI, *Il Consiglio di Stato e le regole tecniche sulla redazione degli atti normativi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2022, 392, che «il Consiglio di Stato svolge un controllo di ragionevolezza che non si esaurisce esclusivamente nel raffronto con il parametro costituzionale, conseguente al principio di uguaglianza di cui all'art. 3, ma si manifesta nel rapporto tra mezzi e risultati».

²⁰ Con il fine di vagliare l'impatto atteso dell'intervento normativo, l'AIR interessa plurimi profili: dalla più generale analisi economica del diritto, all'analisi costi-benefici dello specifico intervento, alla valutazione dei costi connessi alla regolazione rispetto alle strutture amministrative, alle imprese e ai consociati. Sono dunque prese in esame non solo le condizioni di diritto, ma anche quelle fattuali, di praticabilità dell'intervento regolatorio.

Oltre all'AIR, alla Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato devono essere trasmessi per il prescritto parere, assieme allo schema normativo: la relazione illustrativa, che indica gli obiettivi e i contenuti degli schemi normativi; l'analisi tecnico-normativa, sui presupposti di diritto e le questioni giuridiche che possono sorgere in relazione al singolo schema; la relazione tecnica, concernente gli oneri finanziari e le relative modalità di copertura (sulla relazione tecnica è operata un'apposita verifica da parte della Ragioneria Generale dello Stato). È grazie a una simile documentazione che il Consiglio di Stato può verificare la ragionevolezza delle misure regolatorie, misurando la corrispondenza tra obiettivi e contenuti normativi. Sull'importanza dell'AIR v. Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 506/2022, ad. 8 e 17 febbraio 2022, ove si rileva che l'assenza dell'AIR non può essere «motivata con una clausola di stile» e, in ogni caso, non risulta giustificata se «l'impatto diretto e indiretto dell'operazione è [...] prevedibilmente imponente».

²¹ Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 137/2023, ad. 12 gennaio 2023.

²² Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 107/2022.

²³ Come evidenziato da Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 137/2023.

dell'impatto della regolamentazione (VIR)²⁴, che stima gli effetti prodotti sui cittadini, sulle imprese e sulle pubbliche amministrazioni dagli atti normativi già operanti in un certo settore, nel primo periodo della loro attuazione, introducendo le ragioni e le valutazioni che – alla luce del successo o del fallimento dei precedenti normativi – motivano le proposte di nuova normazione del Governo²⁵. La VIR, quale «indispensabile» valutazione «*ex post* dell'efficacia della disciplina regolamentare vigente»²⁶, rappresenta così la fonte da cui il Consiglio di Stato può trarre informazioni circa l'effettivo funzionamento dei meccanismi regolatori nell'ambito su cui interviene lo schema normativo sottoposto a parere. Quest'ultimo, una volta approvato ed entrato in vigore, dovrà a sua volta essere oggetto di VIR, perché possa esserne verificato l'impatto nella prima fase di operatività²⁷.

Peraltro, il Consiglio di Stato ha sottolineato in varie occasioni la necessità di monitorare ogni nuova normativa ai fini della valutazione dell'impatto della regolazione, anche allo scopo di acquisire elementi di riscontro per eventuali interventi correttivi o integrativi²⁸, tantopiù in considerazione della

²⁴ La VIR consente di valutare il raggiungimento delle finalità degli atti normativi, stimando gli effetti prodotti sui cittadini, sulle imprese e sulle pubbliche amministrazioni. Secondo Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 107/2022, ad. 21 dicembre 2021, «un “approccio circolare alla regolamentazione” richiede «di provvedere, trascorso un ragionevole periodo di tempo, all'effettuazione della V.I.R., al fine di “confermare o correggere le politiche adottate, proponendo interventi di integrazione, modifica o abrogazione”». Prosegue perciò la Sezione segnalando che la verifica dell'impatto della regolamentazione «dovrebbe essere preparata con un adeguato monitoraggio *in progress* del funzionamento del meccanismo [regolatorio], nel primo periodo della sua entrata in vigore».

²⁵ Così la Sezione consultiva per gli atti normativi descrive l'operatività della VIR nel già incontrato parere n. 2058/2022.

²⁶ Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 78/2023, ad. 12 gennaio 2023.

²⁷ Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 1914/2022, ad. 8 novembre 2022.

²⁸ V. Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 1916/2022, ad. 25 ottobre 2022, in merito allo schema di decreto recante disposizioni per il rilascio delle autorizzazioni per la movimentazione, in aree di mare ubicate all'interno del conterminare lagunare di Venezia, dei sedimenti risultanti dall'escavo dei fondali del conterminare lagunare (ai sensi dell'art. 95, c. 27-*bis*, d.l. 14 agosto 2020, n. 104, conv. con mod. *ex l.* 13 ottobre 2020, n. 126). In quel caso, la Sezione ha evidenziato il rilievo del monitoraggio degli effetti della nuova disciplina, ai fini di una sempre più avanzata tutela del delicato conterminare lagunare. Nello stesso senso, si veda anche Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 1611/2022, ad. 8 novembre 2022, concernente lo schema di decreto di modifica, con la tecnica della novella legislativa, del d.m. 22 ottobre 2004, n. 270 (già introduttivo di “*Modifiche al regolamento recante norme concernenti l'autonomia didattica degli atenei, approvato con decreto del Ministro dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica 3 novembre 1999, n. 509*”), volto ad adeguare gli ordinamenti dei corsi di studio universitari agli obiettivi del PNRR (in relazione alla Missione 4, Componente 1, riforma 1.5 “Riforma delle classi di laurea”, da conseguire entro il quarto quadrimestre del 2023). In tal sede la Sezione ha potuto rilevare la «necessità di assicurare un monitoraggio della riforma, atto a garantirne l'effettività», rimarcando l'opportunità di «introdurre nel testo una disposizione finale nella quale prevedere l'acquisizione e la messa a sistema, da parte della stessa Amministrazione ministeriale, dei tanti dati, qualitativi e quantitativi, già offerti ed elaborati da diversi attori del sistema universitario», e sottolineando che la «riconduzione al centro sta-

proiezione verso i risultati resa evidente dal PNRR²⁹. A questo proposito, basti qui richiamare l'art. 1, c. 2, del d.l. n. 77 del 2021³⁰ (conv. con mod. dalla l. n. 108 del 2021), secondo cui la sollecita e puntuale realizzazione degli interventi inclusi nel PNRR assume «preminente valore» per l'interesse nazionale.

Se dunque – alla luce di quanto sinora detto – AIR, ATN e VIR non rappresentano degli adempimenti meramente formali, bensì «costituiscono modalità essenziali del *decision making process*, decisive per il perseguimento della qualità normativa»³¹, si comprende la preoccupazione che l'urgenza con cui devono essere attuate le riforme del PNRR non infici la corretta predisposizione di tali strumenti e, con essa, la qualità della regolazione. Sembra, infatti, dai primi dati raccolti sullo stato di attuazione del PNRR, che AIR, ATN e VIR stiano risentendo della eccessiva 'fretta' riformatrice e siano spesso trascurate o, addirittura, omesse³².

A tale criticità la Sezione sta facendo fronte richiamando costantemente l'importanza di AIR, VIR, ATN, censurandone la mancanza o l'inadeguatezza

tale, ossia al Ministero» di tale operazione di monitoraggio appare «strettamente funzionale alla sua capacità [ossia alla capacità del Ministero] di governare le stesse riforme delle quali è promotore».

²⁹ Il *Recovery Fund* europeo vincola infatti gli Stati non soltanto con obbligazioni "di mezzi" ma anche "di risultato", nella misura in cui i destinatari sono tenuti non solo a spendere il danaro pubblico – concesso o prestato loro a fondo perduto –, ma anche a garantire un risultato conforme ai principi, agli obiettivi e alle aree di investimento programmati da Bruxelles. Più esattamente, nell'elaborazione dei Piani per la ripresa e la resilienza, gli Stati membri hanno dovuto rispettare le condizionalità previste dalla Strategia annuale per la crescita sostenibile 2021, articolata intorno ai quattro principi guida della sostenibilità ambientale, produttività, equità e stabilità macroeconomica. Gli Stati membri sono inoltre condizionati al raggiungimento di "*milestones e targets*", per i quali è richiesta una rendicontazione trimestrale (in aggiunta a quelle specificamente stabilite all'interno del Semestre europeo). L'effetto sanzionatorio collegato alle condizionalità previste si attiverebbe qualora, dal controllo effettuato dalla Commissione europea e dal Consiglio, emergessero delle insufficienze nelle riforme strutturali, tali da compromettere la competitività del mercato e la sua idoneità a generare profitti.

³⁰ Recante "*Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*". L'art. 1, c. 2 del d.l. in parola stabilisce: «[a]i fini del presente decreto e della sua attuazione assume preminente valore l'interesse nazionale alla sollecita e puntuale realizzazione degli interventi inclusi nei Piani indicati al comma 1, nel pieno rispetto degli standard e delle priorità dell'Unione europea in materia di clima e di ambiente».

³¹ Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 137/2023 (che richiama il precedente parere n. 341/2017).

³² Notano V. DI PORTO, E. ESPA, *La qualità della regolazione tra pandemia, crisi internazionali e PNRR*, in Osservatorio AIR, *L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione. Annuario 2021*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, 15, che «[l]a necessità – ormai generalizzata e pervasiva – di decidere in tempi molto ristretti e vincolati, preclude o per lo meno rallenta fortemente il perseguimento degli obiettivi di qualità della regolazione, rendendo problematico l'utilizzo degli strumenti ad essa preposti, dalla programmazione all'analisi di impatto *ex ante* ed *ex post*. Eppure questi strumenti [AIR, ATN, VIR] appaiono tanto più essenziali alla luce della complessità dei problemi da risolvere e del connesso bilanciamento di interessi e valori».

nella documentazione a corredo degli schemi sottoposti al suo vaglio³³, e conseguentemente sospendendo l'emissione dei pareri, con rinvio della documentazione al ministro proponente³⁴. Si svolge così il «compito istituzionale del Consiglio di Stato» – nella sua veste consultiva – di indicare gli «aspetti normativi da integrare o rafforzare o da rendere più propriamente in linea con le indicazioni e finalità delle azioni richieste dal PNRR»³⁵, per evitare che una ‘fuga’ troppo rapida (per riprendere l'immagine utilizzata in apertura di questo scritto), ossia l'eccessiva fretta nell'attuazione del Piano, pregiudichi il perseguimento degli obiettivi di riforma, dando luogo a una normazione confusa, disorganica e non sorretta da un'adeguata mediazione istituzionale.

3. L'attuazione del PNRR (I): la transizione ecologica. Semplificazione, rigenerazione urbana e “non regressione” in materia ambientale

Tra le misure attuative del PNRR, una parte consistente dell'attività regolamentare del Governo sta riguardando la materia ambientale, con il tema della “transizione ecologica”³⁶.

³³ Per esempio, la Sezione ha fortemente criticato l'inadeguatezza dell'AIR nel parere n. 2058/2022, ad. 20 dicembre 2022.

³⁴ Così è avvenuto, a titolo di esempio, nei pareri n. 2059/2022, ad. 20 dicembre 2022; n. 78/2023, ad. 12 gennaio 2023; n. 93/2023, ad. 12 gennaio 2023.

³⁵ Secondo quanto osservato dalla stessa Sezione per gli atti normativi sin dal parere n. 1883/2021.

³⁶ In materia di tutela dell'ambiente e transizione ecologica risultano centrali, per il raggiungimento degli obiettivi del PNRR, le modifiche apportate dal d.l. n. 77/2021. Con tale decreto è stata integrata la disciplina prevista per la valutazione ambientale dei progetti del Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima 2030 (PNIEC), per ricomprendervi anche la valutazione dei progetti del PNRR (a questo fine, è stata istituita presso il Ministero della cultura una Sovrintendenza speciale, operativa fino al 31 dicembre 2026). Il medesimo decreto n. 77/2021, inoltre, ha cercato di accelerare le procedure per gli impianti alimentati da fonti rinnovabili (artt. da 30 a 33-bis) e ha previsto forme di semplificazione per promuovere l'economia circolare, con particolare riguardo al c.d. “*end of waste*” (art. 34) e alla gestione dei rifiuti (art. 35). Le modifiche appena indicate si collocano in un orizzonte più ampio di valorizzazione della tutela ambientale, la quale è stata per l'appunto inserita tra i “Principi fondamentali”, mediante la riforma dell'art. 9 Cost. a opera della l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1. Per alcune riflessioni di sintesi sulla riforma costituzionale – che ha interessato, oltre all'art. 9, anche l'art. 41 Cost. – v., tra gli altri, 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, 184 ss. Considerata la premessa da cui ha mosso il presente scritto – la complessità del tempo attuale –, sul tema della riforma costituzionale dell'ambiente ci sembra inoltre utile richiamare M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2022, 148, nella parte in cui l'A. qualifica le politiche pubbliche alle quali la Costituzione affida la tutela del valore ambientale come «politiche della complessità», poiché chiamate a «coniugare indissolubilmente economia, ambiente e sviluppo sociale». Ritengono che la riforma degli artt. 9 e 41 Cost. offra un fondamento costituzionale all'«evoluzione dell'ordinamento verso una ecosostenibilità complessiva» dell'attività dell'amministrazione, poiché la tutela dell'ambiente «diviene esplicitamente un compito della Repubblica, anche nell'interesse delle future generazioni (art. 9, Cost.)», «l'iniziativa economica privata non può svolgersi in modo da recare danno all'ambiente (art. 41, c. 2, Cost.)» e «il coordinamento dell'attività economica pubblica

Nell'ambito della suddetta transizione ecologica si collocano in particolare i progetti di economia circolare, dei quali la Sezione consultiva per gli atti normativi non ha mancato di evidenziare il «rilievo strategico»³⁷, in quanto inediti laboratori per delineare modelli *green* di economia e di sviluppo e realizzare adeguate infrastrutture³⁸, predisporre «Piani di sviluppo sostenibili dal punto di vista energetico, ambientale, economico e sociale», e «interventi (di portata piccola e media) da effettuare nelle aree urbane», destinati a favorire «la resilienza del territorio»³⁹.

La complessità del tema impedisce un'analisi dettagliata dei singoli pareri adottati in proposito dal Consiglio di Stato. Concentrandoci però sulle considerazioni più significative svolte sul punto dalla Sezione per gli atti normativi, essa, sin dal parere n. 638/2022⁴⁰, ha rimarcato la necessità di semplificare le procedure ambientali⁴¹, prestando attenzione agli aspetti di effettività dei

e privata può essere orientato anche a fini ambientali (art. 41, c. 3, Cost.)» F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'Agenda ONU 2030*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2-3, 2022, 255.

³⁷ Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 851/2022, ad. 10 maggio 2022. Nello specifico, con tale parere la Sezione si è pronunciata su uno schema di regolamento ministeriale attuativo del sistema dell'*end of waste* di cui all'art. 184-ter del Codice ambiente, evidenziando la necessità di contemperare due opposte esigenze: da un lato, la tutela della salute e dell'ambiente; dall'altro, la semplificazione, volta a favorire l'economia circolare.

³⁸ Tra gli interventi previsti al riguardo dalla l. n. 234/2021, di bilancio per il 2022, si ricordano: l'ampliamento di 4,55 miliardi di euro della spesa per finanziare il contratto stipulato tra Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili (MIMS, ora Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - MIT) e ANAS, ai fini della manutenzione straordinaria di ponti e viadotti (art. 1, c. 397); il potenziamento delle risorse destinate agli enti locali nel biennio 2022-2023 per la realizzazione delle opere individuate nel PNRR (art. 1, c. 415); la previsione di una dotazione di 2000 milioni di euro per gli anni 2023-2034, ai fini dell'istituzione presso il MIMS di un Fondo per la strategia di mobilità sostenibile (art. 1, c. 392).

³⁹ *Piano nazionale di ripresa e resilienza, Missione 2-Rivoluzione verde e transizione ecologica*, disponibile su <https://www.camera.it/temiap/2021/06/25/OCD177-4986.pdf>, 115 ss.

⁴⁰ Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 638/2022, ad. 8 marzo 2022, reso sullo schema di regolamento ministeriale attuativo dell'art. 214-ter, c. 2, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, recante «*Determinazione delle condizioni per l'esercizio delle operazioni di preparazione per il riutilizzo in forma semplificata*».

⁴¹ Nel caso di specie, la Sezione si riferiva alle procedure finalizzate ad accelerare processi virtuosi di recupero e riutilizzo dei rifiuti, secondo quanto previsto dalla *Missione 2-Rivoluzione verde e transizione ecologica: C1-Economia circolare e agricoltura sostenibile*. Un tema centrale nell'ambito dell'attuazione del PNRR è infatti quello dell'economia circolare, su cui, riassuntivamente, S. ANTONIAZZI, *Transition to the Circular Economy and Services of General Economic Interest: An Overview of the Issues*, in *Federalismi*, n. 7, 2021, 1 ss. Su questi profili si è pronunciata C. cost., 25 luglio 2022, n. 191 (a proposito delle norme adottate dalla Regione Abruzzo a sostegno dell'economia circolare e di gestione sostenibile dei rifiuti), ricordando che la «disciplina dei rifiuti va ricondotta alla «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema» [...], materia naturalmente trasversale, idonea perciò a incidere sulle competenze regionali» (in questi termini già C. cost. nn. 289/2019; 227/2020; 86/2021; 21/2022) e che, in tale quadro, «le Regioni possono esercitare competenze legislative proprie per la cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali, purché l'incidenza

meccanismi di semplificazione introdotti e ponderando i profili di reale efficacia delle nuove disposizioni. Su quest'ultimo aspetto, la Sezione è tornata in più occasioni⁴², costantemente misurando l'adeguatezza delle soluzioni prescelte rispetto alle finalità indicate dal legislatore⁴³.

Nell'ottica della semplificazione – a proposito del perseguimento dell'obiettivo di incrementare la quota di energia prodotta da fonti rinnovabili (FER)⁴⁴ – la Sezione⁴⁵ ha espresso parere positivo sulla liberalizzazione degli interventi che non interferiscono sulle matrici ambientali⁴⁶, sull'inclusione tra gli interventi liberi degli interventi di urgenza (sottoposti solo a una comunicazione successiva, sì da non pregiudicarne l'immediatezza)⁴⁷ e sulla liberalizzazione degli interventi di dismissione ovvero di demolizione⁴⁸, al fine di prediligere, agevolandoli, interventi che incidano su aree già edificate, per contrastare il consumo di suolo.

Rilevante anche il parere n. 2058/2022, con cui la Sezione ha avuto modo di apprezzare il nuovo sistema di tracciabilità dei rifiuti fondato sul Registro elettronico nazionale, volto a fornire dati qualificati sia per le attività di vigilanza e controllo sia per la progettazione industriale, la cui riconversione verso modelli di produzione ecocompatibili è alla base della reale transizione da un modello di economia lineare a uno di economia circolare.

Si denota poi, in più pareri, l'attualità di quelle politiche urbanistiche, di livello regionale e locale⁴⁹, indirizzate ad assicurare una crescita omogenea dei

nella materia di competenza esclusiva statale sia solo in termini di maggiore e più rigorosa tutela dell'ambiente»: C. cost., n. 191/2022, pt. 3 del "*Considerato in diritto*".

⁴² *Ex multis*, v. Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 851/2022.

⁴³ Il tema della semplificazione (e della sua effettività) come strumento per individuare risposte unitarie e coordinate non è nuovo, se già nel 2007 la Sezione consultiva per gli atti normativi poneva in correlazione le «prioritarie esigenze di coordinamento» con «semplificazione e trasparenza dell'azione amministrativa a vantaggio del cittadino»: Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 777/2007, ad. 17 settembre 2007.

⁴⁴ Nell'ambito della *Missione 2-Rivoluzione verde e transizione ecologica (misura M2C2-Energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile)*. Si intuisce che l'esigenza sistemica di incrementare la produzione di energia da FER, coesistente al PNRR, ha trovato un ulteriore motivo propulsivo nell'ambito delle misure adottate e adottande dall'UE per fronteggiare la crisi economica prodotta dalla guerra in Ucraina. In tema, S. AMOROSINO, *La "dialettica" tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili a tutela dell'ambiente atmosferico*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 4, 2022, 261 ss.

⁴⁵ Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 1737/2022, ad. 25 ottobre 2022.

⁴⁶ Dovendosi oltretutto disporre una chiara disciplina agevolativa, tuttora assente, per l'installazione di impianti a energia rinnovabile (in tal senso ancora Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 1737/2022).

⁴⁷ Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 1737/2022.

⁴⁸ Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 1737/2022.

⁴⁹ In un assetto informato al principio del policentrismo istituzionale paritario (su cui, per tutti, M. CAMELLI, *Amministrazioni (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 1274 ss.), gli enti locali intrattengono intensi rapporti sia con le Regioni sia con lo Stato.

territori urbani mediante processi di redistribuzione e di riuso per una crescita sostenibile⁵⁰. Il riferimento è agli interventi, la cui attuazione compete agli enti locali⁵¹, incentrati su progetti di rigenerazione urbana⁵² volti a ridurre situazioni di degrado sociale⁵³, in linea con l'obiettivo di "non arrecare un danno significativo" (*Do Not Significant Harm* - DNSH), ovvero contribuire in modo sostanziale alla tutela dell'ecosistema non causando danni agli obiettivi ambientali⁵⁴.

Come evidenziato da C. BARBATI, *La decisione pubblica al cospetto della complessità: il cambiamento necessario*, cit., 26, la «complessità di sistema» che ne deriva risulta esplicativa della crisi di modelli organizzativi fondati sulla separazione anziché sulla collaborazione fra livelli di governo.

⁵⁰ Su questi temi, tra gli altri: F. CORTESE, *Riuso e rigenerazione urbana nell'ordinamento giuridico italiano: profili ricostruttivi e questioni aperte*, in E. FONTANARI, G. PIPERATA (a cura di), *Agenda RE-CYCLE. Proposte per reinventare la città*, Il Mulino, Bologna, 2017, 41 ss.; L. DE LUCIA, *Contenimento del consumo di suolo e futuro della pianificazione urbanistica e territoriale*, *ibidem*, 105 ss.; W. GASPARRI, *Consumo di suolo e sviluppo sostenibile nella destinazione agricola dei suoli*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2020, 421 ss. Come rileva B. MANNI, *Sviluppo sostenibile e rigenerazione urbana tra tutela dell'ambiente e inclusione socio-economica*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2022, 283, «con riferimento alla missione della transizione ecologica [...] trova definitivo riconoscimento quel concetto ampio di sostenibilità in cui il legame tra tutela ambientale, inclusione sociale e crescita economica diviene imprescindibile per la concreta attuazione del "nuovo modello di sviluppo"».

⁵¹ Allo scopo, la l. n. 234/2021 ha potenziato il fondo di solidarietà comunale per ridurre i divari territoriali generati dall'emergenza sanitaria, stanziando complessivamente 941 milioni di euro per il triennio 2022-2024, di cui 391 milioni destinati agli enti locali per il potenziamento dei servizi sociali comunali. È stato anche introdotto il Fondo per lo sviluppo delle montagne italiane, in linea con l'obiettivo del PNRR di sostenere le zone scarsamente abitate (art. 1, c. 593).

⁵² Tra i più significativi contributi sulla rigenerazione urbana v.: F. DI LASCIO, F. GIGLIONI (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani: contributo al diritto delle città*, Il Mulino, Bologna, 2017; A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018; P. CHIRULLI, C. IAIONE, *La co-città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, Jovene, Napoli, 2018.

⁵³ Riprendendo le parole di C. GIANNINO, *La costruzione dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile. Questione ambientale e nuove economie urbane nella politica di coesione*, in *Riv. giur. mezz.*, 2-3, 2021, 701, «[n]ell'ambito della politica di coesione, lo sviluppo sostenibile rappresenta un principio importante, definito dal regolamento di disposizioni comuni che fornisce un quadro politico per tutti i programmi cofinanziati attraverso i Fondi strutturali e di investimento europei. In quanto una delle più concrete espressioni di solidarietà economica e sociale, fornisce un significativo sostegno alle strategie di sviluppo gestite a livello regionale e locale rafforzando la dimensione urbana». Richiama la «presupposizione che le declamate linee di sviluppo della c.d. "transizione ecologica" possano condurre anche alla implementazione delle politiche redistributive, al fine di prenderne ad oggetto anche i costi sociali, per comprendere nel quadro degli interventi pubblici emergenziali anche i profili di equità sociale» F. BILANCIA, *Integrazione giuridica e funzione di governo. Autorità e legalità in Europa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, 133.

⁵⁴ In questa prospettiva, i Regolamenti UE n. 2020/852 e n. 2021/241 hanno legato la nozione di "ecosostenibilità" – quale requisito per lo svolgimento di attività economiche – alla capacità di contribuire «in modo sostanziale al raggiungimento di uno o più degli obiettivi ambientali» relativi alla mitigazione dei cambiamenti climatici, all'uso sostenibile e alla protezione delle acque e delle risorse marine, alla transizione verso un'economia circolare, alla prevenzione e alla riduzione dell'inquinamento dell'aria, dell'acqua o del suolo, alla protezione e al ripristino della biodiversità e della salute degli ecosistemi, senza che ne consegua «un danno significativo» a nessuno di tali obiettivi ambientali: Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno

L'attuazione del PNRR per via regolamentare da parte del Governo potrebbe in effetti costituire l'occasione per accelerare la codificazione nazionale del principio appena richiamato del DNSH, in combinazione con quello di non regressione in materia ambientale⁵⁵, che vale a livello sovranazionale⁵⁶ quale divieto di retrocedere rispetto al livello raggiunto di sviluppo umano (con il relativo nucleo essenziale di diritti)⁵⁷. Del resto, a uno sguardo complessivo – ancorché riassuntivo e molto semplificato – sull'attività consultiva della Sezione in materia ambientale, sembra che proprio nella capacità di “non regredire”, compiendo scelte regolatorie sostenibili, la stessa Sezione ricerchi l'indice rivelatore del raggiungimento di un'appropriata *velocità di fuga* dell'intervento pubblico.

2020 “relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088”; Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 “che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza”.

⁵⁵ Sul principio del DNSH (e sulle sue potenzialità evolutive anche grazie al PNRR) v. A.S. BRUNO, *Il PNRR e il principio del Do Not Significant Harm (DNHS) davanti alle sfide territoriali*, in *Federalismi*, 8, 2022. Sul principio di non regressione in materia ambientale si veda, diffusamente, M. MONTEDURO, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in *Rivista AIC*, 2, 2018, 37 ss., nonché, più di recente, ID., *Crucialità, criticità e complessità del dibattito sul principio di non regressione ambientale*, in *Riv. quad. dir. ambiente*, 2, 2021, 4 ss., ove l'A. osserva come non vi sia «alcun motivo per ritenere che il principio-genus di non regressione in relazione al livello di tutela dei diritti umani, così come può pacificamente operare negli ambiti sociale, economico, culturale, civile e politico, non debba allo stesso modo poter operare, a maggior ragione, nell'ambito ambientale» (*ivi*, 8).

⁵⁶ In materia di diritti sociali, «un vero e proprio “principio di non regressione”» può ricavarsi dalla Carta sociale europea, anche alla luce dell'attività del Comitato europeo dei diritti sociali, che «si è dimostrato uno dei maggiori teorici di tale principio, ponendosi autorevolmente accanto al Comitato sui diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite», per impedire «la diminuzione degli *standard* di tutela dei diritti sociali coinvolti, dai quali dipende notoriamente la preservazione della dignità stessa dei consociati» (G. GUIGLIA, *Il ruolo del Comitato Europeo dei Diritti Sociali al tempo della crisi economica*, in *Rivista AIC*, 2, 2016, 20 s.). In materia di diritti politici e civili, v. CGUE, Grande Sezione, 20 aprile 2021, *Repubblica c. Il-Prim Ministru*, causa C-896/19, punti 62-65, che ha riconosciuto l'esistenza, nell'ordinamento eurounitario, di un principio di «non regressione del livello di tutela dei valori dell'Unione» di cui all'art. 2 TUE, in particolare quelli propri dello «Stato di diritto».

⁵⁷ In quest'ottica, il principio di non regressione vieta ai legislatori nazionali, alle amministrazioni e alla stessa giurisprudenza di «diminuire, espressamente o implicitamente, direttamente o in maniera indiretta, la soglia giuridica di protezione» garantita a ciascun individuo in un determinato ordinamento giuridico per *acquis* legislativo o giurisprudenziale e consolidatasi nel tempo. Sul punto, e sulle fonti eurounitarie, M. MONTEDURO, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, cit. Come rileva C.R. BEITZ, *The Idea of Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2009, 14 ss., i diritti umani stabilmente riconosciuti nei vari ordinamenti – espressione di «una pratica normativa pubblica di portata globale» – hanno come fine primario proprio quello di «proteggere gli individui dalle conseguenze di determinate azioni e omissioni dei loro governi».

4. L'attuazione del PNRR (II): la transizione digitale. Persistenti problematiche di accessibilità ed efficacia del *servizio tecnologico*

La suddetta *velocità di fuga* deve essere raggiunta anche nell'ambito della "transizione digitale", espressione con cui si allude all'utilizzo delle Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione (TIC) nelle pubbliche amministrazioni, per offrire servizi in grado di soddisfare le esigenze dei cittadini⁵⁸. È, questo, un obiettivo focale del PNRR, che vede nella "digitalizzazione e innovazione" uno dei tre assi strategici di livello europeo, assieme alla transizione ecologica e all'inclusione sociale.

Sul fronte digitale, la Sezione per gli atti normativi sta principalmente verificando la sostenibilità delle scelte regolatorie compiute dai soggetti pubblici in relazione all'*accessibilità* e all'*efficacia* delle nuove tecnologie⁵⁹.

Più di preciso, ci sembra che l'obiettivo sia quello di indirizzare l'attività normativa del Governo verso una più compiuta attuazione del diritto all'uso delle tecnologie⁶⁰ (diritto riconosciuto a "chiunque" dall'art. 3 del Codice dell'amministrazione digitale - CAD⁶¹), valorizzando il correlato obbligo, in capo al soggetto pubblico, di "alfabetizzazione informatica dei cittadini" (sancito dal medesimo CAD al successivo art. 8⁶²).

⁵⁸ In una società che è ormai a sua volta profondamente mutata proprio in ragione dell'utilizzo delle dotazioni tecnologiche: D.U. GALETTA, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare*, in *Federalismi*, 7, 2022, 104. Al riguardo, rileva il nuovo c. 4-bis, aggiunto dall'art. 12, c. 1, lett. a) del d.l. n. 76/2020 nel testo dell'art. 2, l. n. 241/1990, in accordo al quale le amministrazioni sono tenute a misurare e pubblicare nella sezione "Amministrazione trasparente" del proprio sito internet istituzionale i tempi di conclusione dei procedimenti amministrativi maggiormente rilevanti per cittadini e imprese, effettuando una comparazione con i tempi previsti dalla legislazione vigente. Le modalità e i criteri di misurazione delle tempistiche sono definiti con d.P.C.M., su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e previa intesa in Conferenza unificata di cui all'art. 8, d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281.

⁵⁹ Nella prospettiva del nostro studio, si può ricordare Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 1409/2022, ad. 30 agosto 2022, che ha evidenziato l'esigenza di favorire lo sviluppo integrato delle infrastrutture di telecomunicazione fisse e mobili e, segnatamente, delle reti a banda ultralarga, in coerenza con gli obiettivi di trasformazione digitale fatti propri dal PNRR. Nel medesimo senso, v. anche parere n. 107/2022, ad. 21 dicembre 2021, reso dalla Sezione consultiva su richiesta del Ministro per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale, in merito allo schema di decreto sulla disciplina delle modalità di funzionamento della Piattaforma digitale "per la notificazione degli atti della pubblica amministrazione", da adottare ai sensi dell'art. 26, c. 15, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. con mod. dalla l. 11 settembre 2020, n. 120.

⁶⁰ Nei rapporti con le pubbliche amministrazioni, con i gestori di servizi pubblici e con gli altri soggetti equiparati (di cui all'art. 2, c. 2 del Codice dell'amministrazione digitale).

⁶¹ Introdotto con il d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, il CAD è stato successivamente modificato e integrato prima con il d.lgs. 22 agosto 2016, n. 179, e poi con il d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217.

⁶² Disposizione, questa, da interpretare estensivamente, includendo tra i soggetti obbligati – oltre allo Stato e ai soggetti dell'art. 2, c. 2, CAD – pure gli enti locali, in virtù del principio di sussidiarietà verticale.

La Sezione muove probabilmente dalla consapevolezza che non a tutti i cittadini è oggi realmente garantito il diritto di accesso e partecipazione all'azione amministrativa digitale o quello di fruire dei servizi *on line*. Da un lato, pesano le persistenti carenze infrastrutturali che non permettono l'utilizzo di Internet in maniera effettiva in talune aree (si pensi alle zone rurali e montane)⁶³. Dall'altro, non si possono trascurare i costi economici – spesso tutt'altro che irrilevanti – dei mezzi tecnologici (oltre che una certa incapacità di una parte della popolazione a rapportarsi coi dispositivi elettronici⁶⁴). È noto, in questi termini, il problema della “povertà digitale”⁶⁵, su cui incidono le condizioni di svantaggio economico e culturale delle famiglie⁶⁶.

⁶³ Sul diritto di accesso a Internet a banda larga nelle zone rurali e sul divario digitale rispetto alle aree urbane P. DAMIANI, *A Star(link) Is Born: What Consequences for the Right to Broadband Internet Access in Rural Areas of the EU?*, in *Federalismi*, 28, 2021, 26 ss. Quanto alle peculiarità delle zone montane, G. MARCHETTI, *L'art. 44, u.c., Cost.: quale valorizzazione delle zone montane?*, in *Federalismi*, speciale 5, 2019, 203 ss., ove si registra, tra gli altri dati, la persistente esigenza di infrastrutture in banda ultralarga e programmi di *e-government* (ivi, 214). Del resto, pure dal punto di vista dei tecnologi si è osservata «una copertura infrastrutturale ancora caratterizzata da un forte divario digitale»: A.F. SPAGNUOLO, E. SORRENTINO, *Alcune riflessioni in materia di trasformazione digitale come misura di semplificazione*, in *Federalismi*, 8, 2021, 281. Su questi temi v. anche P. ZUDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, 285 ss. e, più in generale, M. PIETRANGELO, *Accesso a Internet: un diritto ancora diseguale? Aggiornamenti e ripensamenti*, in AA.VV., *Accesso a internet e neutralità della rete fra principi costituzionali e regole europee*, Aracne, Roma, 2017, 25 ss.

⁶⁴ Non solo la fascia anziana della popolazione, contrariamente a quanto si potrebbe credere. Una rilevazione condotta da *Save the Children* in collaborazione con il Centro di Ricerca sull'Educazione ai Media all'Innovazione e alla Tecnologia (CREMIT) dell'Università Cattolica di Milano e del Dipartimento di Economia dell'Università di Pisa – che ha coinvolto 772 ragazzi e ragazze tredicenni di 11 città italiane, attraverso la somministrazione di uno strumento di autovalutazione di base delle competenze digitali – ha evidenziato gravi lacune di competenze, da quelle strettamente tecniche a quelle più legate all'esercizio di cittadinanza (v. <https://www.agendadigitale.eu/scuola-digitale/la-poverta-educativa-e-anche-digitale-come-coltmare-lacune-degli-studenti-italiani/>). L'educazione digitale è, evidentemente, una sfida cruciale per il sistema scolastico. A tal fine, il progetto “Connessioni Digitali” di *Save The Children* mira a colmare il divario che penalizza gli studenti italiani, cercando di ridurre la povertà educativa digitale nei contesti più a rischio del Paese (per i dati del progetto aggiornati al 17 novembre 2022: www.savethechildren.it/press/contrasto-alla-povert%C3%A0-educativa-digitale-il-primo-bilancio-ad-un-anno-dal-lancio-del-progetto). Sull'impatto dell'innovazione tecnica ai fini del rilancio del sistema di istruzione, e in particolare sull'incidenza delle misure stabilite dal PNRR in materia, A. SANDULLI, *La scommessa del PNRR per il rilancio degli istituti tecnici superiori (ITS)*, in *Munus*, 2, 2021, 467 ss.

⁶⁵ Su cui v. R. BARDAZZI, L. BORTOLOTTI, M.G. PAZIENZA, *To eat and not to beat? Energy poverty and income inequality in Italian regions*, in *Energy Research & Social Science*, in www.elsevier.com/locate/erss, 1 ss.

⁶⁶ Non stupisce allora che, come emerso dall'indagine pilota condotta da *Save the Children* menzionata *supra* (nt. 64), il 30% dei minori la cui madre non abbia titoli di studio, o abbia comunque un titolo non superiore alla licenza media, non sappia rispondere correttamente alla maggior parte delle domande relative all'alfabetizzazione digitale di base. La percentuale scende al 13,9% tra gli studenti la cui madre abbia un titolo di studi superiore e al 5,5% se la madre è laureata. Percentuali pressoché identiche si osservano quando si prende in considerazione il titolo di studio del padre (per

Nelle parole del Consiglio di Stato, sono espressamente qualificati come «ostacoli» da superare tanto «la povertà di risorse tecnologiche delle amministrazioni», quanto «le competenze informatiche insufficienti dei cittadini»⁶⁷. Difatti, la nuova centralità dell'ambiente digitale come ambiente di crescita e sviluppo solidaristico passa dalla lotta alle disuguaglianze, e una piena transizione digitale sarà possibile solo attraverso una reale diffusione delle competenze tecnologiche⁶⁸.

Non stupisce, allora, l'accento posto dalla stessa Sezione normativa sul prioritario monitoraggio del *servizio* (tecnologico) reso “all'esterno” dell'amministrazione, così da attuare quella «costante e progressiva semplificazione e reingegnerizzazione dei processi» voluta dal legislatore e asse portante del PNRR⁶⁹. Un'auspicata «semplificazione e reingegnerizzazione dei processi» che richiede anzitutto la formazione di dipendenti pubblici in grado di utilizzare le nuove tecnologie⁷⁰, nonché la continua manutenzione e tenuta di documenti e archivi digitali⁷¹.

In questa prospettiva, la Sezione esamina l'attività regolamentare del Governo verificandone di volta in volta l'idoneità «a essere “messa a terra” da

i dati statistici riportati, www.agendadigitale.eu/scuola-digitale/la-poverta-educativa-e-anche-digitale-come-coltmare-le-lacune-degli-studenti-italiani/).

⁶⁷ Le espressioni in virgolettato sono tratte da Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 107/2022.

⁶⁸ È questo il contenuto del nuovo Commento generale alla Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, pubblicato il 24 marzo 2021, dal titolo “*Children's rights in relation to the digital environment*”.

⁶⁹ Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 506/2022.

⁷⁰ Ciò presuppone di qualificare il capitale umano della pubblica amministrazione con conoscenze, abilità e competenze tecniche funzionali alle nuove risposte che essa è chiamata a dare sul fronte digitale. L'amministrazione digitale, in questa prospettiva, «ambisce a creare le condizioni per consentire una migliore fruizione di diritti fondamentali dei cittadini» (così E.N. FRAGALE, *La cittadinanza amministrativa al tempo della digitalizzazione*, in *Dir. Amm.*, 2, 2022, 474).

⁷¹ Con le specifiche problematiche connesse. Basti considerare che la tenuta di documenti digitali deve adeguarsi all'incessante processo di trasformazione tecnologica: M. GUERCIO, *Archivistica informatica. I documenti in ambiente digitale*, Carocci, Roma, 2002. In questa operazione di «semplificazione e reingegnerizzazione» assumono rilievo gli artt. 38 ss. del d.l. 31 maggio 2021, n. 77 – contenente, come già emerso, la *governance* del PNRR, nonché le prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure –, i quali sono intervenuti, modificando il CAD, sulla modalità di notifica digitale degli atti della p.a. e sull'impiego del domicilio e dell'identità digitale, introducendo il Sistema di gestione deleghe (SDG). Il legislatore ha poi introdotto nuove misure di semplificazione del funzionamento dell'Anagrafe nazionale della popolazione residente (ANPR) e dei meccanismi di condivisione dei dati e di interoperabilità tra le amministrazioni. Merita anche segnalare l'importanza del d.l. 6 maggio 2021, n. 59, convertito dalla l. 1 luglio 2021, n. 101, che, nell'introdurre “*Misure urgenti relative al Fondo complementare al Piano nazionale di ripresa e resilienza e altre misure urgenti per gli investimenti*”, ha previsto la realizzazione di un'unica Rete di interconnessione nazionale nel settore dell'istruzione, per garantire il coordinamento delle piattaforme dei sistemi e dei dati tra scuole, uffici scolastici regionali e Ministero dell'istruzione e per il migliore funzionamento della didattica digitale integrata.

personale capace di utilizzare al meglio le nuove tecnologie, ad avere una *compliance* soddisfacente da parte dei destinatari, a perseguire effettivamente la semplificazione, la modernizzazione, i risparmi auspicati»⁷².

Non solo. Mediante i propri pareri sugli atti normativi il Consiglio di Stato sembra indirizzare l'attività regolamentare del Governo, segnalando i profili su cui risulti utile intervenire. È il caso del parere interlocutorio n. 137/2023, in cui la Sezione ha suggerito al Ministero proponente di occuparsi, ai fini di una migliore regolamentazione in materia di accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni, dei «casi di *crash* di rete ovvero di altre tipologie di difficoltà telematiche verificatesi nel corso di procedure concorsuali da remoto, quando siano riconducibili a un malfunzionamento della connessione internet o a ragioni tecniche», o ancora di considerare l'«incidenza della digitalizzazione sulla valutazione della prova concorsuale»⁷³. L'obiettivo, esplicitato dalla Sezione nel successivo parere n. 585/2023, dovrebbe essere, per l'appunto, quello di «individuare misure idonee a sterilizzare i rischi di contenzioso attraverso la previsione di presidi idonei di verifica e controllo delle tecnologie digitali, necessariamente diversificati in relazione alla tipologia di criticità da fronteggiare»⁷⁴.

Dalla lettura delle pronunce della Sezione per gli atti normativi non si rinvencono invece (almeno per ora) indicazioni sulle possibili risposte a quello che ci pare costituire uno dei principali nodi critici che interessano l'ambito di cui stiamo trattando, consistente nel fatto che il cittadino-utente digitale non sembrerebbe disporre di consoni strumenti di tutela avverso le inadempienze delle amministrazioni e dei gestori rispetto agli obblighi di riorganizzazione dei procedimenti amministrativi e dei servizi digitali.

Nello spazio di questo contributo è possibile solo accennare che lo strumentario esistente avverso l'inottemperanza agli obblighi digitali risulta poco incisivo: anzitutto, la *class action* pubblica di cui al d.lgs. n. 198/2009, pur praticabile, è rimasta largamente inutilizzata; inoltre, il rinvio operato dall'art. 3, c. 1-*ter* del CAD alle disposizioni del Codice del processo amministrativo non considera che i disservizi delle reti non possono essere efficacemente contrastati con il rimedio dell'azione di annullamento, e richiedono spesso una difficoltosa ricostruzione probatoria ai fini dell'azione di adempimento; infine, anche l'attribuzione all'AgID di poteri di vigilanza, monitoraggio e controllo, nonché di poteri sanzionatori, rispetto all'operato delle amministrazioni e dei gestori dei servizi pubblici in ambito digitale⁷⁵ non appare in

⁷² Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 107/2022.

⁷³ Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 137/2023, ad. 30 gennaio 2023.

⁷⁴ Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 585/2023, ad. 4 aprile 2023.

⁷⁵ Con l'introduzione dell'art. 18-*bis* nel CAD a opera del d.l. n. 77/2021, conv. con mod. dalla l. 29 luglio 2021, n. 108.

grado di offrire una garanzia effettiva, realizzandosi in un'attività valutativa ampiamente discrezionale dell'Agenzia; del pari, risulta sostanzialmente ineffettiva la possibilità per gli utenti di ricorrere al Difensore Civico per il Digitale⁷⁶, dal momento che quest'ultimo non può provvedere direttamente a ripristinare una disfunzione di rete.

Se è vero che questi ultimi profili, come detto, non sono stati specificatamente affrontati dalla Sezione (che non ha avuto occasione di pronunciarsi sul punto, in ragione degli schemi normativi sottoposti alla sua attenzione), sembra comunque di poter cogliere la spia di tali criticità, nella parte in cui la stessa Sezione segnala l'esigenza di una «modernizzazione significativa del modo di agire della pubblica amministrazione e del suo rapportarsi con i cittadini»⁷⁷, apparendo ancora lontana la realizzazione di un reale rapporto tra amministrazione digitale e cittadino-utente e, con essa, il pieno compimento della transizione digitale. Gli attori istituzionali coinvolti e la società civile si muovono – si rileva dai pareri – a velocità eterogenee, con soggetti che rischiano di 'rimanere indietro'.

È perciò da chiedersi, anche alla luce dei toni preoccupati della Sezione, se una chiave per affrontare il problema non possa ravvisarsi nella valorizzazione della logica – cui si è già fatto riferimento in questo paragrafo – del servizio tecnologico che l'amministrazione *deve* assicurare ai consociati. Verrebbe in gioco un dovere inderogabile dei soggetti pubblici, servente alla garanzia del «nucleo irriducibile» dei «diritti inviolabili» della persona umana, nel prisma della solidarietà costituzionale⁷⁸.

Se si sposa questo punto di vista, si comprende perché la Sezione abbia reiteratamente precisato di dover analizzare la normativa sottoposta al suo parere non solo per gli aspetti giuridico-formali, ma anche, soprattutto, per la sua idoneità a «funzionare in concreto»⁷⁹, costantemente cercando di proporre migliorie delle misure regolatorie, affinché esse offrano un *servizio adeguato*.

5. L'attuazione del PNRR (III): l'inclusione sociale tra la valorizzazione del terzo settore e il superamento della dicotomia pubblico-privato

Sin qui è emerso che i soggetti pubblici sono deputati a garantire funzioni e servizi essenziali, nell'ambito di una fucina di trasformazione urbana e rinno-

⁷⁶ Art. 17, c. 1-*quater* del CAD, come risultante a seguito delle modifiche normative introdotte dall'art. 41, d.l. n. 77/2021.

⁷⁷ Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 107/2022.

⁷⁸ Riprendendo la terminologia impiegata da M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2, 2020, 544 ss.

⁷⁹ Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 107/2022.

vazione digitale. In questo contesto, emergono nuove dinamiche aggregative, in cui assicurare la partecipazione dell'individuo. Tali processi partecipativi nascono generalmente su impulso della comunità, e si inquadrano nell'asse strategico del PNRR concernente l'inclusione sociale.

Volendo dare uno sguardo d'insieme sui pronunciamenti della Sezione per gli atti normativi in merito alla suddetta inclusione, sono molteplici le questioni toccate: nell'ambito delle politiche per il lavoro, strettamente dipendenti da quelle concernenti la formazione, il Consiglio di Stato ha evidenziato che la frammentazione dei percorsi di studio potrebbe generare una riduzione dei livelli di competenza culturale generale, con grave danno per il mercato del lavoro⁸⁰; quanto ai servizi sociali, ha esortato il Governo a introdurre adeguate misure di sostegno alle famiglie, al fine di creare una rete di protezione nei confronti dei nuclei familiari economicamente svantaggiati rispetto alla fruizione dei servizi pubblici essenziali⁸¹; infine, ha ampiamente appoggiato gli interventi normativi per la coesione territoriale⁸².

⁸⁰ Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 508/2021, ad. 9 marzo 2021. In tale parere la Sezione si sofferma sul rapporto tra formazione e politiche per il lavoro, rilevando come «la materia dell'istruzione professionale trov[i] un fondamento costituzionale nell'art. 117 Cost. che, al secondo comma, riserva alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale” e le “norme generali sull'istruzione”, mentre al terzo comma rimette alla legislazione concorrente la materia “istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale”». Invero, il tema dell'istruzione nel PNRR è trasversale. L'istruzione e la ricerca, infatti, rappresentano una missione a sé (la Missione 4), che si colloca però al crocevia di differenti priorità e di diversi assi strategici del Piano; la sua stessa impostazione costituisce un requisito essenziale per superare gli squilibri strutturali, di natura sociale e territoriale, storicamente sussistenti fra Nord e Sud del Paese, favorendone la ripresa economica e la coesione complessiva. In tema, M. COCCONI, *Le riforme dell'istruzione nel PNRR*, in *Federalismi*, 11, 2022. Sul «circolo virtuoso tra istruzione e ricerca, attività imprenditoriale e ampliamento delle opportunità di lavoro con cui si può realizzare in modo autentico la costruzione di una cittadinanza attiva, di una società inclusiva» quale focale sfida del PNRR, v. P. MALAVASI, *PNRR, la rilevanza formativa del rapporto tra istruzione, ricerca e mondo imprenditoriale. Nel segno dell'inclusione e della coesione*, in *Education Sciences & Society*, 1, 2022, 289.

⁸¹ Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 515/2022, ad. 17 febbraio 2022, relativo allo schema di “Regolamento recante principi e criteri per la definizione delle modalità applicative delle agevolazioni tariffarie in favore degli utenti domestici del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani in condizioni economico-sociali disagiate”. Nello specifico, tra gli interventi di carattere sociale finalizzati a creare una rete di protezione nei confronti dei nuclei familiari economicamente svantaggiati rispetto alla fruizione dei servizi pubblici essenziali, il parere si appunta sul servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani e sulla sua fornitura a condizioni tariffarie agevolate (una riduzione della TARI o tariffa corrispettiva), secondo criteri analoghi a quelli utilizzati per i *bonus* sociali relativi all'energia elettrica, al gas e al servizio idrico integrato. Come evidenziato dalla Sezione, le scelte del legislatore devono perseguire l'obiettivo di assicurare condizioni agevolate di accesso ai servizi essenziali per gli utenti socialmente svantaggiati, garantendo al contempo l'equilibrio finanziario degli enti di gestione dei servizi.

⁸² Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 948/2022, ad. 7 giugno 2022, su uno schema di decreto adottato in attuazione dell'art. 6 del d.l. 29 dicembre 2016, n. 243 (“*Interventi urgenti per*

In questa sede, però, quel che ci proponiamo di fare non è ripercorrere i vari indirizzi attuativi dell'obiettivo di inclusione sociale. Ci interessa invece segnalare – così come ha fatto la Sezione per gli atti normativi – una certa tendenza (avente carattere generale) a valorizzare il coinvolgimento dei privati nei processi regolativi, di pubblica rilevanza, concernenti le politiche sociali⁸³.

Il riferimento è al crescente protagonismo nel nostro ordinamento del c.d. “terzo settore”⁸⁴, su cui la Sezione ha preso posizione con il parere n. 802/2022⁸⁵ sullo schema di linee guida ANAC recanti “*Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali*”⁸⁶.

la coesione sociale e territoriale, con particolare riferimento a situazioni critiche in alcune aree del Mezzogiorno”, conv. con mod. dalla l. 27 febbraio 2017, n. 18), come modificato dall’art. 58, c. 2, lett. i) del d.l. 25 maggio 2021, n. 73 (“*Misure urgenti connesse all'emergenza da COVID-19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali*”), a sua volta convertito con modificazioni dalla l. 23 luglio 2021, n. 106. In particolare, l'intervento normativo ha inteso adeguare l'ordinamento della Scuola Europea di Brindisi (accreditata al sistema delle Scuole Europee dal 19 gennaio 2017) alle altre Scuole Europee. Al riguardo, la Sezione ricorda che le Scuole Europee, nate all'inizio degli anni Cinquanta del '900 su iniziativa dei membri della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA), al fine di assicurare l'istruzione in comune dei figli dei dipendenti delle istituzioni comunitarie, hanno contribuito alla cooperazione europea. Secondo la Sezione deve essere valutato positivamente ogni intervento, anche normativo, volto a consolidare questi processi, tanto più ove, come auspicabile, essi si inseriscano in una più ampia azione di coordinamento delle iniziative, anche nazionali, volte a promuovere un vero e proprio insegnamento europeo.

⁸³ Si tenga presente che quando ci si riferisce ai diritti sociali – come specifico oggetto delle politiche sociali – si allude a «dispositivi di protezione sociale progettati e attuati per controbilanciare e possibilmente modificare i processi di mercificazione e sfruttamento prodotti dall'economia di mercato capitalista» (S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La dignità umana come principio “autonomo” per giustificare la tutela dei diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2022, 46). In questa prospettiva, «si può concepire la dignità umana come uno degli ingranaggi di un più complesso meccanismo istituzionale radicato in principi di uguaglianza e giustizia sociale» (*ivi*, 51), su cui fondare le varie politiche sociali.

⁸⁴ Da intendersi come «una vasta e multiforme realtà, che coniuga i fini di solidarietà con l'attività economica», distinta «da una parte, rispetto al settore privato di mercato, che produce per finalità non solidaristiche» (c.d. “primo settore”); «dall'altra, nei confronti del settore pubblico, che produce in modi del tutto particolari e per finalità generali» (c.d. “secondo settore”). Così L. MENGHINI, *Volontariato e gratuità del lavoro* (voce), in *Enc. dir., Annali*, VI, 2013, 1038, secondo cui «[i]l dato comune del Terzo settore è costituito dal carattere privatistico delle entità che lo compongono, dal loro operare per finalità socialmente rilevanti e per la valutazione positiva dell'ordinamento nei loro confronti».

⁸⁵ Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 802/2022, ad. 12 aprile 2022.

⁸⁶ Linee guida che si sono rese necessarie in seguito alle modifiche al Codice dei contratti pubblici introdotte dal d.l. n. 76/2020, conv. in l. n. 120/2020; modifiche con le quali il legislatore ha inteso coordinare il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) e il Codice del terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117), nel senso della riduzione dell'ambito di applicazione del primo, secondo un'impostazione più di recente confermata dal nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 “*Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*”, pubblicato in Gazzetta ufficiale il 31 marzo, con efficacia a partire dal primo luglio 2023), su cui *infra*, nt. 94.

Il parere – sulla scia della sentenza della Corte costituzionale n. 131/2020 – esamina approfonditamente il «canale di amministrazione condivisa»⁸⁷ che si individua tra p.a. e terzo settore⁸⁸ e riprende ampi passaggi della succitata pronuncia del giudice delle leggi. Si enfatizzano le potenzialità della co-programmazione, della co-progettazione e del partenariato pubblico-privato, come fasi di «un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale»⁸⁹, fondato non sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata (sebbene l'attività svolta dagli enti del terzo settore possa avere un rilievo economico), ma sulla «convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico»⁹⁰.

⁸⁷ C. cost., 26 giugno 2020, n. 131, pt. 4 del “*Considerato in diritto*”. L'espressione richiama alla mente G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 117/118, 1997, 29 ss., ove si teorizzava per l'appunto un modello organizzativo atto a valorizzare la sussidiarietà, fondato su un nuovo rapporto fra amministrazione e cittadini, «tale che questi ultimi escano dal ruolo passivo di amministrati per diventare soggetti attivi che, integrando le risorse di cui sono portatori con quelle di cui è dotata l'amministrazione, si assumono una parte di responsabilità nel risolvere problemi di interesse generale». Per una rinnovata riflessione sul tema dell'amministrazione condivisa, quale strumento per gestire «i tanti problemi di sistema che di questi tempi le amministrazioni pubbliche, a tutti i livelli, debbono affrontare», si rinvia a G. ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022 (per la citazione v. G. ARENA, *Un approccio sistemico all'amministrazione condivisa*, *ivi*, 10).

⁸⁸ Rileva la Sezione nel parere n. 802/2022 che la sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020 ha dissipato il dubbio sulla compatibilità con il diritto eurounitario delle modalità di affidamento dei servizi sociali previste dal Codice del terzo settore (dubbio avanzato dal Consiglio di Stato nel parere n. 2052 del 2018), evidenziando che «lo stesso diritto dell'Unione [...] mantiene, a ben vedere, in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà». Sulla compatibilità con il diritto dell'Unione, in punto di affidamento dei servizi sociali, delle modalità previste dal Codice del terzo settore (in particolare *ex artt.* 56 e 57, in materia di convenzioni fra organizzazioni di volontariato ed enti pubblici), v., in dottrina, A. ALBANESE, *I servizi sociali nel codice del Terzo settore e nel codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà*, in *Munus*, 1, 2019, 139 ss.

⁸⁹ C. cost., n. 131/2020, pt. 4 del “*Considerato in diritto*”.

⁹⁰ C. cost., n. 131/2020, pt. 4 del “*Considerato in diritto*”. Del resto, come rilevato da S. VACCARI, *Sulla concessione in comodato di beni pubblici a enti del Terzo settore*, in *Dir. Amm.*, 2, 2020, 431 s., «in una fase di 'crisi fiscale' dello Stato (c.d. *government failure*) e di inadeguatezza del libero mercato (c.d. *market failures*) a realizzare gli obiettivi di interesse generale, la crescente domanda di prestazioni sociali non potrà che dipendere sempre più dalle prestazioni erogate dal privato sociale, mediante il ricorso a moduli organizzativi auto-finanziati dagli apporti spontanei dei singoli, mossi dall'adempimento di doveri di matrice altruistica o *lato sensu* solidaristici più che da logiche strettamente remunerative o lucrative».

È in questa prospettiva che gli enti del terzo settore – rappresentativi della «società solidale»⁹¹ – possono incrementare l'efficacia e l'efficienza dell'azione amministrativa, integrandone le conoscenze e fornendo modelli organizzativi adeguati, in ragione della loro prossimità con gli utenti⁹²: un apporto, a parere della Sezione, non più trascurabile.

Di là da altre e più ampie valutazioni sugli strumenti previsti per l'esplicarsi del rapporto tra amministrazione e terzo settore, il dato di interesse ai presenti fini è che tra i modelli organizzativi con cui si confronta odieramente la decisione pubblica non si può più prescindere da quello fondato sulla sinergia e sulla collaborazione, nel senso del superamento della dicotomia pubblico-privato⁹³.

La consulenza sugli atti normativi diviene così, per il Consiglio di Stato, un'opportunità per riflettere sulle rilevanti trasformazioni del soggetto pubblico, nella sua attività e organizzazione. Quello che la Sezione intende segnalare, anche ai fini della migliore attuazione del programma di riforme inerenti al PNRR, è che l'azione pubblica è chiamata ad avvalersi del fondamentale apporto del terzo settore, poiché il coinvolgimento del “privato sociale” consente, anzitutto, di intercettare meglio – per la vicinanza alle comunità e al territorio – le nuove marginalità sorte o acuitesi con la pandemia, e, di conseguenza, di fornire i servizi più appropriati per contrastarle.

La Sezione sembrerebbe allora esortare il Governo a tenere conto di una simile prospettiva nella definizione delle politiche sociali e dei progetti di servizi e interventi sociali⁹⁴. Del resto, nell'ambito del PNRR, l'efficienza

⁹¹ C. cost., n. 131/2020, pt. 4 del “*Considerato in diritto*”.

⁹² Gli enti del terzo settore, infatti, «costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale, e sono quindi in grado di mettere a disposizione dell'ente pubblico sia preziosi dati informativi (altrimenti conseguibili in tempi più lunghi e con costi organizzativi a proprio carico), sia un'importante capacità organizzativa e di intervento: ciò che produce spesso effetti positivi, sia in termini di risparmio di risorse che di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della “società del bisogno”»: C. cost., n. 131/2020, pt. 4 del “*Considerato in diritto*”. Rinviene un «nuovo percorso circolare, che parte dal bisogno e al bisogno ritorna, passando attraverso un momento di confronto con le amministrazioni pubbliche», e che «si attiva “dal basso”, dalla considerazione di bisogni socialmente e territorialmente percepiti da quei soggetti (gli enti del TS) che vivono a contatto diretto con la fattualità» E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2021, 252 s.

⁹³ Su tale dicotomia, e sul suo superamento, si veda, per tutti, B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, il Mulino, Bologna, 2020, *passim* e in part. 226 e 228, ove l'A. evidenzia come «[l]a grande dicotomia, da tempo, non è più tale», poiché, in una realtà in cui sono «la *mixité* e le *intersections* tipiche di una *multidimensional distinction* ad imporsi, la dicotomia è messa a dura prova».

⁹⁴ In questi termini, la Sezione parrebbe dare un segnale rassicurante rispetto al timore che l'«impianto molto verticistico» del PNRR lasci «poco spazio alla mediazione e alle condivisioni di comunità nel territorio» (così F. GIGLIONI, *L'Amministrazione condivisa nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Labsus*, 17 aprile 2023, all'indirizzo

dell'azione amministrativa viene valutata proprio a partire dalla capacità di approntare schemi decisionali che superino la rigidità dell'agire amministrativo tradizionale⁹⁵, a fronte di una maggiore flessibilità che consenta una lettura più penetrante dei bisogni esistenti nel tessuto sociale e una risposta calibrata su tali bisogni (per esempio, nella predisposizione di servizi alla persona e prestazioni effettive).

In ciò si rinviene un tratto significativo del passaggio in atto – del quale la Sezione si mostra ben consapevole – dal *government* alla *governance*⁹⁶, la quale, legittimando forme variegata di accordi tra soggetti pubblici e privati, «si inserisce in un trend di profonda innovazione delle tecniche di governo» ed è «pervasiva da un intento di efficienza ed effettività» delle misure da adottare, rispondenti alla specificità dei bisogni che a esse si riferiscono.

6. Il *drafting* degli atti attuativi del PNRR

Spostandoci adesso dal piano dei contenuti a quello della forma, un ultimo fronte di riflessione si apre con riguardo al *drafting* normativo. Sono ricorrenti, nei pareri espressi dal Consiglio di Stato sulle misure regolatorie attuative del Piano, i richiami ai principi della *better regulation*, al fine di perseguire l'obiettivo di una deflazione dei carichi normativi⁹⁷, evitando fenomeni di ipertrofia regolatoria⁹⁸.

<https://www.labsus.org/2023/04/lamministrazione-condivisa-nel-nuovo-codice-dei-contratti-pubblici/>). Nella medesima direzione si è mosso il legislatore, che nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) ha previsto, all'art. 6, che – in «attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale» – la pubblica amministrazione possa dar vita a modelli organizzativi di amministrazione condivisa con gli enti del terzo settore per il perseguimento di finalità sociali. Si delinea, per questa via, un principio di carattere generale, che riconosce sempre al soggetto pubblico la facoltà di apprestare modelli organizzativi di amministrazione condivisa in relazione ad attività a valenza sociale.

⁹⁵ Rilevano una certa «diffidenza nei riguardi dell'adeguatezza dell'assetto amministrativo “ordinario” e delle sue capacità di adempiere in tempi rapidi agli obiettivi fissati dalle istituzioni europee» G. DI GASPARE, A. SANDULLI, *La nuova governance economica e l'impatto sull'assetto istituzionale europeo e nazionale*, in *Le nuove istituzioni dell'economia*, 2, 2022, 7 s.

⁹⁶ Correla il «successo anche tra i giuristi del concetto di *governance*» al superamento della dicotomia pubblico-privato B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., 234. Sul passaggio dal *government* alla *governance* M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi*, il Mulino, Bologna, 2022, 27 ss., cui si rinvia anche per i due virgolettati successivi riportati nel testo (*ivi*, 44-46).

⁹⁷ Anche di recente la Sezione per gli atti normativi ha indicato i rischi da evitare nella redazione degli atti di secondo grado, tenuto conto del rapporto tra le fonti, dell'esigenza di ridurre la produzione normativa, di garantire la certezza del diritto e di agevolare l'opera ermeneutica, suggerendo di evitare disposizioni meramente riproduttive della norma primaria: Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 1640/2022, ad. 4 ottobre 2022. Parla di «inflazione normativa», da cui è afflitto l'ordinamento italiano, Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 1081/2022, ad. 24 maggio 2022.

⁹⁸ Nella consapevolezza che legislazioni ipertrofiche, oscure e instabili, determinano procedure amministrative farraginose, che scoraggiano gli investitori e rendono poco competitivo il sistema

In termini generali, la Sezione rimarca il principio secondo cui non si dovrebbe ricorrere alla riproduzione testuale, parziale o alterata, in una fonte di rango inferiore, di disposizioni recate da una fonte di rango superiore. Quest'ultima tecnica redazionale pone «il rischio di incertezze applicative nel caso in cui la riproduzione testuale presenti anche lievi differenze rispetto al testo di rango legislativo, nonché di potenziale confusione nell'individuazione della disposizione applicabile nel caso in cui successive modifiche della norma primaria determinino un disallineamento dei testi»⁹⁹.

Nondimeno, nei casi in cui la materia risulti già disciplinata, in gran parte, da fonti sovraordinate, la Sezione si mostra consapevole del fatto che una rigida applicazione del principio suddetto porterebbe alla redazione di testi frammentari, in contrasto con l'assunto per cui «i regolamenti costituiscono dei testi giuridici, che devono come tali tendenzialmente possedere una loro propria compiutezza e complessiva “leggibilità”, al fine di una agevole comprensione ed efficace applicazione in sede amministrativa»¹⁰⁰. Solo così questi atti potranno costituire degli utili strumenti di guida – unitari e autosufficienti –, a disposizione degli operatori pratici e, più in generale, dei consociati. Seguendo questo ragionamento, può risultare talora preferibile ripetere nel testo regolamentare termini, nozioni, definizioni e disposizioni già presenti nella norma di rango primario, purché ciò avvenga con formule lessicali che evitino ogni ambiguità riguardo alla corretta gerarchia delle fonti¹⁰¹.

Il dato che si registra è però spinoso: una regolazione oggetto di continue riscritture¹⁰², spesso operate per correttivi, in cui le norme settoriali si sovrappo-

produttivo del Paese. Osserva al riguardo P. MAZZINA, *Qualità della legislazione e competitività: alcune riflessioni intorno ad una recente esperienza campana*, in *Osservatorio Aic*, 2013 che «[o]ve si provi a misurare la portata degli effetti generati dal grado di certezza (*rectius*: di incertezza) di un modo di legiferare che si direbbe schizofrenico, [...] non può passare inosservata la circostanza che la maggior parte di essi si sono prodotti in danno dell'iniziativa economica, che è valore costituzionale di rilievo – tanto più oggi – primario». In effetti, le locuzioni che inficiano la chiarezza degli atti normativi ne ostacolano inevitabilmente l'immediata attuazione, la quale richiede una piena intellegibilità del testo (*ex multis*, Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 413/2022, ad. 17 febbraio 2022). Per alcune considerazioni sull'instabilità nel (del?) diritto, cfr. V. FROSINI, *Ordine e disordine nel diritto*, Guida, Napoli, 1979.

⁹⁹ Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 1819/2021, ad. 23 novembre 2021 (in senso analogo già, tra gli altri, i pareri n. 458/2021 e n. 2324/2018).

¹⁰⁰ Così Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 1079/2022, ad. 7 giugno 2022, che riporta quanto affermato nel parere (richiamato alla nt. precedente) n. 1819/2021.

¹⁰¹ V. ancora Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, pareri n. 1079/2022 e n. 1819/2021.

¹⁰² In punto di “riscrittura” possono porsi, peraltro, problemi che vanno ben oltre il profilo della qualità redazione: basti pensare ai casi di modifica di parole o proposizione di atti normativi primari a opera di una fonte secondaria, che danno luogo ad atti di incerta qualificazione, nei quali coesistono parti “legislative” e parti “regolamentari”, con le conseguenti criticità anche in punto di sindacato sull'atto. Riflette in questi termini G. TARLI BARBIERI, *Se la qualità della legislazione è presa sul serio ... Note sparse su un recente parere del Consiglio di Stato su un “anomalo” regolamento in delegificazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2022, 320. Sul problema, per tutti, G. D'AMICO, *La rilegifica-*

pongono (o addirittura si contrappongono) alle norme generali. Una «infinita tela di Penelope», come è stata definita in dottrina¹⁰³, il cui intreccio, mai sciolto dai troppi riordini e coordinamenti mancati, non può che generare incertezze interpretative e difficoltà applicative¹⁰⁴.

Questo profilo, dunque, dovrà essere oggetto di un attento ripensamento nel prossimo futuro, se del caso anche attraverso un più incisivo ruolo della Sezione per gli atti normativi. In questa direzione, uno strumento di cui dispone la Sezione, che potrebbe aprire un canale di dialogo con il Governo per migliorare le forme della normazione, consiste nella possibilità di trasmettere i propri pareri al Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi (DAGL), ai sensi dell'art. 58 del r.d. 444/1942. La disposizione – che, come noto, prevede la trasmissione al DAGL ogniqualvolta «dall'esame degli affari discussi dal Consiglio risulti che la legislazione vigente è in qualche parte oscura, imperfetta od incompleta» –, se sistematicamente applicata, rappresenterebbe un presidio a tutela della chiarezza e comprensibilità della regolazione, le quali costituiscono una preconditione essenziale per un coinvolgimento informato e consapevole di tutti i soggetti – pubblici e privati (ivi compresi, quindi, i consociati¹⁰⁵) – nell'attuazione delle missioni stabilite dal PNRR¹⁰⁶.

zione tra «riserva» di regolamento e principio di legalità ovvero la tartaruga e il piè veloce Achille, in V. COCOZZA, S. STATANO (a cura di), I rapporti tra parlamento e governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale, vol. II, Giappichelli, Torino, 2001, 677 ss.

¹⁰³ C. BARBATI, *La decisione pubblica al cospetto della complessità: il cambiamento necessario*, cit., 30. Sul punto, si veda anche il volume collettaneo A. NATALINI, G. TIBERI (a cura di), *La tela di Penelope. Primo rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica*, il Mulino, Bologna, 2010.

¹⁰⁴ Paventava tali rischi già Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 1458/2017, ad. 7 giugno 2017 (sullo schema del d.P.C.M. n. 169/2017, «Regolamento recante disciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione»), nella parte in cui correlava la qualità della normazione alla «certezza del diritto, quale fattore di crescita e di sviluppo economico e sociale del Paese».

¹⁰⁵ Il cui coinvolgimento, come già osservava F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Marsilio, Venezia, 1994, 126, dovrebbe verificarsi «prima di tutto in una completa attuazione del principio di autonomia e di autogoverno ovvero di presa diretta dei cittadini sulla vita degli enti pubblici di qualunque specie. E, poi, nel momento di partecipazione procedimentale alla formazione dei provvedimenti o degli accordi, o alla funzione sostitutiva dello stesso provvedimento; sia infine nel momento successivo del controllo esterno».

¹⁰⁶ Il PNRR ha riconosciuto la centralità della semplificazione normativa e della qualità della normazione ai fini dell'attuazione di tutte le missioni proposte. Definisce la semplificazione normativa «una «riforma abilitante» del Piano», rinvenendo «nell'eccesso di leggi e nella loro scarsa chiarezza il fattore che ha principalmente ostacolato la crescita e lo sviluppo del Paese» C. DI MARTINO, *La semplificazione normativa nel PNRR: il coinvolgimento dei legislatori regionali tra «progetti bandiera» e «poteri sostitutivi»*, in *Consulta online*, 3, 2021, 946. Non è un caso, allora, che l'art. 5 del d.l. n. 77/2021 – per l'attuazione del PNRR – abbia previsto l'istituzione di un'apposita Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione e abbia potenziato le funzioni dell'Unità per la semplificazione del Dipartimento della funzione pubblica (al riguardo:

7. Osservazioni conclusive: il ruolo (non solo) consultivo del Consiglio di Stato

Dalle pagine che precedono si può concludere che, nel quadro degli indirizzi attuativi del PNRR, il Consiglio di Stato vede notevolmente ampliarsi la propria funzione costituzionale di «consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione» (Art. 100, c. 1, Cost.).

In particolare, la Sezione consultiva per gli atti normativi è chiamata a svolgere un ruolo decisivo: individua le condotte più idonee a conseguire gli obiettivi prefissati e propone al Governo migliorie e adeguamenti delle misure regolatorie, affinché esse offrano ai consociati un *servizio adeguato*; assicura il rispetto delle regole di *drafting* normativo, conferendo stabilità al valore fondamentale della certezza del diritto; vigila sulla gerarchia delle fonti e sul corretto rapporto tra le stesse.

Attraverso la cartina di tornasole rappresentata dall'insieme dei pareri resi dalla Sezione nei vari ambiti di intervento del Piano, sembra peraltro di poter isolare alcune direttrici ricorrenti nella “messa a terra” degli indirizzi di riforma.

Intanto, un'attenzione crescente alla *semplificazione* dei procedimenti amministrativi, che abbiamo potuto riscontrare in particolar modo nella materia ambientale. L'analisi dei pareri resi a proposito degli schemi normativi sottoposti alla Sezione nell'ambito delle misure inerenti alla transizione ecologica ha mostrato anche l'esigenza di stabilire e rinsaldare delle *'soglie minime' di tutela ambientale*, che siano garantite a tutti i consociati, secondo la logica, verrebbe da dire, dei livelli essenziali delle prestazioni. Preservare l'ambiente, trasformare i territori vulnerabili in luoghi *smart* e sostenibili, limitare il consumo di suolo e favorire progetti di rigenerazione urbana rappresenterebbero delle “prestazioni” ambientali la cui soddisfazione spetta, per il futuro, al soggetto pubblico.

La *valorizzazione della logica del servizio* (e, con essa, della tutela dei livelli essenziali delle prestazioni) è un altro dato centrale, che è emerso soprattutto nei pareri sulla digitalizzazione e innovazione tecnologica. In questo ambito, il soggetto pubblico sembrerebbe primariamente chiamato a riorganizzare i procedimenti amministrativi informatizzati e i servizi digitali.

Infine, in materia di coesione sociale, l'attività consultiva svolta dalla Sezione porta anch'essa l'attenzione sulla necessità, per il soggetto pubblico, di innovare e potenziare i servizi territoriali, contro le crescenti e diversificate forme di disagio sociale; ma al contempo fotografa (si veda il parere

https://temi.camera.it/leg19DIL/temi/19_tl18_gli_interventi_normativi_sulla_qualit__della_legislazione.html).

sull'affidamento dei servizi sociali mediante il coinvolgimento degli enti del terzo settore) un processo in atto di profonda *trasformazione dei modelli organizzativi e decisionali* dell'amministrazione.

Nel rendere i propri pareri sugli schemi normativi adottati nei settori appena menzionati per favorire la ripresa del "sistema-paese", la Sezione frequentemente chiarisce, fissa o integra i contenuti di quelle «esigenze essenziali di legalità ed uguaglianza» che sono «alla base dell'esercizio della potestà regolamentare»¹⁰⁷ e che risultano determinanti per perseguire le finalità di inclusione sociale volute dal PNRR. Lungi dal limitarsi a garantire la sola legalità, la Sezione per gli atti normativi si spinge a sindacare la qualità delle regole che incidono sull'azione della pubblica amministrazione e sul rapporto tra potere pubblico e amministrati, segnalandone i possibili effetti inattesi o indesiderati, suggerendo modifiche, eventuali rimedi o alternative.

Per questa via, il Consiglio di Stato sembrerebbe in grado di plasmare alcuni dei principi generali dell'ordinamento giuridico¹⁰⁸, fornendo modelli e prassi per una resa efficiente e sostenibile dell'azione amministrativa. La consulenza sugli atti normativi, specularmente, diverrebbe «il luogo di espressione e di formazione di una *regola*», finendo per assolvere, a sua volta, a una funzione «*regolatrice*»¹⁰⁹. Pur trattandosi di pareri obbligatori ma non vincolanti (il che ridimensiona la portata della funzione regolatrice in parola¹¹⁰), è innegabile che, con riguardo agli schemi di regolamento attuativi del PNRR, l'attività consultiva del Consiglio di Stato stia assumendo i tratti di una vera e propria formulazione di norme¹¹¹.

¹⁰⁷ Così già Cons. St., Sez. consultiva atti normativi, parere n. 10/1998, ad. 9 febbraio 1998, come segnalato da O. ROSELLI, *L'attività della nuova Sezione consultiva del Consiglio di Stato per gli atti normativi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1998, 229.

¹⁰⁸ In particolare, quei principi operanti negli ambiti materiali regolati dagli schemi regolamentari sui quali la Sezione consultiva per gli atti normativi si pronuncia.

¹⁰⁹ Lo osservava A. PAJNO, *Dalla garanzia sugli atti alla garanzia sulle regole: il Consiglio di Stato e la funzione consultiva*, in G. PALEOLOGO (a cura di), *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia*, Giuffrè, Milano, 1998, 146 ss. Nel contesto odierno, sulla spinta dell'attuazione del PNRR, la funzione regolatrice in discorso appare viepiù incisiva, come testimoniano gli elementi rilevati nel presente contributo.

¹¹⁰ Svolge questa considerazione O. ROSELLI, *L'attività della nuova Sezione consultiva del Consiglio di Stato per gli atti normativi*, cit., 240.

¹¹¹ Anche in ciò si può rinvenire una conseguenza della complessità, nella prospettiva della «sempre maggiore complessità del sistema delle fonti», che inevitabilmente «si riflette sui caratteri della funzione consultiva degli atti normativi»: così O. ROSELLI, *L'attività della nuova Sezione consultiva del Consiglio di Stato per gli atti normativi*, cit., 240. L'A. richiama, a titolo esemplificativo, i problemi legati alla trasformazione del sistema amministrativo e all'armonizzazione tra il diritto sovranazionale e il diritto interno, nonché la complessità, per i regolamenti, della verifica sulla loro legittimità, opportunità e correttezza tecnico-giuridica. Su questi profili v. anche P.G. LIGNANI, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato nell'emanazione delle norme giuridiche*, in G. PALEOLOGO (a cura di), *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia*, cit., 108 ss. Più di recente, ha evidenziato che «la Sezione consultiva per gli atti normativi si è atteggiata in non pochi casi [...] come una sorta di "co-

La consulenza sull'attività normativa del Governo, in una simile prospettiva, per un verso, «instaura oggettivamente un particolare rapporto istituzionale tra Consiglio di Stato e Governo»; per l'altro, «rende il Consiglio in qualche modo partecipe del processo decisionale della funzione normativa», inserendolo nella “rete” dei centri di produzione regolamentare¹¹².

Questo ‘attivismo’ del Consiglio di Stato ha anche, a ben vedere, dei risvolti positivi¹¹³. Non si può ignorare, infatti, il prezioso contributo che la Sezione sta fornendo all'attuazione del PNRR, favorendo – e talvolta imponendo – un'opportuna rimediazione istituzionale su punti nevralgici o su aspetti trascurati dal Governo nella predisposizione degli schemi normativi, per la fretta riformatrice riscontrata rispetto al Piano.

Epperò, per questa via si riapre anche il problema, mai sopito, del cumulo delle funzioni consultive e giurisdizionali in capo al Consiglio di Stato¹¹⁴. In effetti, nel caso della funzione consultiva sugli atti normativi, i processi di attuazione del PNRR che abbiamo preso in esame mostrano come l'attività della Sezione per gli atti normativi frequentemente finisca per *trascolorare nel merito* dell'atto, laddove porta a verificare la corrispondenza tra gli obiettivi degli strumenti normativi e le risorse impiegate¹¹⁵. Si denota, a ben vedere, un'*attività decisionale*, in cui la Sezione pondera gli interessi, individua e suggerisce le soluzioni regolatorie più adeguate ed efficaci.

Sono evidenti, allora, i termini della questione: non dovrebbe esservi alcuna possibilità (neppure eventuale) che il soggetto chiamato a giudicare una certa controversia coincida¹¹⁶ con quello che abbia preso parte all'adozione

autrice” dell'attività normativa» G. TARLI BARBIERI, *Se la qualità della legislazione è presa sul serio ... Note sparse su un recente parere del Consiglio di Stato su un “anomalo” regolamento in delegificazione*, cit., 311. Del medesimo intendimento S. DEL GATTO, *Il principio di separazione dei poteri alla prova degli organi ausiliari*, cit., 227 e 229, che definisce il Consiglio di Stato «*rule maker*», rilevando che esso «attraverso l'adozione dei pareri obbligatori si fa, infatti, partecipe della funzione normativa».

¹¹² Per entrambe le citazioni riportate in virgolettato v. F. PATRONI GRIFFI, *I pareri sull'attività normativa*, in AA.VV., *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Giappichelli, Torino, 2004, 151.

¹¹³ Essendo ormai lontano il periodo in cui l'apporto della Sezione per gli atti normativi si limitava a rilievi, a tratti quasi bagatellari, su questioni puramente formali, con la meticolosità di «una severa maestra che bacchetta allievi (le Amministrazioni) considerati non troppo abituati all'uso corretto delle maiuscole o dei gerundi»: O. ROSELLI, *L'attività della nuova Sezione consultiva del Consiglio di Stato per gli atti normativi*, cit., 227.

¹¹⁴ Sui profili di criticità della doppia funzione del Consiglio di Stato, L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa. Il giudice speciale - La giurisdizione - Il processo amministrativo: i principi e le condizioni dell'azione*, Giappichelli, Torino, 2023, 75-80.

¹¹⁵ C. TUCCIARELLI, *Il Consiglio di Stato e le regole tecniche sulla redazione degli atti normativi*, cit., 373.

¹¹⁶ Si tenga presente, infatti, che la l. 27 aprile 1982, n. 1861, recante “*Ordinamento della giurisdizione amministrativa e del personale di segreteria ed ausiliario del Consiglio di Stato e dei tribunali amministrativi regionali*”, pone la regola dell'avvicendamento dei consiglieri di Stato tra sezioni con-

della decisione amministrativa da cui la controversia è scaturita¹¹⁷. Si consideri, se non altro, il fisiologico condizionamento dei consiglieri di Stato chiamati a giudicare dell'applicazione di quelle norme attuative del PNRR che loro stessi, come componenti della Sezione per gli atti normativi, potrebbero in precedenza aver contribuito a definire¹¹⁸.

È dunque auspicabile che, tra le molteplici *chances* offerte dall'attuazione del PNRR mediante l'attività normativa del Governo, si colga pure quella di riflettere sul significato della collocazione costituzionale in Titoli distinti (quello del Governo e quello della Magistratura) delle funzioni consultive e giurisdizionali assolute dal Consiglio di Stato, con le implicazioni che ne dovrebbero discendere in termini di separazione strutturale tra le sezioni preposte a tali funzioni. Una separazione tanto più necessaria, oggi, quanto più – nella sua veste consultiva – il Consiglio di Stato sia coinvolto nei (diversificati e complessi) processi di «governamentalizzazione dello Stato»¹¹⁹.

consultive e sezioni giurisdizionali. Indipendentemente da quanto la rotazione sia realmente praticata, a norma dell'art. 2 della suddetta legge «il presidente del Consiglio di Stato, all'inizio di ogni anno, stabilisce la composizione delle sezioni consultive e delle sezioni giurisdizionali sulla base dei criteri fissati dal consiglio di presidenza anche per consentire l'avvicendamento dei magistrati fra le sezioni consultive e le sezioni giurisdizionali, nonché l'avvicendamento nell'ambito delle sezioni consultive e delle sezioni giurisdizionali». Perciò non è affatto escluso che un determinato soggetto possa aver fatto parte, dapprima, della Sezione consultiva per gli atti normativi e, poi, di una delle sezioni giurisdizionali. Oltretutto, la l. n. 186/1982 non pone alcuna distinzione in termini di *status* tra i consiglieri di Stato appartenenti alle sezioni consultive e quelli che compongono le sezioni giurisdizionali. Su questi nodi critici, L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 78.

¹¹⁷ È il rischio che si verifichino “attentati” alla separazione fra giustizia e amministrazione, vista nel suo momento pratico, come già segnalava Feliciano Benvenuti (il quale proponeva al riguardo una «bipartizione dell'Avvocatura dello Stato in un ramo dedito all'attività defensionale e in un altro dedito all'attività consultiva»: F. BENVENUTI, *La giustizia amministrativa come funzione dello Stato democratico*, Marsilio, Venezia, 1979, ora in ID., *Scritti giuridici*, Vita e Pensiero, Milano, 2006, 3550 s.; per l'analisi del ruolo del Consiglio di Stato si veda anche ID., *Consiglio di Stato (competenza e giurisdizione)*, in *Enc. dir.*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, 318 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, cit., 2019 ss.; nonché ID., *Leggendo il Consiglio di Stato giudice*, in *Foro amm.*, 1989 (ora in ID., *Scritti giuridici*, cit., 4143 ss.). Riflette su questi profili del pensiero benvenutoiano L. FERRARA, *La giustizia amministrativa paritaria e l'attualità del pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2016, 1021 s.

¹¹⁸ Si intende che, con riferimento alla Sezione consultiva per gli atti normativi, non solo si determina, a monte, una contiguità tra l'amministrazione che predispone l'atto normativo-regolamentare e il giudice – ove questi abbia in precedenza fatto parte della Sezione per gli atti normativi –, ma oltretutto, a valle (rispetto cioè all'atto applicativo impugnato in sede giurisdizionale), il giudice che abbia contribuito alla formulazione della norma applicata sarà fisiologicamente influenzato da convinzioni precostituite sulla materia.

¹¹⁹ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Feltrinelli, Milano, 2005, 112.

CORTE COSTITUZIONALE E MECCANICA: IL PROBLEMA DELLA
LEGGE 87*

GIAN LUCA CONTI**

Sommario

1. Corte costituzionale e meccanica: la giustizia costituzionale e il suo motore di avviamento. – 2. L'iter parlamentare di approvazione della legge 87. – 3. Il contenuto della legge 87 come norma. – 4. Settant'anni dopo: la legge 87 nella legislazione successiva e nella giurisprudenza costituzionale. – 5. La legge 87 nel pensiero degli scienziati della Costituzione. – 6. Il motore di avviamento della giustizia costituzionale è l'indirizzo politico costituzionale.

Abstract

This essay focuses on the place within the system of sources of Law No 87 of 1953 on the functioning of the Constitutional Court. The place of Law No. 87 in the system of sources depends both on the approval procedure and the interpretation of the sources, and on the relationship of Law No. 87 with the rules entrusted to the constitutional autonomy of the Court.

From 1956 onwards, the rules autonomously laid down by the Court on its own process by means of the "Norme integrative", but also by its procedural caselaw, has on several occasions had the force of overlapping on the rules of Law No. 87.

In this model, the Court's exercise of a normative function with external effectiveness in the form of an interna corporis can be said to be legitimate because it is tolerated by the Parliament.

Suggerimento di citazione

G.L. CONTI, *Corte costituzionale e meccanica: il problema della legge 87*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2023. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il presente saggio riprende alcune idee sviluppate nella relazione tenuta dal suo autore – su invito del Comitato direttivo – al convegno annuale dell'associazione Gruppo di Pisa, Como, 26 – 27 maggio 2023, *I 70 anni della Legge n. 87 del 1953: l'occasione per un "bilancio" sul processo costituzionale* con il diverso titolo *La legge 87/1953 nel sistema delle fonti*.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Pisa.

Contatto: gianluca.conti@unipi.it

1. Corte costituzionale e meccanica: la giustizia costituzionale e il suo motore di avviamento

La legge n. 87/1953 fu promulgata l'11 marzo 1953 e pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 62 del 14 marzo di talché fu elaborata prima della costituzione della Corte costituzionale (i primi giudici della Corte costituzionale prestarono giuramento il 15 dicembre 1955, e per prima cosa misero mano alle Norme Integrative modificandone parzialmente il contenuto).

Questa legge svolge la riserva di legge ordinaria contenuta nell'art. 137, secondo comma, Cost. Il Parlamento pose con la legge 87 le "altre norme necessarie per la costituzione e il funzionamento della Corte", secondo la formulazione della norma costituzionale.

Lo fece senza sapere ancora nulla della Corte e di quelli che sarebbero stati i suoi problemi di funzionamento, allo scopo, per niente scontato nel clima di quella legislatura, di consentire alla Corte costituzionale di costituirsi come organo costituzionale e iniziare i propri lavori.

Essa, perciò, risolve un problema meccanico: è il motore di avviamento che ha consentito alla Corte di avviarsi e di mettersi in marcia.

Il legislatore del 1953 non poteva non pensare alla Corte costituzionale – un organo chiamato ad esercitare una funzione sconosciuta nell'esperienza statutaria¹ di cui, per molti aspetti, la Costituzione repubblicana costituisce la razionalizzazione – con ignoranza e le preoccupazioni che sorgevano naturalmente dal clima della prima legislatura repubblicana².

In quel clima, la Corte costituzionale nasce per svolgere una funzione contromaggioritaria: entrambe le forze di maggior peso politico di quella faticosa legislatura temevano l'avversa arroganza, che sarebbe stata amplificata dal premio di maggioranza previsto dalla legge 31 marzo 1953, n. 148, la cui trattazione in Parlamento si incrocia con quella della legge 87.

In quel contesto, le norme dettate per l'avvio dei lavori della Corte costituzionale avevano una vocazione inesorabilmente precaria perché nessuno poteva ragionevolmente pensare di dare un assetto definitivo³ all'organo costituzionale chiamato a vigilare sui limiti costituzionali della rappresentanza.

¹ In età liberale, il controllo di costituzionalità fu in una certa misura esercitato dalla Corte di cassazione (S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, rist. Milano – Giuffrè, 1969 e, fra le altre, in giurisprudenza la notissima sentenza della Cassazione romana del 20 febbraio 1900 sul R.d. 22 giugno 1899, n. 227). Nel periodo fascista, la possibilità di una sorta di controllo di costituzionalità fu evocata con riferimento alla legge 2693/1928 che aveva istituito il Gran Consiglio del Fascismo e previsto il parere obbligatorio di questo organo sulle leggi in materia costituzionale (vedi L. PALADIN, v. *Fascismo*, in *Enc. Diritto*, Vol. XVI, Milano – Giuffrè, 1967, 895).

² Sul quale, volendo, G. L. CONTI, sub *art. 135, Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino - Utet, 2006, Vol. III, 2635.

³ L'espressione dare ordine è utilizzata nel senso in cui si dice *Britannia rules the waves*: in questa espressione il concetto per cui la Gran Bretagna esiste nella misura in cui riesce a dominare i ma-

Nello stesso tempo, è importante osservare che, in quel momento, il legislatore ha contribuito al sorgere di un'autonomia costituzionale senza interferire con la stessa perché la stessa, appunto, non era ancora venuta in essere.

La legge 87 svolge lo stesso compito di un motore di avviamento che è interconnesso al motore principale da un gruppo di innesto e da un riduttore epicicloidale: fa partire il motore che era spento e che, appena partito, interrompe il circuito che aveva messo in moto l'avviamento.

Si tratta dello stesso fenomeno che si è verificato nel 1848 quando il Governo predispose lo schema del regolamento successivamente adottato, nella sua prima seduta, dalla Camera dei Deputati⁴.

Ma in che misura l'autonomia costituzionale della Corte è limitata dalla legge 87/53?

E in che misura la discrezionalità del legislatore è limitata dall'autonomia costituzionale della Corte?

Per rispondere occorre chiedersi in che misura le norme poste dall'art. 137, secondo comma, Cost. e dall'art. 1, legge cost. 1/1953 consentono di individuare il rapporto che intercorre fra la legge 87 e le fonti poste dall'autonomia costituzionale della Corte per effetto di quanto previsto dagli artt. 14 e 22 della legge 87/53.

Il problema può essere letto nella dimensione dell'indirizzo politico costituzionale⁵, e quindi si risolve in una questione di forma di Governo: a chi

ri è reso attraverso l'idea che dominare sia contenere in termini normativi una forza naturale e quando si tratta di disciplinare i poteri di un organo costituzionale è, in fondo, questo che si fa. Si cerca di contenere attraverso il diritto un potere primordiale.

⁴ Il regolamento predisposto dal Governo fu sottoposto alla Camera che lo approvò nella sua prima seduta l'8 maggio 1848 (Atti del Parlamento Subalpino, *I Legislatura, Discussioni*, Vol. I, tornata dell'8 maggio 1848). Sul punto, vedi R. FERRARI ZUMBINI, *Fra norma e vita. Come si forma una Costituzione fra diritto e sentire comune*, Roma – Luiss University Press, 2019. Quel regolamento parlamentare di iniziativa governativa ha operato come il motore di avviamento del feticcio degli *interna corporis*.

⁵ Sull'indirizzo politico costituzionale, è inevitabile il richiamo a Barile (P. BARILE, *La Corte costituzionale come organo sovrano. Implicazioni pratiche*, in *Giur. cost.*, 1957, 907 e ss.; Id., *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 332, e ss. Se l'indirizzo politico è una funzione in cui l'attuazione della Costituzione vale come fissazione dei fini che lo Stato deve perseguire attraverso le sue azioni, nell'indirizzo politico costituzionale questi fini coincidono con l'attuazione della Costituzione. Il che determina una lettura della Costituzione come cristallizzazione dell'indirizzo politico, che trova fatica ad esprimersi in un contesto dominato dalla rigidità costituzionale. In questo schema, la definizione della grammatica processuale attraverso la cui applicazione la Corte definisce il valore delle proprie decisioni (per un processualista il valore di una sentenza è nel procedimento che si è sviluppato per arrivare alla sua pronuncia: M. R. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere*, Bologna – Il Mulino, 1991) è indirizzo politico costituzionale, ovvero un'attività discrezionale dominata dalla forza dei valori costituzionali alla cui perfetta espansione deve tendere. Altra questione è, invece, l'intima contraddizione fra indirizzo politico e sistemi di giustizia costituzionale: l'indirizzo politico è una forza che ambisce a divenire costituente e perciò è strutturalmente

spetta la possibilità di interpretare definitivamente il contenuto della Costituzione con riferimento alla definizione della identità (del “volto”) della Corte costituzionale?

Questo problema ha per oggetto la collocazione della Corte costituzionale nella forma di Governo e, persino, la possibilità teorica di costruire una categoria di atti interni agli organi costituzionali, di *interna corporis*, comune a tutti gli organi costituzionali.

Sul piano pratico, è facile considerare il problema come tanto complesso sul piano teorico quanto inutile su quello pratico: se, nel nostro sistema, la Corte non ha nessun organo costituzionale che possa giudicare sulle sue decisioni, allora può fare quello che vuole con il suo processo.

Le sentenze della Corte godono della intangibilità di cui all’art. 136, Cost. qualsiasi sia il loro contenuto.

È facile ribattere che, prima di tutto, chi vigila sulla Costituzione deve essere soggetto alla Costituzione e che, per assicurare questo risultato, la strada che la Costituzione indica è il bilanciamento reciproco fra i poteri.

Il Parlamento, infatti, non ha perso il compito di definire le regole di funzionamento della Corte costituzionale, vuoi con legge ordinaria, emendando la legge 87, vuoi con legge costituzionale e, in questo modo, può sempre intervenire a correggere eventuali abusi nell’esercizio dell’autonomia costituzionale riconosciuta alla Corte.

È il Parlamento l’ultima fortezza della Costituzione con riferimento alla giustizia costituzionale.

La sovranità è un incendio primordiale che può essere controllato solo attraverso altri incendi e l’autonomia costituzionale di un organo costituzionale trova il proprio limite nella autonomia costituzionale degli altri organi costituzionali perché l’egoismo usurpativo dell’uno ridonda inevitabilmente nella disperata reazione dell’altro, sicché la chiave di volta del sistema è la condizione di reciprocità, quello stesso bilanciamento fra libertà ed eguaglianza che Kelsen pone al fondamento del sistema delle libertà⁶.

La collocazione della legge 87 nel sistema delle fonti dipende sia dalla collocazione della stessa nel sistema per effetto del procedimento di approvazione e della interpretazione delle fonti sulla produzione di questa legge ordinaria, ma anche dalla relazione della legge 87 con le norme affidate alla (o generate dalla?) autonomia costituzionale della Corte.

nemico di un modello in cui la Costituzione pone un limite normativo alla sua primordiale ambizione di potere.

⁶ Vedi, ovviamente, H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, ed. it. Bologna – Il Mulino, 2010. Bin parla di ultima fortezza in R. BIN, *L’ultima fortezza: teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano – Giuffrè, 1996.

La legge 87 ha consentito alla Corte costituzionale di avviare i propri lavori e, perciò, ha messo in moto l'autonomia costituzionale della Corte.

Dal 1956 in poi, la disciplina autonomamente posta dalla Corte sul proprio processo per mezzo delle Norme Integrative, ma anche della sua giurisprudenza processuale, ha in diverse occasioni avuto la forza di sovrapporsi sulle norme della legge 87.

Appena la Corte si è messa in moto, il motore di avviamento si è spento.

Si riaccenderà ogni volta che il sistema modifichi la propria fisionomia e renda necessario riavviare la giustizia costituzionale, e questo è accaduto diverse volte, o nel caso in cui la Corte esca dai binari lungo i quali la Costituzione la costringe, e questo, sinora, non è mai accaduto.

In questo modello, l'esercizio da parte della Corte di una funzione normativa con efficacia esterna nella forma di un *interna corporis* può esser considerato come legittimo perché tollerato dal legislatore

Di qui, l'importanza di riflettere sul tema arrischiando un bilancio settanta anni dopo, che è un po' come leggere il giornale del giorno prima che può essere esercizio di storico, quando è fine a se stesso, o di giurista, se, invece, serve a costruire un futuro in cui la Costituzione sia sempre più viva.

2. L'iter parlamentare di approvazione della legge 87

L'iter parlamentare della legge 87 è stato abbastanza complesso⁷.

L'art. 137⁸, Cost. stabilisce, al primo comma, che una legge costituzionale definisca le condizioni, le forme e i termini di proponibilità dei giudizi dinan-

⁷ Vedi G. GRASSO, *La storia della l. n. 87 del 1953: le aspettative sui futuri giudizi della Corte costituzionale e lo "spirito" della legge, 70 anni dopo*, bozza provvisoria della relazione al Convegno del Gruppo di Pisa del 26-27 maggio 2023.

⁸ Sull'art. 137, Cost., vedi, prima di tutto, F. DAL CANTO, sub art. 135, Cost., in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario della Costituzione*, cit., 2675 e ss.

La formulazione dell'art. 137, Cost. è il frutto dell'approvazione da parte dei pochi costituenti presenti (vedi l'intervento di Moro nella seduta del 3 dicembre 1947) dell'emendamento proposto dall'on. Arata nella seduta del 29 novembre 1947 e diretto ad affidare alla legge (non alla legge costituzionale) il compito di disciplinare le modalità di svolgimento delle funzioni affidate alla Corte costituzionale.

Il parere della Commissione per la Costituzione fu espresso dall'On.le Rossi ed era negativo: la Commissione riteneva che fosse un preciso dovere dell'Assemblea Costituente definire i tratti essenziali del sistema di giustizia costituzionale, particolarmente con riferimento all'accesso. Battaglini e Mininni (M. BATTAGLINI e M. MININNI, *Codice della giustizia costituzionale*, III ed., Cedam - Padova, III ed., 1971, part. 264) osservano che nel Progetto dei 75 si parlava di "legge" che diventa "legge costituzionale" dopo l'approvazione dell'emendamento Arata. In realtà, l'aggettivo "costituzionale" non figura nell'emendamento Arata che ha proposto di sostituire i primi due commi dell'art. 128 del progetto di Costituzione con la seguente letterale formulazione «*La legge stabilirà i modi e i termini per i giudizi di incostituzionalità delle leggi*» (vedi seduta 2 dicembre 1947). Fu Moro nella seduta del 3 dicembre 1947, con un intervento ripreso a margine del processo verbale nella successiva seduta del 4 dicembre 1947, a sottolineare *l'assurdo che si crea, omettendo di indicare, dopo aver delimitato nella Costituzione la Corte di garanzia costituzionale, le forme e i modi attraverso i quali*

zi alla Corte costituzionale, nonché le garanzie di indipendenza dei giudici della Corte. Il secondo comma aggiunge che con la legge ordinaria sono stabilite le altre norme necessarie per la costituzione e il funzionamento della Corte.

La norma costituzionale sottrae al legislatore ordinario tutto ciò che ha per oggetto la definizione delle forme e dei modi in cui può essere sollevata una questione di legittimità costituzionale nonché lo status di indipendenza dei giudici costituzionali. Ogni altra questione, invece, deve essere risolta dal legislatore ordinario.

La legge costituzionale che definisce le modalità di accesso alla giustizia costituzionale è la 1 del 1948, di iniziativa governativa. Fu presentata il 28 gennaio 1948, la Commissione per la Costituzione la trattò in sede referente (relatore Mortati), il 30 gennaio e l'Assemblea Costituente lo approvò, con alcuni emendamenti, il 31 gennaio 1948⁹.

L'Assemblea Costituente, perciò, non ha inserito il contenuto normativo portato dalla legge cost. 1/1948 nel testo della Costituzione perché non ne ha avuto il tempo: è a malapena riuscita ad approvare la legge cost. 1/1948 dopo un mese e qualche giorno dall'approvazione definitiva della Costituzione, ma

può essere promossa azione dinanzi alla Corte stessa per la dichiarazione della incostituzionalità della legge e a trasformare, con notevole intelligenza tattica, il problema costituzionale (di indirizzo politico costituzionale nel senso che si sta sviluppando) in una questione regolamentare di compatibilità fra il voto sull'emendamento Gullo (di soppressione dei primi due commi dell'art. 128) e l'emendamento Arata: come può esistere un emendamento a un testo che è stato soppresso? Tale questione fu rimessa dal Presidente al Comitato di redazione che riferì all'assemblea il 22 dicembre 1947. Ruini dopo avere riepilogato i termini del problema posto da Moro riferì che questo avrebbe abbandonato la questione se si fosse previsto un rinvio a una legge costituzionale invece che a una legge da approvarsi entro il 31 gennaio 1948, quando l'Assemblea Costituente avrebbe cessato le proprie funzioni. Terracini, perciò, pose in votazione il seguente emendamento: «Una legge costituzionale stabilisce le condizioni, le forme e i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale, nonché le garanzie d'indipendenza dei componenti la Corte. - Con legge ordinaria sono stabilite tutte le norme necessarie per il funzionamento della Corte», che è il testo dell'art. 137, Cost. definitivamente approvato dall'Assemblea Costituente, il 22 dicembre 1947, e tuttora in vigore.

⁹ Il 31 gennaio 1948, l'on. Lucifero, con una dichiarazione che non volle fosse posta ai voti ma che svolse per il verbale della seduta, dichiarò che la XVII disposizione transitoria e finale non consentiva all'Assemblea Costituente di votare sul disegno di legge presentato dal Governo poiché l'Assemblea fino al 31 gennaio 1948 era convocata unicamente per deliberare sulla legge per l'elezione del Senato della Repubblica, sugli statuti regionali speciali e sulla legge sulla stampa. Lucifero immaginava una speciale forma di convocazione dell'Assemblea Costituente, per effetto di una formale richiesta dei deputati o del Governo. Ma questo era ciò che si era fatto con il voto del 22 dicembre 1947 che si è appena ricordato e che aveva – in qualche maniera – richiesto all'Assemblea Costituente di votare la legge costituzionale di cui all'art. 137, primo comma, Cost. entro il mese di gennaio. Il punto, in ogni caso, è che la legge 1/1948 è stata approvata dall'Assemblea Costituente e nessuno ha mai dubitato della sua efficacia e il fatto che la sua efficacia sia autonoma rispetto alla sua validità è una conseguenza del potere da cui promana.

ha comunque voluto che il contenuto della legge cost. 1/1948 avesse la stessa forza e lo stesso valore della Costituzione¹⁰.

L'art. 137, primo comma, Cost., perciò, assegna alla legge costituzionale (a qualsiasi legge costituzionale, poco importa se si tratta di quella approvata il 31 gennaio 1948 dall'Assemblea Costituente o di un'altra, approvata in un secondo tempo con le modalità di cui all'art. 138, Cost.) il compito di definire i principi essenziali del nostro sistema di giustizia costituzionale sul piano processuale e, nello stesso tempo, assegna alla legge ordinaria (a qualsiasi legge ordinaria, non esattamente a una legge ordinaria) le altre norme necessarie al funzionamento della Corte.

La Costituzione si ferma qui: l'accesso alla giustizia costituzionale e le garanzie di indipendente autorevolezza dei giudici costituzionali sono riservati a una decisione formalmente costituzionale mentre ogni altra norma necessaria perché la Corte possa esercitare le proprie funzioni è oggetto di una riserva di legge.

Accesso e garanzie costituiscono un ambito di normazione di rango costituzionale ma anche estraneo al contenuto della Costituzione intesa come documento, secondo uno schema che ricorre anche nell'art. 96, Cost. che riserva alla legge costituzionale il compito di definire il modello di responsabilità penale che si applica ai reati ministeriali.

Il sistema di giustizia costituzionale è una pertinenza della Costituzione, di cui condivide l'efficacia con una vocazione alla "transitorietà" che può essere considerata diversa da quella che è propria delle altre norme costituzionali.

Il concreto significato della riserva di legge costituzionale posta dall'art. 137, secondo comma, Cost. si può ricavare agevolmente dall'analisi della legge cost. 1/1948:

- l'art. 1 definisce i termini essenziali dell'incidentalità nel giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi e gli atti con forza di legge;
- l'art. 2 tratteggia il giudizio in via principale;
- l'art. 3 riserva alla Corte il compito di giudicare sui titoli di ammissione dei suoi componenti¹¹, individua i casi in cui i giudici costitu-

¹⁰ Su forza e valore di legge, vedi, per tutti, L. BUFFONI, *Valore di legge*, Torino – Giappichelli, *Osservatorio sulle fonti – Collana di studi*, 2023, part. 269 e ss.

¹¹ Questo comma è stato abrogato dalla legge cost. 2/1967 che ha voluto precisare come il giudizio della Corte deve essere limitato alla verifica dei requisiti soggettivi di quanti sono eletti dal Parlamento in seduta comune e dalle Supreme Magistrature ovvero nominati dal Capo dello Stato, con esclusione di qualsiasi altro giudizio. La questione, ben evidenziata nell'intervento dell'On.le Valitutti alla seduta della Camera del 15 novembre 1967, riguardava la possibilità di sindacare vuoi le modalità di elezione dei giudici di estrazione parlamentare vuoi quelle dei giudici eletti dalle Supreme Magistrature. Mentre nel primo caso, è possibile sostenere che si tratti di un atto interno al Parlamento in seduta comune, nel secondo può essere considerato complesso, per quanto opportuno, non immaginare alcun tipo di sindacato.

zionali possono essere sospesi dal loro incarico, estende ai giudici costituzionali l'immunità prevista per i membri del Parlamento¹²;

- l'art. 4, legge cost. 1/1948, con una norma il cui contenuto è assai difficile da comprendere¹³, stabilisce che la legge cost. 1/48 entri in vigore lo stesso giorno della sua pubblicazione, che è avvenuta sulla Gazzetta Ufficiale n. 43 del 21 febbraio 1948.

In definitiva, è possibile sostenere che il contenuto normativo essenziale dell'art. 137, Cost. risolve in due riserve di legge: una che assegna alla legge costituzionale il compito di regolare accesso alla giustizia costituzionale e garanzie di indipendenza dei giudici e l'altra che assegna alla legge ordinaria ogni altra norma necessaria al funzionamento della Corte.

La legge costituzionale che pone più problemi per comprendere lo spazio che occupa la legge 87 nel sistema delle fonti è, però, la legge cost. 1/1953.

Lo fa subdolamente con una norma dall'aspetto piano e innocente (l'art. 1) che si limita a dire una cosa apparentemente ovvia: la Corte costituzionale esercita le sue funzioni nelle forme, nei limiti e alle condizioni di cui alla Costituzione, alla legge cost. 1/1948 ed alla legge ordinaria emanata per la prima attuazione delle predette norme costituzionali.

Questa norma innova il modello definito dall'art. 137, Cost.: dove c'erano due riserve di legge il rapporto fra le quali era risolto dal principio di competenza, c'è un elenco di fonti ordinate fra di loro secondo il criterio gerarchico:

¹² Sulla eterna questione circa la natura mobile o meno di questo rinvio: M. A. MONTAGNA, v. *Autorizzazione a procedere*, in *Enc. dir.*, Annali II - 1, Milano - Giuffrè, 2008, part. 96; L. OLIVIERI, *L'autorizzazione a procedere per i giudici della Corte costituzionale*, in P. COSTANZO (ed.), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino - Giappichelli, 1996, 128; R. PINARDI, *I giudici costituzionali*, in R. ORLANDI, A. PUGIOTTO (ed.), *Immunità politiche e giustizia penale*, Torino - Giappichelli, 2005, 239; Id., *Immunità procedurale garantita ai giudici della Corte costituzionale*, ivi, 448 e ss.; Id., *L'autorizzazione a procedere per i giudici della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995, 1161. In realtà, 137 assegna alla legge costituzionale il compito di definire le condizioni di indipendenza dei giudici della Corte e questo compito deve essere assolto per intero, il che è se la legge costituzionale richiama una norma della Costituzione facendola propria perché in questo modo è la legge costituzionale che afferma il precetto riservato alla legge costituzionale ma così non sarebbe se la legge costituzionale rinviasse mobilmente alla Costituzione perché in questo caso la legge costituzionale avrebbe modificato l'art. 137, primo comma, Cost. affermando che le condizioni alle quali il giudice della Corte può essere sottoposto a una limitazione della libertà personale sono le stesse che valgono per i membri del Parlamento. Ad oggi, i fatti della vita non hanno ancora consentito di sciogliere questo dubbio, anche se almeno in un caso vi si sono avvicinati assai.

¹³ Non aveva nessun senso immaginare che la legge cost. 1/1948 dovesse entrare in vigore con la rapidità di un decreto legge quando la formazione della Corte costituzionale era fra gli adempimenti che solo con incauto ottimismo si poteva pensare sarebbero stati svolti nella legislatura che si sarebbe avviata dopo delle elezioni dall'esito assai incerto e tormentato come quelle che si sarebbero svolte il 18 e 19 aprile 1948. Si può immaginare che l'Assemblea Costituente abbia in questo modo inteso saldare la legge cost. 1/1948 al tessuto costituzionale lasciando quest'ultimo incompleto, con riferimento alla disciplina dell'accesso alla giustizia costituzionale e alle garanzie di indipendenza che devono essere riconosciute ai giudici costituzionali, per il minor tempo possibile.

la Corte esercita le sue funzioni nelle forme, nei limiti e alle condizioni di cui alla Costituzione, alla legge costituzionale 1/1948 e alla legge ordinaria emanata per la prima attuazione di queste norme costituzionali, di talché per la legge cost. 1/1953, la Costituzione, la legge del febbraio 1948 e quella che sarà la legge 87 si pongono sullo stesso piano nel regolare, con diversa forza, le modalità con cui la Corte costituzionale deve esercitare le proprie funzioni¹⁴.

¹⁴ Sul piano storico, la genesi della Corte costituzionale si è indagata altrove (G.L. CONTI, sub art. 135, *Cost.*, cit., ma soprattutto G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, Milano – Edizioni di Comunità, 1981, adesso accessibile in rete grazie al lavoro di diffusione dei classici svolto dal Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Torino, nonché U. DE SIERVO, *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia: dall'Assemblea costituente ai primi anni di attività della Corte*, in P. CARNEVALE e P. COLAPIETRO, *La giustizia costituzionale fra memorie e prospettive*, Torino – Giapichelli, 2008, 49 e ss.; G. BISOGNI, *Le leggi istitutive della Corte costituzionale*, in AA. VV., *La prima legislatura repubblicana. Continuità e discontinuità nell'azione delle istituzioni*, Roma – Carocci, 2004, 71 e ss.).

L'iter di approvazione della legge 87 ha percorso quasi per intero la prima legislatura repubblicana: il testo originario della proposta di legge costituzionale 1292, di iniziativa dei deputati Leone ed altri, è assai diverso da quello successivamente approvato dai due rami del Parlamento.

Il procedimento legislativo è stato avviato al Senato con una proposta di legge governativa (S. 23), il Senato ha approvato una prima volta questa proposta il 17 marzo 1949 e trasmesso il disegno di legge alla Camera il 2 aprile 1949. Alla Camera è stata nominata una Commissione speciale per l'esame del disegno di legge, di cui fu presidente Leone, vice presidente Gullo e fecero parte giuristi di notevole spessore fra i quali piace ricordare Calamandrei e Codacci Pisanelli (molti dei componenti l'Assemblea Costituente che furono più attivi nella discussione delle garanzie costituzionali fecero parte di questa commissione al punto di poterla quasi leggere come una prosecuzione impropria dei lavori svolti in quella sede che vengono spesso richiamati). La Commissione speciale ebbe il mandato di riferire sia sulla legge 87 che sulla legge cost. 1/1953 in modo da tenere unito il lavoro sui due testi. Il lavoro della Commissione produsse il testo approvato con diverse modificazioni dall'Assemblea il 16 marzo 1951. In questa occasione, furono fissati definitivamente i confini fra il contenuto della legge 87/53 e quelli della legge cost. 1/53. Difatti, l'Assemblea autorizzò la Presidenza della Camera al coordinamento fra le norme che avrebbero dovuto essere contenute nella legge cost. 1/53, perché di natura costituzionale, e quelle che invece avrebbero dovuto essere collocate nella legge 87. L'art. 1 è estraneo al contenuto della proposta di legge costituzionale 1292 e appare invece nella proposta di legge costituzionale 1292 bis che fu approvata in prima deliberazione lo stesso 16 marzo 1951, sicché si può dire che la legge 87 nasca da uno stralcio della legge cost. 1/1953 e non viceversa.

Il disegno di legge (C. 469) fu trasmesso al Senato (S. 23-B) che lo modificò marginalmente, lo approvò il 21 ottobre 1952 e restituì alla Camera il giorno successivo. La Commissione speciale elaborò un ulteriore testo (469-B) che fu approvato il 5 marzo 1953, immediatamente trasmesso al Senato che lo approvò definitivamente il 7 marzo 1953.

Non pare indifferente che i lavori parlamentari della legge cost. 1/53 e quelli della legge 87/53 si siano sostanzialmente incrociati diverse volte al punto che l'approvazione in seconda lettura al Senato della legge cost. 1/1953 è avvenuto lo stesso giorno (5 marzo 1953) in cui la Camera approvava con emendamenti il testo della legge 87 che sarebbe stato successivamente approvato nell'identico testo dal Senato il 7 marzo 1953. Le Camere furono sciolte con il d.P.R. 4 aprile 1953, n. 174: il fiato sempre più corto della Legislatura si avverte su tutti i lavori parlamentari. Quanto all'art. 1, legge cost. 1/1953, G. Grasso (G. GRASSO, *op. cit.*, part. 51 del dattiloscritto) osserva che questa norma fu approvata alla chetichella il 16 marzo 1951 attraverso un articolo aggiuntivo proposto dalla Commissione Speciale costituita per l'esame di questo testo legislativo che fu così spiegato da Tesoro: “La

Nello stesso tempo, si deve osservare che l'art. 1, legge cost. 1/1953 non svolge la riserva di legge costituzionale posta dall'art. 137, primo comma, Cost. perché non ha per oggetto le condizioni, le forme e i termini di procedibilità delle questioni di legittimità costituzionale ovvero le condizioni di indipendenza dei giudici costituzionali.

Se non è svolgimento, è integrazione ed emendamento¹⁵.

Che l'intento della legge cost. 1/1953 non sia la mera attuazione dell'art. 137, primo comma, Cost., peraltro, è chiaro fin dall'intitolazione della legge: *Norme integrative della Costituzione concernenti la Corte costituzionale*¹⁶.

L'intento di integrare quanto previsto dalla legge cost. 1/1948 e dalla Costituzione è confermato dal contenuto dell'art. 2, legge cost. 1/1953 che inserisce fra i compiti della Corte quello di giudicare l'ammissibilità dei referendum abrogativi.

Le altre norme hanno un contenuto maggiormente di dettaglio: l'art. 3, legge cost. 1/1953 stabilisce che la Corte giudichi a maggioranza assoluta dei

norma proposta è indispensabile, per impedire che comunque si possa elevare una eccezione di inconstituzionalità della legge ordinaria di attuazione della Corte costituzionale”.

La tesi, su cui si tornerà, è che se una legge ordinaria è espressamente richiamata da una legge costituzionale, questa legge ordinaria non possa essere oggetto di sindacato da parte della Corte, sindacato che sarebbe inopportuno dal momento che un giudice non si può sottrarre alle norme che ne definiscono le funzioni e la procedura.

¹⁵ L'effetto concreto di questa interpretazione coincide con quello cui perviene chi ritiene che la riserva di legge costituzionale di cui all'art. 137, primo comma, Cost. non sia assoluta (in questi termini, P. G. GRASSO, *Prime osservazioni sulla potestà regolamentare della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1961, part. 936) ma relativa (come ritengono F. DAL CANTO, sub art. 137, Cost., cit., part. 2678; D. NOCILLA, *Aspetti del problema relativo ai rapporti fra le fonti che disciplinano la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 1968, part. 2004; A. PIZZORUSSO, sub art. 136, in A. PIZZORUSSO, G. VOLPE, F. SORRENTINO, R. MORETTI, *Garanzie costituzionali. Artt. 134 – 139*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna – Roma, Zanichelli – Il Foro Italiano, 1981, part. 204; P. GAROFOLI, *Sulla sindacabilità in sede di giudizio di legittimità dei regolamenti della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1997, part. 668). A ben vedere, però e tuttavia, se si intende come relativa la riserva di cui a 137, primo comma, Cost., non si spiega perché tale riserva non sia assoluta (la ragione della riserva di legge costituzionale è sottrarre alla Corte la disponibilità del proprio processo ma anche sottrarre al mutevole gioco delle maggioranze parlamentari la possibilità di interferire per via normativa con le attribuzioni assegnate alla Corte). Ma, dall'altra parte, se si intende questa riserva come assoluta, non si spiega perché il legislatore ordinario che completa la disciplina sul processo costituzionale possa subdelegare tale attribuzione alla stessa Corte costituzionale. Entrambe queste ragioni consentono di sostenere che l'art. 137, primo comma, Cost. sia stato emendato dall'art. 1, legge 87/1953, privando sostanzialmente di interesse questa distinzione.

¹⁶ Il disegno di legge 1292 Leone ed altri era intitolato *Integrazione delle norme della Costituzione inerenti la Corte costituzionale*. In questi esatti termini, S. PANUNZIO, *I regolamenti della Corte costituzionale*, Padova – Cedam, 1970, part. 175, per il quale “in base all'art. 1 della legge cost. 1 del 1953, lo stabilire le condizioni e le forme dei giudizi non spetta più solo a norme di grado costituzionale, ma anche alla legge ordinaria «emanata per la prima attuazione», cioè alla legge n. 87”. E' sempre di Panunzio, *op. cit.*, part. 176, l'osservazione per cui la legge 87 ha come scopo l'integrazione della Costituzione piuttosto che lo svolgimento della riserva di legge costituzionale posta dal primo comma dell'art. 137.

suoi componenti sui titoli dei giudici che sono stati chiamati a far parte del collegio, mentre l'art. 7 assegna alla maggioranza dei due terzi il compito di sospendere o revocare un giudice costituzionale in carica e l'art. 8 regola le ipotesi di decadenza. L'art. 4, legge cost. 1/1953¹⁷ fissava un articolato meccanismo di rinnovo parziale dell'organo per cui dopo i primi nove anni sarebbero stati estratti a sorte sei giudici, due per ciascuna delle componenti della Corte, e questi sei sarebbero cessati dalla carica consentendo così – dal nono anno in poi – alla Corte di rinnovarsi parzialmente ogni nove anni e a ciascun giudice di durare in carica dodici anni.

Negli artt. 5 e 6 è la disciplina della insindacabilità, che al contrario della inviolabilità per i giudici costituzionali è espressa con una norma espressa anziché con il rinvio alle prerogative dei componenti delle Camere, e della retribuzione. L'art. 9, legge cost. 1/1953 tratta del Presidente della Corte costituzionale affidandogli il potere di ridurre i termini del procedimento sino alla metà¹⁸. Gli artt. 10 – 15 regolano i giudizi di accusa e subiranno le modifiche disposte con le leggi cost. 2/1967 e 1/1989.

È possibile sostenere che con la legge cost. 1/1953 il sistema delle fonti sulla giustizia costituzionale si assesti definitivamente: Costituzione, leggi costituzionali e leggi ordinarie concorrono nella disciplina della Corte costituzionale ed eventuali sovrapposizioni sono risolte attraverso il principio gerarchico, il che, nella pratica, significa che la legge 87/1953 è libera di porre tutte le disposizioni che ritiene opportune per assicurare alla Corte costituzionale la possibilità di funzionare tranne quelle disposizioni che sono già state poste da una fonte superiore.

È quello che accade in concreto: la legge 87/1953 non si spiega nella geometria dell'art. 137, Cost. ma nel disordine aggregato dal principio di gerarchia dell'art. 1, legge cost. 1/1953.

Questa impostazione è utilizzata dalla Corte costituzione per guidare sia la resistenza all'opinione che avrebbe voluto per la legge 87/1953 uno status di legge rinforzata (Corte cost. 111/1963)¹⁹, ma anche per negare che alla Corte

¹⁷ Questo articolo sarà abrogato dalla legge cost. 2/1967, senza avere mai trovato applicazione: dei quindici giudici che prestarono giuramento il 15 dicembre 1955, solo Ambrosini, Jaeger e Paldò terminarono il loro mandato il 15 dicembre 1967 (vedi G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, cit., part. 208 – 211).

¹⁸ La disposizione appare priva di tono costituzionale se non si pensa che prevedere con norma costituzionale la possibilità di ridurre i termini processuali significa caratterizzare la grammatica processuale della giustizia costituzionale come un processo a trazione presidenziale e dalla spiccata flessibilità, il che, peraltro, corrisponde all'idealtipo del processo amministrativo per come lo stesso si dipana dalla istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato. Peraltro il rilievo affatto particolare del Presidente spicca già nel testo dell'art. 135, Cost.

¹⁹ Riguarda la composizione del collegio chiamato ad eleggere il giudice costituzionale assegnato alla magistratura contabile e si specifica che la legge 87 non è sottratta al controllo di costituzionalità e si accosta la legge 87 alle norme di attuazione degli statuti delle regioni a statuto speciale.

costituzionale fosse sottratto il controllo di costituzionalità delle leggi regionali siciliane, sia pure nelle peculiari forme previste dallo Statuto siciliano (Corte cost. 38/1957)²⁰ e per escludere che la Provincia di Bolzano potesse impugnare per conflitto il d.P.R. di scioglimento del Consiglio comunale di Bressanone (Corte cost. 56/1957)²¹.

In questo schema, la legge 87 del 1953 ha il compito di regolare tutto ciò che è necessario (o meglio che pareva necessario al legislatore della Prima Legislatura) per consentire alla Corte costituzionale di costituirsi e di avviare i propri lavori all'unica condizione di non contraddire quanto già definito dalla Costituzione, dalle leggi costituzionali 1/1948 e 1/1953, nonché dalle successive norme di rango costituzionale che si sono via via succedute nel regolare e disciplinare la materia.

Ed è esattamente questo il contenuto della legge 87 del 1953 che perciò è destinata ad operare come il motore di avviamento della giustizia costituzionale e come ogni motore di avviamento è stata “progettata” per il motore di cui costituisce un accessorio subendo i condizionamenti determinati dal modo in cui quel motore è stato pensato dai suoi progettisti.

3. Il contenuto della legge 87 come norma

La legge 87/1953 è intestata *Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte* ed è suddivisa in due titoli, il primo dei quali ha per oggetto la costituzione della Corte²² mentre il secondo disciplina il suo funzionamento. Il secondo titolo è suddiviso in quattro sezioni, la prima delle quali è dedicata alle

²⁰ Riguarda il controllo di costituzionalità affidato all'Alta Corte per la regione siciliana istituita con il r.d.lgs. 15 maggio 1946, n. 455 e afferma il principio di unicità dell'organo della giurisdizione costituzionale escludendo che la legge cost. 26 febbraio 1948, n. 2 avesse implicitamente abrogato, con riferimento alla Sicilia, la legge cost. 1/1948, anche in virtù del rinvio alla legge cost. 1/1948 contenuto nell'art. 1, legge cost. 1/1953.

²¹ La Corte afferma che la legge 87 ha il limitato compito di dare attuazione alle norme costituzionali sulla giustizia costituzionale senza poter toccare *la sostanza stessa del processo costituzionale* e, perciò, senza poter definire il concetto di soggetto processuale.

²² La scelta del lemma “costituzione” anziché del lemma “organizzazione” appare particolarmente felice, perché riprende il lemma utilizzato dal secondo comma dell'art. 137, Cost. per fissare la competenza della legge ordinaria, ma anche e soprattutto perché consente di comprendere meglio il significato di questa scelta lessicale. Costituzione anziché organizzazione significa che queste norme hanno per scopo la istituzione dell'organo costituzionale e perciò la sua costituzione come soggetto giuridico autonomo da tutti gli altri poteri dello Stato lasciando del tutto impregiudicata la questione dei limiti che incontrerà successivamente l'autonomia costituzionale della Corte nel regolare e definire la propria identità costituzionale attraverso la disciplina della propria organizzazione. Sul punto, vedi D. NOCILLA, *Aspetti del problema relativo ai rapporti fra le fonti che disciplinano la Corte costituzionale*, cit., part. 2016 e 2018 e ss., che considera la necessità come il tratto caratterizzante questa disciplina, ma anche S. PANUNZIO, *I regolamenti della Corte costituzionale*, cit., part. 186, nota 34, il quale afferma che ove le norme contenute nella legge 87 non fossero più necessarie ad assicurare il funzionamento della Corte costituzionale, le stesse entrerebbero in “quiescenza” (D. NOCILLA, *op. cit.*, part. 2018, 2021).

norme generali di procedura, la seconda alle questioni di legittimità costituzionale, la terza ai conflitti di attribuzione ed è suddivisa in due sezioni, la prima delle quali ha per oggetto i conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato mentre la seconda regola i conflitti di attribuzione fra lo Stato e le regioni o fra regioni, l'ultima sezione, interamente abrogata dalla legge 20/1962, aveva per oggetto la giustizia penale costituzionale.

Con la legge 87 si è voluto dare alla Corte costituzionale un apparato normativo che ne definisse l'organizzazione nella parte strettamente necessaria a consentire l'avvio dei lavori della stessa e le regole generali di procedura in termini sufficienti a regolare lo svolgimento delle diverse attribuzioni della Corte costituzionale²³.

In particolare, la disciplina sulla costituzione della Corte costituzionale risolve i problemi pratici della nomina ed elezione dei singoli giudici costituzionali²⁴.

La decisione sull'ordine da seguire nella designazione dei componenti della Corte costituzionale era fondamentale per consentire alla Corte di venire alla luce, ma destinata a perdere gran parte della propria importanza quando i casi della vita avrebbero modificato quest'ordine: ben nove dei giudici costituzionali chiamati a far parte della Corte nel 1955 mancarono all'affetto dei loro cari prima di completare il loro mandato.

In ogni caso, la Corte non potrebbe stabilire con le proprie norme regolamentari il modo in cui il Capo dello Stato, il Parlamento in seduta comune e le Supreme Magistrature scelgono i suoi giudici.

Difatti, l'art. 2 stabilisce le modalità di elezione dei giudici designati dalle Supreme Magistrature e l'art. 3 individua le maggioranze necessarie per l'elezione dei giudici costituzionali di nomina parlamentare²⁵ superando la re-

²³ Un sistema processuale di matrice interamente parlamentare non è frequente e ricorda la legge 5992 del 31 marzo 1889, di istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, nella quale, esattamente come nel caso che preoccupa queste pagine, i problemi erano la istituzione e il funzionamento, inteso come procedura, dell'organo [giurisdizionale] incaricato di giudicare della legittimità degli atti amministrativi. Generalmente le norme processuali sono poste per mezzo di decreti legislativi.

²⁴ Il problema non era solo protocollare. Antonio Cifaldi, nella seduta della Camera del 15 marzo 1951, ebbe ad affermare che: "quando in sede costituente si discuteva di questo istituto, il relatore, On. Persico, riferendosi a una proposta dell'On. De Nicola, diceva che non a caso si era spostato l'ordine della elencazione di coloro che dovevano procedere alla nomina dei quindici componenti della Corte, ponendo la nomina da parte del Capo dello Stato come ultima manifestazione della fonte creatrice. - Questo appunto perché, secondo l'On. De Nicola, si desiderava che il Presidente della Repubblica, per l'altissimo suo posto, fosse l'ultimo a nominare i cinque membri che dovevano completare e integrare il supremo consesso, in modo che avesse la possibilità di esercitare una funzione regolatrice e moderatrice. Il Presidente della Repubblica, valutando la scelta fatta dal Parlamento e la scelta fatta dalle magistrature, può, nella serenità del suo ufficio, esercitare opera di moderazione ed equilibrio".

²⁵ Qui, il nodo era di diritto parlamentare e riguardava l'esatta estensione del potere normativo affidato alla legge di cui all'art. 137, secondo comma, Cost. Difatti (in questi termini, l'intervento di

gola di cui all'art. 64, terzo comma, Cost. che avrebbe potuto essere applicata in modo da impedire alle minoranze di essere rappresentate nella Corte²⁶.

In ogni caso, si tratta di un argomento che non riguarda l'autonomia costituzionale della Corte, ma piuttosto i limiti della legge ordinaria con riferimento all'autonomia costituzionale del Parlamento in seduta comune.

L'art. 4 regola la nomina dei giudici costituzionali da parte del Capo dello Stato e il valore della controfirma, ovvero il potenziale contrasto fra quanto disposto dall'art. 89, Cost. e la legge 87²⁷.

Diverse norme di questo titolo riguardano l'indipendenza dei giudici costituzionali (l'art. 5, in punto di giuramento²⁸, l'art. 7 sulle incompatibilità dei giudici costituzionali, l'art. 8 che vieta i giudici costituzionali di svolgere qualsiasi attività inerente un partito politico, l'art. 10 che definisce la competenza a giudicare della decadenza dei giudici aggregati, l'art. 11 che affida alla deci-

Targetti nella seduta del 1 febbraio 1951), si sarebbe dovuto dubitare che la legge ordinaria potesse definire il modo con cui il Parlamento in seduta comune avrebbe esercitato le attribuzioni affidate allo stesso dalla Costituzione. La questione, invero tutt'altro che irragionevole: ad essa aderì "incondizionatamente" Calamandrei (vedi seduta 2 febbraio 1951, quando espresse il rammarico per essere stato assente il giorno prima), fu respinta sulla base dell'argomento proposto da Gullo per cui se la Costituzione assegna alla legge ordinaria il compito di regolare la costituzione della Corte costituzionale affida a questa fonte anche il compito di organizzare i lavori del Parlamento in seduta comune. Calamandrei nella seduta del 2 febbraio 1951 osservò anche, molto opportunamente, che la maggioranza stabilita per le votazioni delle Camere, e perciò anche del Parlamento in seduta comune, dall'art. 64, terzo comma, Cost. può essere derogata solo con norma costituzionale (vi è una riserva di legge costituzionale sul punto), ovvero oggetto di attuazione per norma regolamentare adottata dalle Camere stesse.

²⁶ Tesauro, nella seduta del 7 febbraio 1951, richiamò letteralmente un passo dell'articolo di stampa in cui don Luigi Sturzo scriveva: "Una saggia visione politica avrebbe da sola il suo valore, quella di non consentire che esponenti comunisti vadano a sabotare un organo così delicato, quale è la Corte costituzionale" (*Difendiamoci dal comunismo* in *La via* del 6 maggio 1950). Sempre Tesauro citò nella stessa occasione il discorso di La Rocca tenuto nella seduta della Camera del 22 novembre 1950 e nel quale l'esponente comunista aveva sostenuto: "Noi non crediamo che un muro di carta o una serie di articoli possano fermare la marcia del progresso storico. Sappiamo però che in un periodo storico di regresso o di stasi, non di rado, è proprio la stretta legalità che tutela gli oppressi e rende anche possibile un certo progresso". La posizione di Tesauro era che nelle deliberazioni si dovesse seguire il principio maggioritario ma che questo principio non si dovesse applicare agli organi rappresentativi per i quali invece si sarebbe dovuta assicurare la rappresentanza delle minoranze. Fu questa la via seguita per effetto di un emendamento presentato da Calamandrei sempre nella seduta del 7 febbraio, non senza una certa contraddizione con quanto lo stesso aveva sostenuto con riferimento al valore dell'art. 64, terzo comma, Cost., cinque giorni prima, che, però, da quel momento assunse un'interpretazione limitata alle decisioni delle Camere diverse da quelle elettive, secondo l'argomento di Tesauro.

²⁷ L'ampio dibattito sul punto è in M. BATTAGLINI, M. MININNI, *Codice della Corte costituzionale*, cit., 306.

²⁸ Il giuramento di fedeltà alla Repubblica svincola il giudice costituzionale, ma anche qualsiasi altro funzionario che vi sia tenuto ai sensi dell'art. 54, Cost., da qualsiasi vincolo di mandato e, perciò, merita di essere considerato come una garanzia di indipendenza. Tanto più significativa in quanto la fonte dell'indipendenza del pubblico funzionario è di carattere etico e non giuridico perché deriva dal vincolo che egli stesso pone alla propria coscienza tramite un giuramento.

sione a maggioranza assoluta della Corte costituzionale riunita in camera di consiglio qualsiasi decisione che abbia per oggetto lo status di giudice costituzionale, l'art. 12 sulla retribuzione dei giudici costituzionali²⁹).

Questi articoli definendo delle garanzie di indipendenza, se si seguisse lo schema della riserva di competenza che si è ricostruito commentando l'art. 137, primo comma, Cost., avrebbero dovuto essere oggetto di una legge costituzionale e, siccome non è stato così, confermano l'interpretazione che si è sostenuta con riferimento all'art. 1, legge cost. 1/1953 che caratterizza la disciplina sulla Corte costituzionale dissolvendo il criterio della competenza affermato dall'art. 137, Cost. nella gerarchia.

L'art. 13 stabilisce che la Corte possa ascoltare testimoni e acquisire documenti anche in deroga ai divieti posti dalla legge³⁰. La Corte assume, per effetto di questa disposizione, il ruolo di un custode obiettivo della legalità costituzionale che, ogni volta che si trovi a decidere una questione attribuita alla sua competenza, ha il potere (costituzionale) di decidere quali sono le persone da ascoltare e i documenti da acquisire, ovvero quale sia la conoscenza di fatto che deve guidare l'interpretazione della Costituzione.

L'art. 14 fissa l'autonomia della Corte costituzionale, sia con riferimento alla disciplina delle sue funzioni, che alla gestione delle spese, dei servizi e degli uffici e alla fissazione della propria pianta organica, nei limiti di un fondo appositamente stanziato con legge dal Parlamento³¹, nonché alla decisione dei ricorsi dei propri dipendenti, e dell'organico da destinare al gabinetto del Presidente e alle segreterie dei giudici.

Per effetto di questa norma, la Corte si vede riconosciuta esplicitamente un'autonomia costituzionale destinata ad espandersi sia sul piano della disciplina delle sue funzioni che su quello economico-contabile-finanziario.

²⁹ Sia con riferimento all'art. 10 che all'art. 11 sembra non irragionevole sostenere che si tratti di *interna corporis* della Corte costituzionale perché queste norme sono destinate ad essere applicate unicamente dalla Corte costituzionale sicché le stesse non potranno essere oggetto di alcun sindacato, di talché ove la Corte ritenesse di farne un'applicazione difforme da quella prefigurata dal tenore letterale delle disposizioni adottato dal legislatore, non si potrebbe che prenderne atto, peraltro nella misura in cui si dovesse venire a conoscenza di come la Corte è addivenuta alla decisione, il che pare precluso dal segreto della Camera di Consiglio.

³⁰ I lavori preparatori, al solito, in M. BATTAGLINI, M. MININNI, *Codice della Corte costituzionale*, cit., 325, ove si riporta l'intervento di Terracini, per il quale era assai improbabile che "in sede di giurisdizione di costituzionalità" vi fosse la necessità di una istruttoria che, a suo avviso, era invece necessaria solo nel caso di esercizio della giustizia penale costituzionale.

³¹ Tale fondo originariamente stava nel bilancio del Ministero del Tesoro (vedi la IV disposizione transitoria alla legge 87/1953), ovvero faceva capo a uno stanziamento generico che non condivideva la politicità che avrebbe caratterizzato tale disponibilità se la stessa fosse stata inserita nel bilancio degli Interni, riconducendo la Corte alla Presidenza del Consiglio, o del Ministro di Grazia e Giustizia, confondendo la Corte con un ufficio giudiziario.

Più delicata l'attribuzione dell'autodichia, sulla quale si ebbe molto a discutere perché pareva singolare che il custode della Costituzione fosse il giudice dei ricorsi presentati dai propri dipendenti, osservazione che fu superata osservando che un tanto era ciò che accadeva anche al Consiglio di Stato per effetto della giurisdizione esclusiva assegnata allo stesso in materia di pubblico impiego che, siccome esclusiva, si estendeva anche ai suoi dipendenti³².

In definitiva, il Titolo I della legge 87/1953 è composto di tre diversi complessi normativi. Il primo riguarda la composizione della Corte che non può individuare essa stessa i propri componenti. La seconda contribuisce a definire le garanzie dei giudici costituzionali con norme dotate di un'efficacia esterna che sarebbe preclusa alle fonti di autonomia della Corte e che, come si è visto, sarebbe riservata alla legge costituzionale dall'art. 137, primo comma. Infine, vi sono le norme che hanno per oggetto l'esercizio delle funzioni della Corte e che, perciò, tratteggiano dei principi i quali sono destinati a trovare attuazione per effetto dell'attività svolta in condizioni di privilegiata autonomia da parte della Corte.

In quest'ultima parte, la legge 87/1953 non può non aprirsi all'autonomia della Corte costituzionale come fonte di emendamento e integrazione dei precetti di cui alla legge 87 e un tanto è espresso nell'art. 14, legge 87/1953 che chiude il sistema aprendolo allo svolgimento da parte dell'autonomia costituzionale che la Corte possiede per effetto della sua posizione nel sistema.

Nel Titolo II si disciplina il funzionamento della Corte e, perciò, si pongono delle norme la cui efficacia è condizionata al grado di attuazione che queste norme riceveranno ad opera della Corte.

Il Capo I, che definisce le norme generali di procedura³³, si conclude con una norma che dopo avere indicato come fonte di integrazione delle norme processuali poste dalla legge 87 il regolamento di procedura per i giudizi che si svolgono dinanzi al Consiglio di Stato riunito in sede contenziosa affida alla stessa Corte costituzionale il compito di completare tale disciplina processuale emanando delle norme integrative³⁴.

³² Vedi il dibattito in M. BATTAGLINI, M. MININNI, *Codice della Corte costituzionale*, cit., part. 328 e 331: è d'uopo osservare che la norma fu approvata per effetto della precisazione dell'On. Spalino quale sottosegretario alla Presidenza del Consiglio che la stessa si sarebbe applicata solo in materia disciplinare, sicché non avrebbe avuto senso considerare l'autodichia alla stregua di una giurisdizione speciale.

³³ Si tratta della pubblicità delle udienze (art. 15), dei quorum necessari per la regolare costituzione del Collegio (art. 16), della verbalizzazione delle udienze (art. 17), della tipologia dei provvedimenti che la Corte può adottare (art. 18), delle forme di pubblicità di tali provvedimenti (art. 19), delle norme sulla rappresentanza in giudizio (art. 20), della gratuità fiscale del procedimento dinanzi alla Corte (art. 21).

³⁴ Sulle quali, sin da ora, S. PANUNZIO, *I regolamenti della Corte costituzionale*, cit., *passim*.

Anche qui, il legislatore si rende conto che le norme contenute nella legge 87 sono destinate a regolare il comportamento di un organo costituzionale e, perciò, definiscono il dover essere di *interna corporis* i quali, per effetto della natura della Corte, non possono essere sindacati al di fuori della Corte³⁵, di talché il rimedio che l'inconsapevolmente accorto legislatore del 1953 escogita è la prevedibilità astratta delle torsioni della Corte alle regolarità processuali definite dalla legge stessa per effetto del riconoscimento di un'autonomia normativa da esercitarsi in via generale astratta anziché attraverso la libertà del precedente.

Per questa ragione, il Capo dedicato alle norme generali di procedura si chiude con il riconoscimento dell'autonomia normativa della Corte che è destinata a coprire anche i capi successivi, che definiscono le norme essenziali di procedura da seguire nell'esercizio delle diverse attribuzioni della Corte costituzionale³⁶.

Fra queste norme, per i fini di queste pagine che accennano, fra le altre cose, a una distinzione fra le norme meramente interne e quelle che hanno anche una rilevanza esterna, hanno sicuramente una rilevanza esterna quelle che regolano il processo in senso stretto³⁷ mentre ha una rilevanza interna, ad esempio, l'art. 26 sulla nomina del relatore, ma non anche sulla fissazione dell'udienza, o l'art. 28 sul divieto per la Corte di svolgere un sindacato che abbia natura politica³⁸.

³⁵ Mentre la Corte sarà sempre debolissima nell'affermare le proprie ragioni avverso un qualsiasi soggetto dell'ordinamento costituzionale che volesse piegare all'efficacia delle proprie decisioni, come dimostra la guerra fra le due Corti cennata fra i primi da Elia (L. ELIA, *Sentenze interpretative di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, in *Giur. cost.*, 1966, 1715 e ss. ma già A.C. JEMOLO, *Pensieri di questi giorni – La legge dell'istruttoria sommaria*, in *Astrolabio*, 1965, 10 (51), part. 27 dove si parla di un "conflitto" fra le due Corti) e narrata da N. ASSINI, *L'oggetto del giudizio di costituzionalità e la «guerra fra le due Corti»*, Milano – Giuffrè, 1973, altrettanto si può dire con riferimento a chi volesse discutere in termini vincolanti per la Corte stessa il suo operato: la Corte non ha ufficiali giudiziari che possa incaricare dell'esecuzione forzata delle sue sentenze, sebbene il rinvio alle norme di procedura del processo amministrativo possa far ipotizzare il ricorso in ottemperanza ove si dovesse discutere dell'inadempimento alla decisione di un conflitto fra poteri o fra enti, ma ha nel contempo la possibilità di impedire l'accesso al suo palazzo a chiunque non vi sia gradito.

³⁶ Ad eccezione ovviamente del controllo di ammissibilità dei referendum che è disciplinato dall'art. 33, legge 352/1970 mentre le norme sui procedimenti di accusa sono contenute nella legge 20/1962 così come modificata dalle leggi 170/1978 e 219/1989. Vale la pena osservare che in questo caso la legge di prima attuazione delle norme costituzionali in materia di giudizi di accusa non è la legge 87 ma è la legge 20/1962, con la conseguenza che la legge 87 non può essere considerata l'unica legge di "prima attuazione" secondo una crisafulliana lettura dell'art. 1, legge cost. 1/1953, vedi *infra*. E lo stesso vale per l'art. 33, legge 352/1970.

³⁷ Si tratta degli artt. 23, 24, 25, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 che hanno natura processuale.

³⁸ Su cui A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (Notazioni ricostruttive)*, in *Rivista AIC*, 2/2023, part. 132 e ss.; A. RUGGERI, *L'uso a fisarmonica del limite della discrezionalità del legislatore nei giudizi di costituzionalità e le sue implicazioni al piano dei rapporti istituzionali ed interordinamentali*, in *federalismi.it*, n. 4/2022, 2 febbraio 2022, 867

Anche la disciplina sui conflitti segue lo stesso schema, solo che qui pressoché tutte le norme hanno una rilevanza esterna perché di natura strettamente processuale³⁹.

La legge 87/1953 termina con alcune norme transitorie, la prima delle quali definisce le scadenze per la scelta dei primi giudici della Corte costituzionale, la seconda definisce i termini e le forme dei giudizi avverso atti divenuti definitivi prima che la Corte avesse avviato i propri lavori, la terza è dedicata alla pianta organica. L'ultima norma transitoria ha natura contabile e affida al bilancio del Ministero del Tesoro la dotazione della Corte.

Il piuttosto variegato e assai litigioso Parlamento della prima legislatura repubblicana – con la legge 87/1953 – ha inteso emanare le norme necessarie perché la Corte costituzionale potesse iniziare i propri lavori e lo ha fatto preoccupandosi non tanto della distinzione fra gli ambiti di normazione definiti dall'art. 137, Cost. come riservati rispettivamente alla legge ordinaria e alla legge costituzionale, ma piuttosto allo scopo di consentire effettivamente alla Corte di venire alla luce e questo è stato possibile per effetto della libertà di azione di cui godeva per effetto dell'art. 1, legge cost. 1/1953.

Non è invece corretto ritenere che la legge 87/1953 per quel che risulta dai suoi lavori preparatori dovesse avere un particolare status nel sistema delle fonti o che la sua peculiare efficacia potesse essere dedotta dall'art. 1, legge cost. 1/1953: l'unico argomento in questo senso può essere ricavato dall'intervento dell'On.le Tesoro nella seduta del 16 marzo 1951 che si è richiamato e che non fu ripreso dalla discussione.

Sembra invece possibile immaginare una embrionale consapevolezza circa la particolare natura della Corte costituzionale e la difficoltà di giungere a una disciplina in grado di imbrigliarne l'autonomia costituzionale.

Di qui, la lettura dell'autonomia normativa affidata alla Corte costituzionale dagli artt. 14 e 22, legge 87/1953 come consapevolezza della natura "interna" di gran parte delle norme fissate dalla legge 87/1953 e perciò della loro

ss.; R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Milano – Giuffrè, 2007, part. 92 e, ovviamente, C. PIPERNO, *La Corte costituzionale e il limite di political question*, Milano – Giuffrè, 1991. In realtà, il limite per cui la Corte costituzionale non dovrebbe svolgere considerazioni che possano essere ritenute di carattere politico si ricollega strettamente al dibattito sulla natura programmatica di gran parte della Costituzione: la Corte non potrebbe giudicare dell'attuazione della Costituzione quando tale attuazione ha un contenuto essenzialmente politica. L'art. 30, sotto questo aspetto, rappresenta l'apice dello sforzo di rendere palesemente giurisdizionale la natura di quest'organo (qui diventano interessanti le osservazioni di G. AZZARITI, *Gli effetti delle pronunzie sulla costituzionalità delle leggi* (1950), in Id., *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano – Giuffrè, 1951, 149 e ss., part. 164 e ss.).

³⁹ Sul punto, Vittorio Emanuele Orlando, nella seduta del Senato del 16 marzo 1949: ovunque c'è diritto ci deve essere giurisdizione, ma nei conflitti c'è qualcosa di più: un Dio che si farà uomo e tutto dipende dal sapere che cosa sarà questa Repubblica" (vedilo in M. BATTAGLINI, M. MININNI, *Codice della Corte costituzionale*, cit., part. 400, 401 e 403).

“disponibilità” da parte della Corte costituzionale e come tentativo di indirizzare la libertà primigenia che spetta a ogni organo costituzionale nel momento in cui definisce autonomamente ciò che caratterizzerà la propria identità nel sistema, in questo caso anche per mezzo di norme generali e astratte che, come si comincia a intendere, somigliano assai ai regolamenti parlamentari.

4. Settant'anni dopo: la legge 87 nella legislazione successiva e nella giurisprudenza costituzionale

Dopo settanta anni che cosa resta del disegno faticosamente elaborato nella legge 87 e che cosa è cambiato?

È questa la domanda fondamentale che occorre porsi a questo punto e vale la pena interrogarsi sotto tre diversi piani: il piano della disciplina generale ed astratta che regola l'esercizio delle funzioni della Corte costituzionale, il piano della giurisprudenza costituzionale e il piano della dottrina.

Sul primo piano, la vera novità, se così si può dire, è la maturazione della capacità di normazione processuale della Corte che, attraverso le Norme Integrative, si è data una disciplina processuale che ha progressivamente adeguato alle esigenze dei tempi⁴⁰, allontanandosi sempre di più dalla legge 87

⁴⁰ Le Norme Integrative, che furono elaborate da una commissione composta dai giudici Bracci, Azzariti e Jaeger cui il collegio affidò il compito, non semplice di definire le modalità di esercizio delle proprie attribuzioni in modo che la Corte potesse avviare i propri lavori, e furono accolte dai primi commentatori come *la prima manifestazione dell'attività del nuovissimo organo in cui possiamo vedere riflessa sia pure implicitamente e indirettamente la concezione che la Corte medesima ha del significato e delle caratteristiche delle sue funzioni che rappresentano un'esperienza senza precedenti nella nostra vita costituzionale e nella storia del nostro paese* (in questi termini, E. T. LIEBMAN, *Le "Norme Integrative" per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Monitore dei Tribunali*, 1956, 33). Sull'ultima edizione delle Norme Integrative è fiorito un dibattito piuttosto ampio: A. AMATO, *Amici... a metà. Primo bilancio dell'"ingresso" degli Amici curiae nel giudizio di costituzionalità*, in *Consulta online*, 2021, 3, 805 ss.; S. BARBARESCHI, *La Corte costituzionale si apre all'ascolto della società civile, ovvero del rischio della legittimazione di sé attraverso gli altri*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, 373 ss.; F. CLEMENTI, *A proposito delle recenti "Modificazioni alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale". Amici curiae?*, in www.rivistaimulino.it, 9 marzo 2020; volendo: G.L. CONTI, *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle norme integrative in data 8 gennaio 2020*, in *Oss. fonti*, 2020, 1, 77 ss.; P. COSTANZO, *Brevi osservazioni sull'amicus curiae davanti alla Corte costituzionale italiana*, in *Consulta online*, 2019, 1, 120 ss.; F. DAL CANTO, *Il giudizio in via principale nella novella delle norme integrative del gennaio 2020*, in *Consulta online*, 2020, 2, 323 ss.; M. C. GRISOLIA, *Le modifiche alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Oss. fonti*, 2020, 1, 5 ss.; T. GROPPI, *Nuovo corso della Consulta sotto il segno della trasparenza*, in www.lavoce.info, 17 gennaio 2020; A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, in *Osservatorio AIC*, 2020, 2, 13 ss.; A. M. LECIS, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amicus curiae ed esperti dalla porta principale*, in www.diritticomparati.it, 23 gennaio 2020; M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, 402 ss.; C. MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Oss. fonti*, 2020, 1, 193 ss.; E. OLIVITO, *Invito a Corte, con cautela. Il processo costituzionale si apre alla*

che, invece, è rimasta sostanzialmente ferma all'11 marzo 1953, con la limitata eccezione di taluni interventi di "manutenzione integrativa" com'è accaduto, per la giustizia penale costituzionale, ad opera della legge 20/1962 e successivamente della legge 219/1989, per i referendum, con l'art. 33, legge 352/1970 o, in seguito alla riforma del Titolo V della Seconda Parte della Costituzione, per effetto della legge 131/2003.

Attraverso le Norme Integrative, la Corte costituzionale ha progressivamente costruito la propria identità definendo una grammatica processuale⁴¹ capace di mediare fra le esigenze proprie di una giurisdizione di unità⁴² e quelle di un organo teso alla promozione e al consolidamento del pluralismo politico e sociale⁴³.

Se all'indomani dell'11 marzo 1953, era ragionevole ritenere che la disciplina del processo costituzionale fosse contenuta nel complesso disegno definito dall'intersecarsi della Costituzione, con le leggi costituzionali 1/1948 e 1/1953 e con la legge 87/1953, secondo quanto letteralmente previsto dall'art. 1, legge cost. 1/1953, settant'anni dopo questo disegno è stato, per un verso, completato dalle Norme Integrative che, però, sono anche intervenute correggendo alcuni tratti del disegno originario e comunque modificandolo⁴⁴.

società civile?, in *Riv. it. scien. giur.*, 2019, 10, 485 ss.; A. PUGIOTTO, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, 426 ss.; P. RIDOLA, *La Corte apre all'ascolto della società civile*, in www.federalismi.it, 22 gennaio 2020; M. ROMAGNOLI, *Il modello di partecipazione a "triplo binario" della Corte costituzionale italiana: la riforma delle norme integrative riguardo a interventi dei terzi, amici curiae ed esperti nel segno del dialogo con la società civile e della rilegittimazione continua*, in *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 2020, LXX, 277, 1047 ss.; A. RUGGERI, *La "democratizzazione" del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in www.giustiziainsieme.it, 24 gennaio 2020; A. SCHILLACI, *La "porta stretta": qualche riflessione sull'apertura della Corte costituzionale alla "società civile"*, in www.diritticomparati.it, 31 gennaio 2020; A. SPERTI, *Alcune riflessioni sull'apertura della Corte alla società civile nella recente modifica delle norme integrative*, in www.consultaonline.it, 23 marzo 2020; C. TANI, *La svolta Cartabia. Il problematico ingresso della società civile nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale*, in www.lacostituzione.info, 18 febbraio 2020.

⁴¹ L'espressione, assai felice, è di G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli – Editoriale Scientifica, 2017, part. 187.

⁴² In questi termini, ovviamente: C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica* (1984), rist. a cura di F. MODUGNO e M. RUOTOLO, Napoli – Editoriale Scientifica, 2014, *passim*.

⁴³ V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova – Cedam, 1995, ma si tratta in fondo della stessa analisi svolta da E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna – Il Mulino, 1996, part. 31 che considera la Corte come punto di equilibrio fra un modello che la voleva come custode di valori razionali capaci di superare mitigando le contingenze della politica e un altro modello che la chiamava a mediare i conflitti sociali.

⁴⁴ L'immagine che si propone nel testo è quella di uno di quei giochi che si trovano nei giornali di enigmistica e che si fanno unendo dei punti o colorando degli spazi in modo da ottenere un disegno altrimenti di non immediata percezione. Inizialmente i punti che definivano questo disegno erano quelli individuati dall'art. 1, legge 87/1953, settant'anni dopo il disegno originario non esiste più perché alcuni punti sono stati sostituiti dalle Norme Integrative, altri sono stati aggiunti e, perciò, il disegno è profondamente cambiato.

La Corte ha progressivamente conquistato il proprio processo che, oramai, non è più percepito come l'oggetto di un discorso normativo espresso dal Parlamento e ispirato dalla funzione di indirizzo politico, ma è diventato l'ambito in cui tipicamente si esprime l'autonomia costituzionale della Corte che, in questo modo, definisce la propria identità.

Più analiticamente, a legge 265/1958⁴⁵ ha previsto: la destinazione a sede permanente della Corte del Palazzo della Consulta⁴⁶; il dettaglio della corrispondenza degli emolumenti dovuti ai giudici costituzionali dal punto di vista degli adempimenti previdenziali; l'esclusione dal bollo degli atti processuali dinanzi alla Corte; la possibilità del comando del personale impiegato nelle amministrazioni dello Stato presso la segreteria del Presidente della Corte o dei giudici.

La legge 311/1958 disciplina organicamente lo status dei professori universitari e regola la riammissione in servizio del professore universitario una volta cessato dalla carica di giudice costituzionale⁴⁷.

L'art. 7, legge cost. 2/1967⁴⁸ abroga l'art. 3, primo e secondo comma, legge 87/1953 che prevedeva, per l'elezione dei giudici della Corte costituzionale da parte del Parlamento in seduta comune, la maggioranza dei tre quinti dei componenti nei primi due scrutini e dei tre quinti dei votanti negli scrutini successivi al secondo, eliminando l'aporia per cui una legge ordinaria prevedeva una maggioranza rafforzata rispetto alla regola generale dell'art. 64, Cost.

⁴⁵ La legge 265/1958 è intitolata "Integrazioni e modificazioni alla legge 11 marzo 1953, n. 87, concernente l'organizzazione ed il funzionamento della Corte costituzionale". Il disegno di legge di iniziativa governativa fu presentato al Senato e risulta essere stato approvato in Commissione (vedi seduta pom. del 26 febbraio 1958). Egualmente fu approvato in Commissione alla Camera (l'annuncio dell'approvazione fu dato nella seduta del 7 marzo 1958).

⁴⁶ Notoriamente il Palazzo della Consulta era la sede del Ministero per le colonie, di cui ospita tuttora alcune interessanti testimonianze, e, sino al termine della Prima guerra mondiale, la sede del ministero per gli affari esteri.

⁴⁷ Anche questo disegno di legge era di iniziativa governativa e fu approvato in Commissione sia alla Camera che al Senato. La questione principale riguardava la sorte degli assistenti universitari e il finanziamento del reclutamento. Non sembra invece avere trovato particolare attenzione la norma sulla riammissione in soprannumero dei giudici costituzionali che rientravano nella vita accademica in una posizione tale da consentire loro di non pesare sulla pianta organica della Facoltà.

⁴⁸ La legge cost. 2/1967 trova la propria ragion d'essere in un bisogno di manutenzione più generale della Costituzione avvertito dal Presidente della Repubblica nel suo messaggio alle Camere del 16 settembre 1963, il primo messaggio presidenziale libero alle Camere e il primo in cui si prefigurano delle riforme costituzionali, una sola delle quali, quella relativa alla durata in carica dei giudici costituzionali e al meccanismo di rinnovo degli stessi, trovò seguito, anche in questo caso senza un particolare dibattito parlamentare, i cui tempi furono dettati dalla opportunità di giungere alla approvazione della legge costituzionale prima del 15 dicembre 1967, quando sarebbero scaduti i dodici anni dal giuramento dei primi quindici giudici della Corte, nessuno dei quali fu sorteggiato allo scadere del nono anno di mandato in modo da essere sostituito anticipatamente (vedi Segretario generale della Presidenza della Repubblica, *Discorsi e messaggi del Presidente della Repubblica Antonio Segni*, Roma – Quaderni di documentazione del Servizio Archivio Storico, 2007, 50).

e in contrasto con l'art. 64, terzo comma, Cost. L'art. 3, legge cost. 2/1967 ha previsto, per l'elezione dei giudici costituzionali da parte del Parlamento in seduta comune, la maggioranza dei due terzi dei componenti nei primi tre scrutini e dei tre quinti dei componenti negli scrutini successivi al terzo.

La legge 298/2002 (Finanziaria 2003) ha per oggetto la retribuzione dei giudici costituzionali. Il suo art. 37, intitolato "retribuzione dei giudici della Corte costituzionale" modifica l'art. 12, legge 87 e stabilisce che la retribuzione dei giudici costituzionali corrisponda al "più elevato livello tabellare che sia stato raggiunto dal magistrato della giurisdizione ordinaria investito delle più alte funzioni, aumentato della metà".

La legge 20/1962 ha completamente riformato il sistema della giustizia penale costituzionale giungendo al termine del percorso di rielaborazione delle norme sui procedimenti di accusa, guidato dalle Giunte per il Regolamento di Camera e Senato: nella relazione al disegno di legge 3173-A (Atti Parlamentari, III Legislatura) si fa riferimento al lavoro di un comitato ristretto della Giunta della Camera che aveva elaborato il testo d'intesa con la Presidenza del Senato. Il punto di maggiore dibattito aveva riguardato la forma degli atti che avrebbero potuto essere adottati per disciplinare adeguatamente quanto oggetto del Capo IV della legge 87. Si decise di suddividere la materia in due ambiti: uno riservato alla competenza dei regolamenti parlamentari⁴⁹ e che, salvo il caso di un regolamento che venisse approvato dal Parlamento in seduta comune, sarebbe stato disciplinato mediante distinte deliberazioni di uno stesso testo, e l'altro destinato alla legge ordinaria.

La legge 20/1962 ha dimostrato che la legge 87 poteva essere modificata da una legge successiva e, perciò, che non è dotata di una peculiare resistenza all'abrogazione.

L'art. 33, legge 352 del 1970 non ha modificato la legge 87 ma svolge la stessa funzione della legge 87 con riferimento all'art. 2, legge cost. 1/1953: è la norma di "prima attuazione" per il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo, il motore di avviamento della Corte come giudice dell'ammissibilità dei referendum abrogativo.

⁴⁹ Di qui, il regolamento parlamentare per i procedimenti di accusa approvato dalla Camera dei deputati nella seduta del 14 luglio 1961 e dal Senato della Repubblica nella seduta del 20 luglio 1961 e successivamente modificato dal Senato della Repubblica nella seduta del 7 febbraio 1979 e dalla Camera dei deputati nella seduta del 14 marzo 1979, atti successivamente superati dal regolamento approvato dal Senato della Repubblica il 7 giugno 1989 e dalla Camera dei deputati il 28 giugno 1989, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 153 del 3 luglio 1989. Sul regolamento parlamentare per i procedimenti di accusa, R. MORETTI, *Osservazioni sul nuovo regolamento parlamentare per i procedimenti di accusa*, in *Foro it.*, 1979, V. 163 e D. NOCILLA, v. *Atti bicamerali non legislativi*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamenti*, I, Milano – Giuffrè, 1997, part. 198, nota 106.

L'art. 9, legge 131/2003 (cd. Legge La Loggia) ha introdotte nella legge 87 le modifiche che si erano rese opportune dopo la riforma del Titolo V della Costituzione.

Anche in questo caso, la legge 87 è stata modificata sul presupposto che la stessa sia una legge esattamente come tutte le altre.

In definitiva, la legge 87 è stata in questi settanta anni oggetto di novelle più o meno ampie.

Da una parte, molte modifiche minime (atti sostanzialmente di manutenzione ordinaria) che, però, dimostrano la difficoltà pratica di sostenerne la natura rinforzata, e due modifiche di più largo respiro.

Queste ultime modifiche confermano che la legge 87 opera come motore di avviamento della giustizia costituzionale. Nel momento in cui si rendeva necessario riavviare il sistema, vuoi perché ritenuto non adeguato all'incandescenza politica, nel caso della giustizia penale costituzionale: legge 20/1962, vuoi perché era completamente cambiato il quadro del regionalismo, il legislatore ha ritenuto di dover intervenire direttamente e non ha lasciato il campo libero all'autonomia costituzionale della Corte così come riconosciuta dagli artt. 14 e 22, legge 87.

Nessuna novella, inoltre, ad eccezione della legge cost. 2/1967, che però lo ha fatto implicitamente e prima che la Corte avviasse i propri lavori in sede di giudice penale costituzionale, ha mai toccato ciò che la Corte aveva liberamente fissato attraverso l'esercizio della sua autonomia normativa.

Nemmeno è accaduto che il legislatore sia uscito dall'alveo della legge 87, con la limitata eccezione dell'art. 33, legge 352/1970: ancora oggi, tutte le norme sulla costituzione e il funzionamento della Corte costituzionale sono contenute all'interno di questa fonte normativa che, perciò, ha saputo reggere il divieto di *leges fugitivae* non tanto evitandole, quanto piuttosto attraendole e assorbendole come interventi di modifica più o meno puntuale⁵⁰.

⁵⁰ Sono state capaci di sfuggire alla forza di attrazione esercitata dalla legge 87 per effetto di quanto previsto dal binomio normativo 137, Cost. – Art. 1, legge cost. 1/1953 anche talune norme che sono contenute in una fonte di rango costituzionale. Si tratta degli artt. 2 – 7, legge cost. 2/1967 che riguardano la competenza della Corte a giudicare dei titoli di ammissione dei suoi componenti (art. 2), il procedimento di nomina ed elezione dei giudici costituzionali (artt. 3 – 4), dell'obbligo del Presidente della Corte di avvisare l'organo competente della sostituzione del fatto che un giudice costituzionale da questi nominato o eletto è cessato dalla carica e dell'obbligo di tale organo di provvedere a questo adempimento entro trenta giorni (art. 5), della previsione a carattere transitorio per cui i giudici già nominati per dodici anni al momento di entrata in vigore della legge cost. 2/1967 restano in carica per l'intero periodo per il quale furono nominati (art. 6) e della disposizione di abrogazione espressa e tacita delle disposizioni incompatibili con la legge cost. 2/1967. Come si vede si tratta di norme che comunque sfuggirebbero alla autonomia costituzionale della Corte. E lo stesso si può dire per le analoghe norme contenute nella legge cost. 1/1953 che, però, non pone lo stesso problema essendo citata dall'art. 1, legge cost. 1/1953. Altro è da dire, e si è detto, per la giustizia penale costituzionale e per il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo.

Nello stesso tempo, le novelle di più ampio respiro dimostrano che il legislatore mentre ha mostrato una notevole generosità nell'affidare alla Corte costituzionale la definizione delle regole processuali che applica ai propri procedimenti, è stato molto meno generoso quando si è trattato di definire i confini delle attribuzioni della Corte costituzionale, sia con riferimento alla materia dei giudizi di accusa, sia riguardo al contenzioso Stato – Regioni.

Sul piano della giurisprudenza costituzionale, la cosa più interessante da notare è il definitivo superamento del problema della sindacabilità ad opera della Corte costituzionale della legge 87/1953⁵¹: la Corte costituzionale (sentenze 68/2021 e 255/2014) ha avuto modo di dichiarare l'incostituzionalità di alcune norme contenute nella legge 87.

Delle prime pronunce nelle quali, la Corte costituzionale si è occupata della legge 87 (Corte cost. 38/1957⁵²; 56/57 e 111/1963⁵³) si è già discusso.

⁵¹ Dubitavano della possibilità per la Corte di sindacare la legge 87/1953: G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano*, I, Napoli - Jovene, 1957, part. 13-15; F. PIERANDREI, v. *Corte costituzionale*, in *Enc. Dir.*, vol. X, Milano – Giuffrè, 1962, 987 e A. Tesaurò, cit. in V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova – Cedam, 1984, part. 236, il quale dette la stura a questa ipotesi nel suo intervento alla Camera dei deputati durante la discussione del 16 marzo 1951 (A.P., Camera, I legisl., Discussioni, XIX, 27191), ma soprattutto nell'intervento introduttivo del 31 gennaio 1951 (ivi, part. 25773), quando ricordando la posizione di scetticismo espressa in Assemblea Costituente circa la introduzione di un organo che avrebbe potuto usurpare la funzione del Parlamento senza avere un'analoga legittimazione popolare, sottolineò che la Costituzione aveva attribuito in via esclusiva al Parlamento la funzione legislativa. La tesi, mirata a riconoscere una natura rinforzata nella legge 87/1953, si muove lungo due direttrici: da una parte, tende a garantire alla Corte costituzionale l'indipendenza generata dalla stabilità delle norme che ne definiscono la grammatica processuale e, dall'altra parte, risolve l'aporia generata da un giudice che può conoscere della validità delle norme processuali cui è vincolato il suo agire. Su questi temi, ovviamente, si dovrà tornare ampiamente nel prosieguo di queste pagine.

⁵² Vedi A. D'ATENA, *Dalla "costituzionalizzazione" alla "dissoluzione" dello Statuto regionale siciliano (Riflessioni sull'elaborazione giurisprudenziale del primo ventennio)*, in *Giur. cost.*, 1990, 1929; N. ZANON, *Premesse a uno studio sui "Principi supremi" di organizzazione come limiti alla revisione costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 1891. La dottrina coeva non prese particolarmente sul serio questa sentenza che appare accompagnata da una nota redazionale su Giurisprudenza costituzionale, da un commento di De Fina (S. DE FINA, *L'Alta Corte e la Costituzione*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1959, 362) e, molto successivamente, di Landi (G. LANDI, *Questioni di legittimità costituzionale sollevate da autorità non giurisdizionali*, in *Foro amm.*, 1977, I, 689).

⁵³ V. ANDRIOLI, *Il collegio della Corte dei conti costituito per eleggere un giudice della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 125; C. ESPOSITO, *Per la determinazione del significato della espressione "Supreme Magistrature Amministrative"*, in *Giur. cost.*, 1963, 1032; G. FERRARI, *"Supreme Magistrature" e composizione dei rispettivi collegi per l'elezione dei giudici costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1963, 1042; S. LABRIOLA, *Proponibilità della questione di legittimità costituzionale nel corso del giudizio avanti la Corte costituzionale*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1963, 926; C. VOLPE, *Fuori ruolo ed elettorato attivo nell'elezione dei giudici della Corte costituzionale da parte delle supreme magistrature: la prima volta del giudice amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2003. In questa sentenza, la Corte avvicina la legge 87 alle norme di attuazione degli statuti speciali, su cui: A. BRACCI, *Le norme d'attuazione degli Statuti per le Regioni ad autonomia speciale*, Milano – Giuffrè, 1961; G. M. LOMBARDI, v. *Disposizioni di attuazione*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. V, Torino – Utet, 1960, 1130; G. AMATO,

Il primo vero appuntamento fra la giurisprudenza costituzionale e la legge 87 è quello organizzato da Corte cost. 127/1966⁵⁴: la Corte respinge l'argomento della non sottoponibilità a controllo di costituzionalità della legge 87 richiamandosi alla costante giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di impugnabilità dei decreti legislativi di attuazione degli Statuti speciali (Corte cost. 14, 15, 16 e 10/1956 e 15/1957)⁵⁵.

Anche nella sentenza 125/1977, che non ha per oggetto la legge 87 ma la legge 20/1962, la Corte afferma la propria competenza a giudicare della legittimità costituzionale delle norme di legge che ne regolano il funzionamento⁵⁶.

Nella sentenza 88 del 1986⁵⁷, la Corte ha precisato che la Costituzione è stata integrata dalle leggi cost. 1/1948 e 1/1953, e che queste a loro volta erano state integrate dalla legge 87, la quale, infine, trova attuazione e ulteriore svolgimento nelle Norme Integrative.

v. *Disposizioni di attuazione*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano – Giuffrè, 1964, 209, F. GABRIELE, v. *Decreti legislativi di attuazione degli statuti speciali*, in *Enc. giur.*, vol. X, Roma – Treccani, 1988.

⁵⁴ Sul quale vedi F. MODUGNO, *Una questione di costituzionalità inutile: è illegittimo il penultimo capoverso dell'art. 30, l. 11 marzo 1953, n. 872*, in *Giur. cost.*, 1966, 1723 e ss.; V. CAVALLARI, *Una fondamentale sentenza sull'efficacia nel tempo delle declaratorie di illegittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1967, 346; E. T. LIEBMAN, *Sull'efficacia delle sentenze costituzionali dichiarative dell'illegittimità della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 128; S. RANIERI, *Ancora poche parole sull'efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in *La scuola positiva*, 1967, 72; M. SCAPARONE, *Il problema dell'applicabilità dell'art. 372, c.p.p. nell'istruzione sommaria e il diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1967, 337.

⁵⁵ Si deve osservare che il massimo livello di libertà e di autonomia sarebbe stato raggiunto dalla Corte nel caso in cui la stessa avesse riconosciuto che la legge 87 non poteva essere oggetto di alcuna modifica da parte del legislatore ordinario e neppure del sindacato di legittimità costituzionale, perché allora la legge 87 sarebbe vissuta solo nella giurisprudenza della Corte, avrebbe acquistato il significato normativo che la Corte le avrebbe assegnato vuoi per mezzo dell'esercizio della sua autonomia regolamentare vuoi per effetto della natura inevitabilmente definitiva di ogni sentenza che pronuncia.

⁵⁶ Su cui: M. CHIAVARIO, *Giudizi di accusa e connessione: le esigenze di garanzia non sono a senso unico*, in *Giur. cost.*, 1977, 1131; P. FILASTÒ, *Osservazioni a proposito del giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 16 e 27, legge 25 gennaio 1962, n. 20*, in *La giustizia penale*, 1979, III, 628; D. ORTALDA, *Sulla legittimità costituzionale della disciplina della connessione nei procedimenti e nei giudizi di accusa*, ivi, 346; R. ROMBOLI, *Processo penale costituzionale e connessione di giudizi*, in *Foro it.*, 1978, V, 324; S. SICARDI, *La legittimità della connessione nel processo penale costituzionale*, in *Giur. it.*, 1978, I, 942; C.A. TESTI, *La riunione e la separazione dei giudizi nel procedimento penale ordinario e nel procedimento di accusa per reati ministeriali e presidenziali*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1978, 256.

Non è questa una sentenza qualsiasi perché la Corte giudica dinanzi alla propria composizione ordinaria di una questione di legittimità costituzionale che ha sollevato la stessa Corte nella composizione integrata che decide dei giudizi di accusa.

⁵⁷ Su cui S. BELLOMIA, *Estinzione del processo a quo e autonomia del processo costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1986, 501.

La Corte ha giudicato più volte della costituzionalità dell'art. 23, legge 87⁵⁸ e fra queste pronunce spicca, per ampiezza di ragionamento, l'ordinanza 130/1988⁵⁹.

Si è inoltre dubitato della costituzionalità del combinato disposto fra gli artt. 23 e 27, legge 87 nella parte in cui non prevedono una disciplina in grado di colmare i vuoti legislativi provocati dalle sentenze della Corte costituzionale, in contrasto con gli artt. 3, 24 e 70, Cost.⁶⁰, dell'art. 24⁶¹, dell'art. 27, nella parte in cui non prevede che la Corte, quando debba dichiarare la incostituzionalità di una norma sebbene la questione di legittimità costituzionale non possa essere risolta senza l'intervento attivo del legislatore, non possa assegnare al legislatore un termine entro il quale provvedere e dichiarare

⁵⁸ Si tratta delle ordinanze 130/1971, 225/1982, 286/1983, e 348/1995.

⁵⁹ Il giudice a quo aveva espresso una serie decisamente articolata di argomenti che a suo avviso avrebbero reso incostituzionale l'art. 23, legge 87: (i) la rilevanza determinerebbe una violazione dell'art. 134 della Costituzione e dell'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 nella parte in cui renderebbe "in tal modo irrilevanti e, perciò, inammissibili tutte le altre questioni di legittimità costituzionale l'oggetto delle quali sia solo concorrente nella decisione della causa"; (ii) sarebbero violati gli artt. 101, 104, primo comma, e 111 della Costituzione, per la "riduzione e compressione dell'autonomia ed indipendenza del giudice" che la disposizione censurata viene a determinare, nell'impedire al medesimo "di valutare tutte le possibili soluzioni giuridiche per la decisione dei processi", sottraendo, così, alla motivazione delle sentenze "ragioni ulteriori di potenziale accoglimento o rigetto della domanda", con grave danno per l'amministrazione della giustizia; (iii) infine, il predetto art. 23, "nelle parti che stabiliscono condizioni e forme di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale", sarebbe in contrasto con l'art. 137, primo comma, della Costituzione, perché, limitando l'accesso al giudizio di costituzionalità, tramite "confini" non istituiti dal "sistema costituzionale", comporterebbe una "palese violazione della riserva di legge costituzionale", prevista dal predetto art. 137.

Per la Corte nessuno di questi dubbi potrebbe essere considerato fondato perché "la legge n. 87 del 1953 costituisce integrazione e svolgimento delle leggi costituzionali 9 febbraio 1948, n. 1 (Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte costituzionale) e 11 marzo 1953, n. 1 (Norme integrative della Costituzione concernenti la Corte costituzionale) e [...], in particolare, il censurato art. 23 viene ad uniformarsi all'art. 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948, secondo cui la questione di legittimità costituzionale può essere "rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio", da ciò desumendo l'evidente esclusione della facoltà di sollevare questioni ininfluenti sul giudizio stesso (v., in particolare, ordinanze nn. 225 del 1982 e 130 del 1971, entrambe dichiarative della manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 23 in esame)".

⁶⁰ Vedi l'ord. 217/1983.

⁶¹ Vedi Corte cost. 451/1989 in cui la Corte corregge il presupposto interpretativo da cui aveva preso le mosse il giudice a quo affermando che l'art. 24, legge 87 non impedisce al giudice a quo di sollevare nuovamente una questione di legittimità costituzionale che sia stata respinta per vizi formali e che non sia stata decisa nel merito.

l'incostituzionalità solo dopo il suo decorso⁶², del combinato disposto fra gli artt. 23 e 30⁶³, dell'art. 32⁶⁴.

Questo lungo corteggiamento, finalmente, sfocia in una pronuncia di illegittimità costituzionale: Corte cost. 255/2014⁶⁵ ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 31, secondo comma, legge 87, così come modificato dall'art. 9, primo comma, legge 131/2003.

La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dalla stessa Corte costituzionale con riferimento all'art. 127, Cost. e all'art. 10, legge cost. 3/2001 e, per la Corte, che aveva già ritenuto di far venir meno il sistema di controllo preventivo previsto per le altre regioni a Statuto speciale⁶⁶, è inevitabile dichiarare la illegittimità costituzionale dell'art. 31, secondo comma, legge 87.

A questo punto, come si è detto, il rapporto fra la Corte costituzionale e la sua legge di prima attuazione si è consumato perché a ben vedere la Corte riconosce sia che la legge 87 può essere oggetto di interventi di modifica che ne innovino il contenuto, sia che la legge 87 deve rispettare la Costituzione, il che era ovvio, sia che la Corte può giudicare della conformità della legge 87 alla Costituzione, e questo era stato meno ovvio.

Il precedente è stato successivamente confermato da Corte cost. 68/2021⁶⁷ che, operando un significativo *revirement* rispetto a Corte cost. 43/2017, ha

⁶² In questi termini, l'ordinanza 405/1989. La Corte ha dichiarato la questione di legittimità costituzionale irrilevante perché la norma di cui il giudice a quo dubitava era già stata dichiarata incostituzionale. In realtà, il problema rilevante era esattamente questo: il fatto che tale norma fosse stata dichiarata incostituzionale.

⁶³ Vedi l'ordinanza 100/1983, red. Elia.

⁶⁴ Vedi Corte cost. 132/1976, nella quale si precisa che l'art. 32, legge 87 fissa un termine per la notifica dei ricorsi regionali in via principale che è esattamente quanto previsto dall'art. 2, legge cost. 1/1948, "che è precisamente quella cui l'art. 137 Cost. fa espresso rinvio, al fine di stabilire "le condizioni, le forme, i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale".

⁶⁵ Su cui, G. CHIARA, *Il controllo successivo delle leggi regionali si estende anche alla Regione siciliana: un overruling forzato ma felice*, in www.forumcostituzionale.it, 2015; P. COLASANTE, *La "dinamica" del riparto delle competenze fra Stato e regioni. La giustizia costituzionale fra vecchio, attuale e futuro Titolo V, con particolare riferimento alle autonomie speciali e al regime di impugnazione (non più) vigente per la Regione Sicilia*, in www.italianpapersonfederalism.issirfa.cnr.it, 2016; G. D'AMICO, *Dal primo Statuto all'ultimo Commissario. Variazioni sul tema dell'impugnazione delle leggi siciliane*, in www.forumcostituzionale.it, 2015; S. MABELLINI, *La questione del sistema di impugnazione delle leggi siciliane: la Corte costituzionale ci ripensa*, in *Nel diritto*, 2015, 409; G. REPETTO, *La Corte mette fine al controllo preventivo di costituzionalità sulle leggi siciliane (e si riappropria delle sue funzioni)*, in *Giur. cost.*, 2014, 4501; R. ROMBOLI, *Nota a Corte cost. sent. 255/2014*, in *Foro it.*, 2015, I, 1; E. ROSSI, *Meglio tardi che mai: la Corte elimina la specialità del procedimento di controllo delle leggi siciliane (ovvero: la Sicilia si avvicina al continente...)*, in www.forumcostituzionale.it.

⁶⁶ Le pronunce di riferimento sono 408/2002, 533/2002 e l'ordinanza 377/2002.

⁶⁷ Su cui, E. APRILE, *Osservazioni a Corte cost. 68/2021*, in *Cass. pen.* 2021, num. 7-8, pag. 2427; G. CASAVECCHIA, *Sanzioni amministrative fisse e rime obbligate. Nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 185 del 2021*, in www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it, 2021, num. 6; A. CELOTTO, *Iper-retroattività e diritto vivente CEDU*, in *Giur. cost.*, 2021, 885; M. GAMBARELLA, *Sanzioni*

dichiarato “l’illegittimità costituzionale dell’art. 30, quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), in quanto interpretato nel senso che la disposizione non si applica in relazione alla sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida, disposta con sentenza irrevocabile ai sensi dell’art. 222, comma 2, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada)”.

Questo è il punto di arrivo della giurisprudenza costituzionale che, come si è visto, ha preso sul serio la definizione di legge ordinaria con cui l’art. 1, legge cost. 1/1953 contrassegna la legge 87 anche se non si è mai data particolare cura di giustificare il proprio sindacato sulle norme contenute in questa fonte.

L’effetto di questa impostazione, come si è accennato, fa sì che il legislatore divenga il custode del retto espandersi dell’autonomia costituzionale della Corte sul processo costituzionale, perché ove la Corte addivenisse a definire un modello processuale contrastante con quanto previsto dalle norme costituzionali, un tanto non sarebbe senza rimedio, come sarebbe facile pensare: troverebbe (potrebbe trovare, almeno a livello teorico) una sanzione in una novella della legge 87 con cui il legislatore esprimerebbe alla Corte una chiara direttiva cui la Corte potrebbe sottrarsi solo dichiarandone l’illegittimità o, forse più correttamente, aprendo la via a un conflitto fra poteri il cui tono costituzionale sarebbe nella definizione dell’autonomia della Corte stessa.

L’ultima parola spetta al legislatore perché persino se la Corte ritenesse di dichiarare l’incostituzionalità dell’interferenza da parte del legislatore ordina-

amministrative “punitive” dichiarate costituzionalmente illegittime e modifica del giudicato penale, in *Giur. cost.*, 2021, 889; A. LONGO, *Il concorso fra sanzione amministrativa e penale e il principio del ne bis in idem*, in www.giustamm.it, 2021, num. 12; A. MACCHIA, *Note minime su messa alla prova e giurisprudenza costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2022, num. 3; V. MARCENÒ, *Un altro passo verso l’assimilazione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle sanzioni penali. Il limite del giudicato cede ancora, ma solo a seguito di una valutazione sanzione per sanzione*, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it, 2021, num. 2; F. MAZZACUVA, *La revoca della sanzione amministrativa “illegale”: prosegue l’erosione del giudicato ad opera del principio di retroattività della lex mitior*, in *Diritto penale e processo*, 2021, 1613; A. MORRONE, *Interpretazione nomopoietica*, cit.; I. PELLIZZONE, *Affettività della sanzione amministrativa punitiva dichiarata incostituzionale e legalità costituzionale della pena: prime prove per un’applicazione costituzionale della “frode delle etichette*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2021, 697; A. PISANESCHI, *La sentenza 68 del 2021. Le sanzioni amministrative sostanzialmente penali e il giudicato*, in www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it, 2021, num. 4; A. VENEGONI, *La Corte costituzionale ritorna sul tema della “materia penale”: verso uno statuto della disciplina delle sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali?*, in www.giustiziansieme.it; D. VICOLI, *L’illegalità della sanzione amministrativa di tipo punitivo scardina il giudicato: il caso della revoca della patente di guida*, in *Giur. cost.*, 2021, 900; A. ZAMPINI, *Costituzionalmente legittima l’omissione degli avvisi ex art. 64, c.p.p. al consumatore di stupefacenti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2022, num. 3; Id., *Non si amplia l’ambito lavorativo del diritto al silenzio: niente avvisi ex art. 64 c.p.p. al consumatore di sostane stupefacenti ascoltato nel procedimento penale*, *ivi*, num. 10.

rio sulla sua autonomia costituzionale, sarebbe sufficiente una legge costituzionale per chiudere definitivamente la materia del contendere.

5. La legge 87 nel pensiero degli scienziati della Costituzione

Gli scienziati della Costituzione hanno progressivamente perso interesse per una indagine sulla giustizia costituzionale che partisse dalle norme che la istituiscono e ne regolano il funzionamento, malgrado gli studi sulla giustizia costituzionale riempiano qualsiasi biblioteca di diritto pubblico.

La Corte viene studiata attraverso le sue decisioni che, spesso, sono considerate come autosufficienti.

In ogni caso, il pensiero dei costituzionalisti sulla legge 87 trova una prima guida in Crisafulli⁶⁸ e viene portato al massimo livello di raffinatezza nella scuola romana (Modugno, Nocilla e di Panunzio⁶⁹).

Per il Crisafulli degli appunti⁷⁰, il vero nodo sarebbe nell'art. 137, primo comma, Cost. Questa disposizione riserva alla legge costituzionale la discipli-

⁶⁸ V. CRISAFULLI, *Appunti di diritto costituzionale – La Corte costituzionale*, Roma – Mario Bulzoni Editore, 1967, part. 9 e ss.

In realtà, il primo che si è dedicato in termini ampi e con sforzo sistematico a ricostruire il sistema delle fonti sulla giustizia costituzionale è P. G. Grasso (P.G. GRASSO, *Prime considerazioni sulla potestà regolamentare della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, 943 e ss.). Si tratta di un saggio che forse non ha avuto grande eco, salvo la citazione, in dottrina. Per questo Autore, il punto di partenza per l'analisi del problema sarebbe la natura assoluta, a suo dire, della riserva di legge costituzionale di cui all'art. 137, primo comma, Cost. che renderebbe perciò residuale il campo affidato al legislatore ordinario dal secondo comma della stessa disposizione (part. 952): il campo del legislatore ordinario sarebbe "ridotto ed eccezionale" rispetto a quello affidato alle cure del legislatore costituzionale.

Per Grasso, il valore della legge 87 dipenderebbe dalla formulazione dell'art. 1, legge cost. 1/53 che definisce questa fonte come di "attuazione" ovvero le affida il compito di "mandare a effetto il complesso dei precetti di legge costituzionale sulla struttura della Corte e non lasciarli inoperanti", ovvero uno scopo sostanzialmente analogo a quello perseguito dalle norme di attuazione degli statuti speciali, mentre "prima" varrebbe a significare che una volta entrata in funzione la Corte non vi sarebbe più alcuno spazio per l'intervento del legislatore ordinario (part. 953).

La parte più illuminante del lavoro è quella però in cui Grasso definisce la decisione della Corte di produrre le norme giuridiche destinate a integrare la propria disciplina processuale e le altre norme regolamentari occorrenti all'esercizio delle proprie funzioni come "una norma sulla produzione di altre norme giuridiche", che consentirebbe alla Corte di rendere inoperanti le norme della legge 87/1953 difformi dal loro contenuto (part. 967).

Un tanto sarebbe possibile perché se la Costituzione affida alla Corte il compito di esercitare le proprie attribuzioni con pronunce che non possono essere oggetto di alcuna forma di rimedio e/o contestazione, allora la decisione con cui la Corte decide in via generale e astratta il modo in cui tali pronunce vengono prodotte, la grammatica processuale, sarebbe altrettanto incontestabile.

⁶⁹ F. MODUGNO, *Una questione di costituzionalità inutile: è illegittimo il penultimo capoverso dell'art. 30, l. 11 marzo 1953, n. 87?*, in *Giur. cost.*, 1966, 1723 e ss.; S. PANUNZIO, *I regolamenti della Corte costituzionale*, cit., part. 172 e ss.; D. NOCILLA, *Aspetti del problema relativo ai rapporti fra le fonti che disciplinano la Corte costituzionale*, cit. e sono attentamente ricostruiti da F. DAL CANTO, sub art. 137, Cost., cit., part. 2677.

⁷⁰ V. CRISAFULLI, *Appunti di diritto costituzionale*, cit., part. 15-19.

na delle condizioni, delle forme e dei termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale⁷¹.

Sarebbero possibili due interpretazioni della competenza affidata in via esclusiva al legislatore costituzionale dall'art. 137, primo comma, Cost. Da una parte, si può ritenere che l'unica cosa che il legislatore costituzionale deve regolare esplicitamente (oltre alle garanzie di indipendenza) sia l'accesso alla giustizia costituzionale, perché con esso si definisce la posizione della Corte costituzionale nel sistema. Dall'altra parte, l'utilizzo dell'espressione "forme (...) dei giudizi di legittimità costituzionale" rende ragionevole ritenere che al legislatore costituzionale spetti l'intera disciplina dei giudizi di legittimità costituzionale (non anche dei conflitti e neppure dei giudizi in via di accusa⁷²).

In questo contesto, la legge 87/1953 sarebbe costituzionalmente illegittima perché con la stessa il legislatore ordinario ha regolato una materia di competenza del legislatore costituzionale e questo sarebbe possibile per effetto del richiamo alla legge 87, individuata nominativamente, contenuto nell'art. 1, legge cost. 1/53.

La legge 87, perciò, potrebbe essere emendata solo con una legge costituzionale almeno per la parte che ha per oggetto la disciplina processuale dei giudizi di legittimità costituzionale restrittivamente intesi come giudizi di legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge⁷³.

⁷¹ Giudizi di legittimità costituzionale sarebbero esclusivamente quelli che hanno per oggetto la legittimità costituzionale delle leggi. Cerri, che pure era uno degli assistenti di Crisafulli che raccolsero gli appunti utilizzati per il dattiloscritto, osserva che una interpretazione che valorizzi il tenore letterale dell'art. 137, Cost. non può non portare ad estendere la riserva di cui all'art. 137, primo comma, Cost. a tutte le giurisdizioni della Corte "che è, appunto, tutta, per sua natura, di legittimità costituzionale" (A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, II ed., Milano – Giuffrè, 1997, part. 26). Questa opzione interpretativa appare assai ragionevole, anche se, come si è detto, la legge 87 non regola la giustizia penale costituzionale il cui svolgimento è disciplinato dalla legge 20/1962.

⁷² La precisazione è essenziale per giustificare le novelle apportate dalla legge 20/1962 alla disciplina di cui alla legge 87 che altrimenti non sarebbero in alcun modo spiegabili: vedi S. PANUNZIO, *I regolamenti della Corte costituzionale*, cit., part. 192-5.

⁷³ Scrive Crisafulli (o meglio detta): "In quest'ordine di idee, la legge n. 87 sarebbe perciò espressione di una competenza attribuita al legislatore *una tantum*, per rendere possibile il concreto avvio del funzionamento della Corte, e perciò suscettibile soltanto dei completamenti eventualmente necessari per l'avvenire; quindi, una diversa disciplina del procedimento per i giudizi di costituzionalità non potrebbe validamente intervenire che con legge cost. Ne seguirebbe altresì una maggiore ampiezza delle competenze della Corte ex art. 22 ad integrare tale disciplina entro i soli limiti delle norme costituzionali e di quelle poste dalla legge n. 87 di guisa che le norme integrative della Corte cederebbero esclusivamente nei confronti di leggi cost. successive, ma prevarrebbero su leggi ordinarie che pretendessero sostituire e modificare le norme dettate dalla legge n. 87" (V. CRISAFULLI, *op. cit.*, part. 17).

Si noti che questo schema interpretativo presuppone che la legge 87 resti una legge ordinaria, secondo quanto espressamente previsto dall'art. 1, legge cost. 1/1953, perché se fosse una legge costituzionale (superordinaria, verrebbe da scrivere) si sarebbe costituzionalizzata anche la parte della

Un'interpretazione completamente diversa – e, forse, l'interpretazione che ha suscitato maggiori commenti da parte della dottrina – è quella di Modugno⁷⁴.

Modugno ritiene la legge 87 una legge atipica: essa, infatti, è sia una legge ordinaria, perché questo è il tipo connesso al procedimento con cui è stata approvata dal Parlamento, sia la legge ordinaria individuata espressamente dall'art. 1, legge cost. 1/1953, sicché non si potrebbe modificare senza modificare anche l'art. 1, legge cost. 1/1953 che, altrimenti, non avrebbe nessun significato normativo⁷⁵.

Inoltre, la “natura costituzionale” della legge 87 discenderebbe dal fatto che la stessa, essendo “la legge fondamentale (e più dettagliata) relativa alla Corte costituzionale”, che è l'organo preposto al sindacato di legittimità costituzionale, non potrebbe avere natura ordinaria perché la Corte “non può vedere disciplinati la propria costituzione e il proprio funzionamento da norme poste dal potere legislativo, a sé necessariamente subordinato, e ripetenti da esso la propria natura e le proprio valore bensì da norme poste dal legislatore, nelle forme ordinarie, ma nell'esercizio di una competenza ad esso attribuita *una tantum* dalla Costituzione o da legge costituzionale, ed aventi in ogni caso natura *materialmente* costituzionale”⁷⁶.

legge 87 che regola i giudizi diversi dai giudizi di legittimità costituzionale e quindi si sarebbe violato l'art. 137, primo comma, Cost.

⁷⁴ F. MODUGNO, *Una questione di costituzionalità inutile*, cit., *passim*. Ma il pensiero che si commenta nel testo, se lo si è ben compreso, costituisce lo sviluppo di quanto l'Autore ha più organicamente espresso in ID., *Riflessioni interlocutorie sull'autonomia del processo costituzionale*, Napoli – Morano, 1967, libro non a caso dedicato al Maestro, le cui lezioni paiono essere lo spunto della originalissima riflessione che si commenta nel testo.

⁷⁵ Così Modugno riesce a dare all'art. 1, legge cost. 1/1953 un significato diverso e ulteriore rispetto al mero riconoscimento dell'avvenuta promulgazione sia del testo costituzionale che della legge cost. 1/1948 e della legge 87, come invece potrebbe sembrare dalla lettera di questa disposizione che si limita a dire che le funzioni della Corte costituzionale devono essere esercitate nelle forme indicate dalla Costituzione, dalla legge cost. 1/1948 e dalla legge 87, vedi F. MODUGNO, *Una questione di costituzionalità inutile*, cit., part. 1724 e nota 2 dove si dice che siccome la legge cost. 1/1953 si apre con l'elencazione delle fonti sulla giustizia costituzionale, sarebbe “manifesto che (...) nessun bisogno ci sarebbe stato di disporre un'elencazione di fonti se non *al fine costitutivo* di fissare una volta per tutte le fonti primarie di disciplina della materia (...). Quella che era la legge ordinaria abilitata a porre «le altre norme necessarie per la costituzione e il funzionamento della Corte» (e che poteva anche non esaurirsi in un solo atto) diventa «la legge ordinaria emanata per la prima attuazione delle predette norme costituzionali»”.

⁷⁶ F. MODUGNO, *op. cit.*, ivi Un tanto sarebbe conseguenza della natura di indipendenza reciprocamente pariordinata che caratterizza il rapporto fra Parlamento e Corte costituzionale. In realtà, a sommo avviso di queste pagine, l'argomento prova troppo: la Corte è soggetta alla legge, come qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento giuridico, purché la legge sia costituzionalmente legittima, di talché l'argomento vero resta quello letterale. Il vero problema è, anche per Modugno, che la legge 87 era già stata modificata in due occasioni quanto l'Autore metteva mano alla sua nota. Nella prima (la modifica all'art. 7, legge 87/1953 operata con la legge 311/1958), e qui l'osservazione pare ragionevole, però, non si è modificata una parte della legge 87 che riguardava l'esercizio delle fun-

Anche Panunzio ritiene che la legge 87 abbia una natura atipica perché l'art. 1, legge cost. 1/1953 la individua esplicitamente, con la precisazione che essa ha per oggetto il funzionamento della Corte costituzionale e non anche la sua costituzione, che deriva dalla formulazione letterale dell'art. 1, legge cost. 1/1953⁷⁷.

Cerri⁷⁸ ha ritenuto che il vero significato dell'art. 1, legge cost. 1/1953 non sia tanto quello di esprimere la cristallizzazione del contenuto storico della legge 87 quanto piuttosto quello di evitare che questa materia fosse dispersa in un nugolo di *leges fugitivae*⁷⁹.

zioni della Corte costituzionale ma si è regolata la sorte dei professori universitari cessati dalla carica di giudice costituzionale in relazione alla loro riammissione in ruolo. Nel secondo caso, legge 20/1962, invece, Modugno ritiene che l'esercizio delle funzioni della Corte costituzionale in materia di giustizia penale potesse essere oggetto di un nuovo intervento del legislatore non essendovi ancora stato nessun esempio concreto di esercizio di quella funzione, sicché anche il nuovo intervento del legislatore poteva essere considerato di prima attuazione. Questo argomento appare meritevole di una qualche riflessione perché nel pensiero di Modugno "prima attuazione" è il modo con cui il legislatore costituzionale del 1953 cristallizza la natura della legge 87, ovvero ha un significato "normativo" e non meramente "descrittivo". Altro valore avrebbero potuto avere le riflessioni di Modugno se questi avesse avuto sotto mano la legge cost. 2/1967 che modificando l'art. 135, Cost. abroga le norme della legge 87/1953 che vi si ponevano in contrasto. Difatti, questa norma sembra confermare la natura materialmente costituzionale della legge 87/1953 che, infatti, viene abrogata da una legge che ha la stessa efficacia della legge costituzionale che attribuisce forza di legge costituzionale alla legge 87.

⁷⁷ S. PANUNZIO, *I regolamenti della Corte costituzionale*, cit., part. 172 e ss.

⁷⁸ A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., part. 25 e ss. La soluzione era già in V. Crisafulli, *Postilla a R. Chieppa, Sulle questioni di legittimità costituzionale sollevabili incidentalmente dalla Corte costituzionale e sulla «gratuità assoluta degli atti» del procedimento davanti alla Corte*, in *Giur. cost.*, 1965, part. 1221. Il ragionamento sviluppa il collegamento fra predeterminazione delle regole processuali e indipendenza della Corte che si trova accennato in Corte cost. 38/1957.

⁷⁹ Sembra, se si è ben compreso il suo pensiero, orientato in questi termini anche Pizzorusso (A. PIZZORUSSO, *La restituzione degli atti al giudice a quo nel processo costituzionale incidentale*, Milano – Giuffrè, 1965, part. 96), per il quale mentre sarebbe certo che la legge 87 non è una legge costituzionale, sarebbe altrettanto ragionevole dubitare che si tratti di una legge ordinaria esattamente come le altre (vedi, sul punto, A. M. SANDULLI, *La potestà regolamentare nell'ordinamento vigente*, in *Foro it.*, 1958, IV, 57). Si può, peraltro, aggiungere che nel pensiero di Sandulli (Id., *Sulla posizione della Corte costituzionale nel sistema degli organi supremi dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1960, 719 e 721) il potere di normazione primaria esercitato dalla Corte discende direttamente dalla Costituzione. A questo proposito, per completezza di nota, F. Colonna (F. COLONNA, *Ancora sul regolamento generale della Corte costituzionale*, in *Dem. e dir.* 1966, 259 e ss., ma già ID., *Considerazioni sul regolamento generale della Corte costituzionale*, ivi, 73 e ss.) ha ritenuto che le norme regolamentari poste dalla Corte costituzionale dovessero essere considerate incostituzionali perché il fatto che la Corte eserciti le proprie funzioni secondo uno schema giurisdizionale presupporrebbe la competenza esclusiva del legislatore costituzionale nella disciplina del processo costituzionale. Interessante, la posizione di F. Russo (F. RUSSO, *Profili giuridici dei regolamenti della Corte costituzionale*, in *Riv. amm.*, 1973, part. 947) per la quale la posizione della Corte costituzionale nel sistema degli organi supremi dello Stato, la sua posizione di indipendenza, la previsione dell'art. 5, Cost. tesa a valorizzare l'autonomia (questa norma costituzionale viene aspirata nel circuito della Forma di Governo da quello della Forma di Stato nel pensiero che si rammenta e forse l'operazione non trova una giustificazione analitica), nonché la crisi della legge come strumento di normazione generale e astratta fa-

Dopo questi autori, il problema del ruolo ricoperto dalla legge 87 nel sistema delle fonti sulla giustizia costituzionale ha perso il suo smalto diventando un argomento di grande spessore dogmatico e teorico ma di minimo impatto pratico⁸⁰.

Per Carnevale⁸¹, la legge 87/1953 si porrebbe sostanzialmente sullo stesso piano delle Norme Integrative e questo rapporto si chiarirebbe come “intercessione operativa” in cui alle seconde spetterebbe una libertà di movimento assai più ampia che non alla prima, potendo le stesse intervenire *praeter legem* ma non potendo però generare antinomie⁸².

Il Ruggeri delle *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*⁸³ osserva che solo una volta il legislatore sarebbe intervenuto a modificare il contenuto di una norma regolamentare emanata dalla Corte costituzionale e lo ha fatto con legge costituzionale (si tratta della legge cost. 2/1967, di modifica dell'art. 135, Cost. che al suo quarto comma vieta la *prorogatio* che, invece, era prevista nel regolamento generale della Corte costituzionale⁸⁴).

Un tanto sarebbe sufficiente a riconoscere l'esistenza di un'autonomia normativa di rilievo costituzionale.

Spadaro⁸⁵ ritiene il sistema delle fonti in materia di giustizia costituzionale un “complesso disorganico”⁸⁶, che andrebbe ricostruito in sistema, conside-

rebbero sì che le norme sul funzionamento della Corte costituzionale debbano essere poste dalla stessa Corte costituzionale rispetto alla cui autonomia normativa la legge 87 sarebbe subordinata.

⁸⁰ In questi termini, F. DAL CANTO, sub art. 137, cit., 2677.

⁸¹ P. CARNEVALE, «Ecce iudex in ca(u)sa propria»: *ovvero della Corte-Legislatore dinanzi alla Corte-Giudice (prime riflessioni sulla posizione della giurisprudenza della Corte costituzionale intorno al problema della natura delle norme di autoregolamentazione dei propri giudizi nel quadro del dibattito dottrinario)*, in P. COSTANZO (ed.), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, cit., 37 e ss.

⁸² Il rapporto di “intercessione operativa” si comprende nella distinzione operata dall'Autore con il concetto di “intercessione funzionale” che presuppone la fissazione astratta degli ambiti entro cui sono destinate ad operare le diverse discipline (come era tipico nel rapporto fra legge cornice e legge regionale nelle materie di legislazione concorrente prima della riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione) (P. CARNEVALE, op. cit., part. 54). Il problema di questa ricostruzione è che, per quanto si voglia ricondurre, secondo lo schema di Grosso, la potestà normativa della Corte a una decisione della Corte stessa che ha il valore di una norma sulla produzione, suona assai poco estetico che una fonte richiamata da un'altra fonte possa modificare la norma che formalmente la istituisce.

⁸³ A. RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, I. *L'ordinazione in sistema*, Torino – Giappichelli, 1993, part. 197.

⁸⁴ L'abrogazione è comandata in forma implicita dall'art. 7, legge cost. 2/1967, che dispone l'abrogazione espressa dell'art. 3, primo comma, legge cost. 1/1948, degli artt. 3, 4 e 10, legge cost. 1/1953 e degli artt. 3, primo e secondo comma, 6, quarto comma, legge 87 nonché di ogni altra disposizione contraria o incompatibile con il contenuto della legge cost. 2/1967. Fra le disposizioni contrarie e incompatibili cadeva anche l'art. 18, reg. gen. che, appunto, regolava la *prorogatio*.

⁸⁵ A. SPADARO, *Sulla razionalizzazione del potere di autonormazione interna della Corte costituzionale*, in P. COSTANZO (ed.), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, cit., 69 e ss. Spadaro, da ultimo (A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (Notazioni ricostruttive)*, cit., part. 140), ha spinto questa idea fino all'estremo di

rando come convenzionalmente acquisito che la riserva di legge riguardi esclusivamente la disciplina sulla *costituzione* della Corte e che invece sia riservata alla Corte la disciplina del *funzionamento* e quindi anche la definizione del *procedimento*. Sarebbe opportuno eliminare la distinzione lessicale fra regolamento e norme integrative, utilizzando esclusivamente l'espressione *regolamento* e i regolamenti andrebbero distinti fra quello sulla procedura e quelli sull'amministrazione, dando adeguata pubblicità a tutti questi atti.

Ruggeri e Spadaro, nel loro manuale⁸⁷, sostengono che esisterebbe una sorta di attribuzione naturale (nel senso del diritto naturale) che ha per oggetto il potere di autonormazione degli organi costituzionali. Questo diritto consentirebbe alla Corte di disciplinare autonomamente la propria organizzazione in quegli spazi in cui l'intervento del circuito Parlamento – Governo determinerebbe una interferenza. Al contrario, solo il legislatore costituzionale può definire lo spazio che la Corte occupa nel sistema e questo equivale, se si è ben compreso il pensiero degli Autori, a definire le modalità di accesso alla giustizia costituzionale. La legge 87, che non potrebbe essere distinta in alcun modo da qualsiasi altra legge ordinaria in materia costituzionale, stabilirebbe ciò che era necessaria per la costituzione della Corte e il suo primo funzionamento. Già questi principi entrerebbero in contrasto con il concreto assetto degli atti normativi sulla giustizia costituzionale dal momento che sia i conflitti intersoggettivi che quelli interorganici sono regolati dalla legge ordinaria e non dalla legge costituzionale. In definitiva “di fronte alla sostanziale e sconcertante asistematicità del complesso di tali fonti, ragioni di buon senso e di economia processuale inducono ad auspicarne quanto meno e senz'altro una radicale razionalizzazione”⁸⁸.

Uno spunto di grande interesse è in Garofoli⁸⁹, il quale sostiene che fra l'art. 1, legge cost. 1/1953 e l'art. 14, N.I. vi sarebbe un rapporto di mutua

una complessiva opera di sistemazione della disciplina sulla Corte da parte della Corte stessa cui “conviene “auto-normare” [id est: limitare] la quasi sconfinata panoplia di tipi e sottotipi di decisioni che usa, piuttosto che in sua vece lo faccia il Parlamento, nella forma che più gli aggrada/ rassicura – plausibilmente la legge costituzionale – e nella sostanza, temo, solo per contenere *pro domo sua* i poteri del Giudice delle leggi. Se la Corte – auto-regolamentandosi – saprà razionalizzare le sue procedure e saprà, dunque, auto-limitarsi, allora si potrà ancora parlare di fisiologica “evoluzione” (e non involuzione) nel rapporto fra Corte e Parlamento”.

⁸⁶ Id., *Sulla razionalizzazione del potere di autonormazione interna della Corte costituzionale*, cit., part. 77.

⁸⁷ A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino – Giappichelli, 2019, 41 e ss., dove vale la pena di osservare, per la colta delicatezza del richiamo, è citata l'espressione che fu di D'Orazio: la genesi della Corte costituzionale.

⁸⁸ Id., op. cit., part. 52. Nella conclusione si avverte l'inerzia della riflessione avviata da Spadaro nella sua relazione al convegno di Imperia del 1993.

⁸⁹ R. GAROFOLI, *Sulla sindacabilità in sede di giudizio di legittimità dei regolamenti della Corte costituzionale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1997, 665.

implicazione tale per cui il primo non potrebbe essere interpretato indipendentemente dall'altro, il coordinamento fra le due norme farebbe sorgere un rischio di interferenze che si potrebbe risolvere solo considerando la legge 87 come una legge che poteva essere emanata una sola volta dal Parlamento e prima dell'entrata in funzione della Corte⁹⁰.

Dal Canto considera le fonti sulla giustizia costituzionale un "caotico insieme di norme adottate non senza disarmonie"⁹¹, la prima delle quali è che se la riserva di legge costituzionale di cui all'art. 137, primo comma, Cost. ha come fine quello di sottrarre la giustizia costituzionale al predominio del circuito Parlamento – Governo che si manifesta nel procedimento legislativo ordinario, la conseguenza sarebbe che tale riserva dovrebbe essere assoluta, ma, al contrario, ragioni di opportunità pratica rendono inevitabile ricostruire la riserva come relativa⁹².

Dal Canto distingue fra coloro che hanno considerato la legge 87 come una legge *una tantum* e quelli che invece la considerano espressione di un potere che poteva essere esercitato *uno actu* e sembra arrivare a condividere la conclusione che la natura della legge 87 impedisca di considerare completamente definita la dinamicità dell'oggetto che è chiamata a regolare⁹³, affidando però la disciplina di questo oggetto al complesso intersecarsi di eventuali novelle alla legge 87 con le norme integrative.

⁹⁰ Id., *op. cit.*, part. 689, nota 43. Lo spunto è indubbiamente assai suggestivo e proviene da Elia, il quale, nel suo saggio *Sentenze interpretative di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, cit., aveva avuto modo di sostenere che vi sono delle norme (si trattava dell'art. 30, legge 87) che nel dare attuazione a una disposizione costituzionale (l'art. 136, Cost.) ne ridefiniscono e raffinano il contenuto normativo al punto che la portata normativa delle due disposizioni diventerebbe inscindibile. A sommo avviso di queste pagine, l'osservazione pare avere un valore più descrittivo che normativo perché sembra difficile ammettere in astratto che una disposizione che dà attuazione alla Costituzione possa integrare il contenuto normativo della Costituzione senza violare la Costituzione stessa che vale non solo per ciò che consente ma anche nella misura in cui lo consente.

⁹¹ Id., *op. cit.*, part. 2677.

⁹² Per questo Autore, il problema di definire la natura relativa o assoluta della riserva di cui all'art. 137, primo comma, Cost., in fondo, coincide con l'ambito di estensione di tale riserva, perché se si interpreta l'espressione *forme, termini e condizioni di proponibilità* come limitata all'accesso alla giustizia costituzionale allora la riserva deve essere considerata assoluta, altrimenti se la riserva riguarda in generale la grammatica processuale il cui corretto svolgimento è affidato alla Corte la riserva deve essere interpretata come relativa. La soluzione sarebbe la seconda per effetto di una piana interpretazione dell'art. 1, legge cost. 1/1953 che non distingue fra le diverse attribuzioni.

Il punto è che la disciplina sull'accesso alla giustizia costituzionale non può essere definita dal giudice costituzionale perché determina la posizione della Corte costituzionale nel sistema ma è esattamente la posizione della Corte nel sistema come definita dalle norme sull'accesso che consente alla Corte di ricostruire il proprio diritto processuale attraverso delle norme che hanno la natura di *interna corporis*.

⁹³ Id., *op. cit.*, part. 2680.

Infine, Malfatti⁹⁴ considera la legge 87 una legge come tutte le altre, rispetto alla quale il legislatore potrebbe intervenire con interventi più o meno puntuali diretti ad adeguarla al mutato contesto, interventi che, però, sarebbero resi progressivamente sempre più difficili dalla forza che ha acquistato la Corte costituzionale nella gestione del proprio processo e nella definizione, anche per via astratta, della propria grammatica processuale⁹⁵.

In definitiva, resta il vero nodo della questione, che è un nodo collegato alla posizione della Corte nel sistema: fino a che punto la posizione di autonomia costituzionale della Corte è in grado di degradare, non in via di fatto, ma dal punto di vista di una ragionevole ricostruzione degli equilibri costituzionali, l'autorità della legge 87? Il valore della legge 87 può essere dedotto dalla necessità (logica prima che giuridica) che il processo costituzionale sia disciplinato da una legge sottratta al controllo della Corte? O, forse, si deve prendere atto che la Corte è arbitra della grammatica processuale attraverso la quale definisce la propria identità costituzionale? E se la Corte gode di un'ampia autonomia con riferimento alle regole processuali che è chiamata ad applicare, questa autonomia trova il proprio contrappeso nella possibilità di un intervento del circuito Parlamento – Governo teso a correggerne eventuali eccessi?

6. Il motore di avviamento della giustizia costituzionale è l'indirizzo politico costituzionale

Le considerazioni che si sono svolte permettono di formulare delle conclusioni e, per una volta, si può ritenere che il sistema, almeno con riferimento alla legge 87, si sia assestato in termini tali da non lasciar prevedere particolari evoluzioni.

La prima di queste conclusioni è che l'efficacia e il valore della legge 87 sono strettamente interconnessi e dipendono dalla interpretazione degli artt. 137, Cost. e 1, legge cost. 1/1953 piuttosto che dalle regole generali sulla produzione delle norme giuridiche e il loro valore nel sistema delle fonti.

Ci si è chiesti all'inizio di queste pagine se gli artt. 137, Cost. e 1, legge cost. 1/1953 dovessero essere interpretate come norme speciali sulla produ-

⁹⁴ Vedi E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino – Giappichelli, 2007, 42.

⁹⁵ E un tanto può essere considerato una ulteriore manifestazione del suprematismo della Corte denunciato da un'attenta dottrina: A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.* 2019, 251 ss.; ID., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *www.federalismi.it* 12/2021, 170 ss. Criticamente, D. TEGA, *La corte nel contesto. Percorsi di riaccostamento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna 2020; R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, *Quad. cost.* 2019, 757 ss. ed E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, *ivi* 777 ss.

zione del diritto o come norme che concorrono alla definizione dello spazio occupato dalla Corte costituzionale nella Forma di Stato e in quella di Governo.

Questo è uno dei casi che dimostrano con chiarezza come ciascuna norma sulla produzione è in realtà una norma che concorre al principio di separazione fra i poteri.

L'art. 1, legge cost. 1/1953 innova sulla riserva di competenza formulata dall'art. 137, Cost. L'interpretazione astratta dell'art. 137, Cost. assegna un ruolo distinto alla legge costituzionale e alla legge ordinaria: la prima deve definire il modo di accesso alla giustizia costituzionale e, perciò, determina i presupposti del suo diritto processuale nella dinamica dei bisogni di giustizia costituzionale che è chiamato a soddisfare. La seconda ha il compito di fissare le altre norme necessarie per la costituzione e il funzionamento della Corte costituzionale, completando sul piano processuale – della procedura, verrebbe da specificare – la grammatica della Corte.

Questo scenario apparentemente ordinato è complicato dall'art. 1, legge cost. 1/1953 che pone la Costituzione, le leggi costituzionali 1/1948 e 1/1953, la legge 87 sullo stesso piano. Sono tutte norme che vincolano l'esercizio delle funzioni della Corte costituzionale e, perciò, concorrono a definirne la posizione nel sistema.

Il principio di competenza diventa gerarchia, per quanto sia possibile distinguerli nella circolarità che caratterizza qualsiasi tentativo di ricostruzione del sistema delle fonti.

Il valore della riserva di legge costituzionale di cui all'art. 137, primo comma, Cost. è – dal punto di vista storico – nell'affermazione che il lavoro dell'Assemblea Costituente non poteva essere considerato terminato con riferimento alla giustizia costituzionale, che vi era la necessità di completare nel più breve tempo possibile il tessuto della Costituzione indicando le modalità di accesso al giudice della legittimità costituzionale. Sono le ragioni che inducevano il gruppo democristiano a ritenere inaccettabile il tentativo di rinvio operato dal socialista Arata.

In questo senso il complesso intarsio fra le fonti sulla giustizia costituzionale, e perciò il ruolo assegnato alla legge 87 resta dominato dalla necessità di dare attuazione alla Costituzione, di trasformarla in norma, sicché in questo caso non vi è spazio per il libero e inquieto dimenarsi dell'indirizzo politico, l'indirizzo politico non trova la Costituzione come limite negativo, o come cristallizzazione di una volontà irretrattabile, ma come obiettivo positivo, di talché tutte le fonti sulla giustizia costituzionale concorrono allo stesso scopo, si trovano in un rapporto di intercessione sistematicamente reciproca.

Questo bisogno è espressione di indirizzo politico costituzionale ed è chiaramente espresso nell'art. 1, legge cost. 1/1953 nel momento in cui definisce

la legge 87 come legge di “prima attuazione” non tanto per individuarla nominativamente ma per definirne lo scopo: essa serve a consentire alla Costituzione di diventare norma vincolante attraverso gli atti del proprio custode.

Nel definire le norme necessarie a far sì che la Costituzione sia norma vincolante, il circuito Parlamento – Governo non incontra un limite negativo nel testo costituzionale, ma, al contrario, svolge una funzione che è necessaria ed inevitabile.

Questo significa “prima attuazione” e, in questo senso, l’utilizzo di questa espressione non attribuisce alla legge 87 una natura atipica: essa è una legge ordinaria che può essere modificata e dichiarata incostituzionale esattamente come ogni altra legge ordinaria.

La legge 87, nella interpretazione dell’art. 1, legge cost. 1/1953 che si è data, è “la” legge di prima attuazione della Costituzione e della legge cost. 1/1948: il motore di avviamento della giustizia costituzionale, come si è più volte scritto.

“La” legge di prima attuazione significa che è solo questa: non ce ne possono essere altre, la giustizia costituzionale ha bisogno di certezze e una certezza è anche quella che riguarda il luogo normativo che genera la grammatica processuale utilizzata dalla Corte per addivenire alle sue decisioni.

Questo luogo è la legge 87, che però può (deve) essere emendata, modificata, integrata, etc., come è accaduto più volte e come è opportuno che continui ad accadere, con l’unica eccezione dei referendum e dei giudizi di accusa che, però, davvero sono attribuzioni in un certo senso eccezionali e non troppo nelle corde di una Corte della legittimità costituzionale, sicché non può essere considerato oltremodo significativo che i giudizi di accusa siano regolati dalla legge 20/1962 e il giudizio di ammissibilità del referendum dalla legge 352/1970.

“Prima” non vuol dire solo la numero 1, significa anche non ultima, non 2, 3, 4 e così via. Vuol dire che la legge 87 contiene le norme che consentono la prima attuazione del sistema di giustizia costituzionale, ma che accanto a queste norme ce ne potranno essere delle seconde, delle terze e così via.

Tali ulteriori interventi provengono “naturalmente” dall’autonomia costituzionale della Corte alle cui Norme Integrative, secondo l’impostazione di Corte cost. 88/1986, spetta il compito di completare il contenuto della legge 87 che, nello spirito dell’art. 137, secondo comma, Cost., dovrebbe contenere tutte le disposizioni necessarie perché la Corte possa funzionare, sicché ogni volta che ci si avvede di una lacuna nella legge 87, questa lacuna vale, ai sensi dell’art. 137, secondo comma, Cost., come incostituzionalità della stessa e, perciò, consente alla Corte costituzionale di intervenire.

Il fondamento del potere normativo della Corte costituzionale, in questo caso, si rintraccia nella incostituzionalità della legge 87 con riferimento all’art.

137, secondo comma, Cost. e, a ben vedere, dell'art. 134, Cost. La Corte deve poter esercitare le proprie attribuzioni in modo da assicurare il massimo livello di attuazione possibile alla Carta costituzionale.

Ma le Norme Integrative, e più in generale tutti i regolamenti che la Corte emana nell'esercizio della propria autonomia costituzionale, non sono solo questo, sono anche lo strumento con cui la Corte si rende effettivamente indipendente dagli altri poteri⁹⁶, secondo uno schema che è comune a tutti gli organi costituzionali e che merita di essere ripensato nella parte in cui lo si ricava direttamente dal principio di separazione dei poteri, secondo un metodo che deve partire dal presupposto per cui il nucleo dell'autonomia costituzionale sta nella capacità di ciascun organo costituzionale di definire la propria identità in rapporto agli altri poteri dello Stato.

La Corte costituzionale esercitando la propria autonomia costituzionale costruisce una grammatica processuale di cui sono parte essenziale i presupposti di accesso alla giustizia costituzionale e l'efficacia delle sue decisioni, ovvero definisce la sua identità attraverso il processo, che, perciò, per un organo costituzionale non può essere completamente eteroposto.

Anche qui è indirizzo politico costituzionale perché le Norme Integrative condividono la stessa sostanza della legge 87: hanno come obiettivo l'attuazione piena della Costituzione e non considerano la Costituzione come un limite negativo alla discrezionalità che viene espressa nell'atto di sintesi normativa: la legge 87 costituisce, perciò, la prima attuazione delle norme costituzionali sulla giustizia costituzionale nel senso di un motore di avviamento che mette in moto il motore e gli consente di iniziare a marciare.

Norme Integrative e legge 87 si collocano allo stesso livello nel sistema delle fonti: attraverso le Norme Integrative la Corte completa (talvolta corregge) il contenuto della legge 87 e questo perché la Corte è l'unico organo che applica in maniera definitiva, con l'efficacia *pro iudicato* di cui all'art. 136, Cost., la propria grammatica processuale, ma, nello stesso tempo, il legislatore può ("eccezionalmente") intervenire sulla legge 87 per correggere gli eventuali eccessi della Corte e deve intervenire ogni volta che muti il contesto che definisce il valore di una determinata attribuzione della Corte, come è accaduto con la legge 20/1962, e le sue successive modifiche, con la legge 352/1970 e con la legge 131/2003. Il legislatore, il circuito Parlamento – Governo, serve per mettere in moto il sistema della giustizia costituzionale ma una volta avviata la Corte va da sé, fino a che non c'è bisogno di spegnere e riaccendere il motore, magari per fare benzina, è il caso normale, o perché il

⁹⁶ P. BARILE, *La Corte costituzionale come organo sovrano. Implicazioni pratiche*, cit. La tesi sarà sviluppata da Sandulli negli scritti che si sono citati alla nota 75.

motore mostra dei segni di cedimento, vibra in maniera anomala e ha bisogno del suo meccanico.

E', anche in questo caso, una questione di equilibrio fra i poteri: Norme Integrative e legge 87 devono trovarsi sullo stesso piano per assicurare che nessuno dei due poteri, la Corte e il Parlamento, si trovi in una posizione superiore all'altro e questo equilibrio appare virtuoso perché consente alla Corte di mitigare con la propria esperienza le eventuali sviste o manchevolezze del legislatore ma consente anche al legislatore di correggere la Corte ove la sua sintassi processuale sfumasse in un futurista suprematismo giudiziario.

Ma vi è da dire anche un'altra cosa: se il sistema si fosse assestato nel senso che probabilmente aveva guidato la formulazione dell'art. 1, legge cost. 1/1953 ponendo la legge di prima attuazione delle norme costituzionali in materia di giustizia costituzionale a un livello superordinario, questo avrebbe determinato la rigidità del processo costituzionale, come se le norme di procedura fossero fissate in una legge costituzionale, il prezzo che il sistema avrebbe pagato sarebbe stato assai alto, perché si sarebbe sacrificata l'autonomia costituzionale della Corte e la sua stessa definizione come organo costituzionale.

Il senso degli *interna corporis* è la capacità di ciascun organo costituzionale di definire la propria identità senza interferenze da parte degli altri organi costituzionali e di ciascun altro potere. L'essenza di un organo costituzionale è partecipare alla sovranità in una posizione pariordinata con gli altri organi costituzionali e questo può essere unicamente se ciascun organo costituzionale non subisce alcuna interferenza nel definire il modo in cui esercita le proprie attribuzioni.

È quello che accade al Parlamento, o meglio a ciascuna delle Camere, con riferimento alla propria organizzazione e funzionamento, ma lo stesso vale anche per la Corte costituzionale solo che i "regolamenti parlamentari" della Corte non regolano le Commissioni in sede redigente ma lo svolgimento della Camera di consiglio, per semplificare il ragionamento con due esempi.

Nel momento in cui la riserva di legge costituzionale di cui all'art. 137, primo comma, Cost. ha per oggetto unicamente l'accesso alla giustizia costituzionale e la legge cost. 1/1948 regola l'accesso alla giustizia costituzionale per le questioni di legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge, il valore normativo della legge cost. 1/1953 sta nell'aver ampliato l'accesso alla giustizia costituzionale con riferimento all'ammissibilità dei referendum, da una parte, e, dall'altra, non certo nel rinviare alla legge 87 per le "altre" norme necessarie per la costituzione e il funzionamento della Corte, il che sarebbe stato possibile semplicemente secondo la lettera dall'art. 137, secondo comma, Cost., ma piuttosto per consentire alla legge 87 di intervenire nel campo della riserva di cui al primo comma, come avviene tipicamente at-

traverso l'art. 23, per quanto riguarda il giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, ovvero per i conflitti fra poteri e fra enti. Ma anche per limitare la potenziale e futurista arroganza della Corte attraverso l'art. 28.

La legge 87, perciò, è espressione di indirizzo politico costituzionale⁹⁷, uno dei significati forti dell'art. 1, legge cost. 1/1953 è nel portare l'accesso alla giustizia costituzionale nel campo dell'indirizzo politico costituzionale che è quello in cui si muovono inevitabilmente le Norme Integrative che sono necessarie perché la disciplina del processo costituzionale non può essere rimessa all'arbitrio del circuito Parlamento - Governo e la disciplina sulla Corte costituzionale non può essere oggetto di mero indirizzo politico che presuppone l'attuazione della Costituzione nelle sole parti che sono congeniali alla maggioranza⁹⁸. Per la Corte costituzionale, la Costituzione deve essere attuata tutta e, di qui, nei regolamenti della Corte costituzionale e nella funzione di emendamento correttivo – suppletivo che le Norme Integrative sono chiamate a svolgere, il definirsi progressivamente di una funzione di indirizzo politico costituzionale per cui nel sistema della giustizia costituzionale l'intera Costituzione, e non solo quella che le forze di maggioranza trovano più vicina al loro sentire, deve trovare attuazione.

Se la legge 87 è espressione dell'indirizzo politico, costituzionale, allora, non è possibile negare che la stessa debba essere oggetto del sindacato di legittimità costituzionale affidato alla Corte costituzionale, alla quale, perciò, è affidata una disciplina pienamente autonoma per tutto ciò che non riguarda l'accesso alla giustizia costituzionale, che è un ambito materialmente costituzionale perché individua i limiti della competenza della Corte e un organo costituzionale che fosse arbitro della propria competenza godrebbe di sovranità costituente.

In questo contesto interpretativo, gran parte della legge 87 è “prima attuazione” delle norme costituzionali sulla giustizia costituzionali nel senso in cui furono “prima attuazione” delle norme statutarie sul parlamento i regolamenti parlamentari predisposti nel 1848 dal Governo Balbo e che avevano come scopo unicamente quello di consentire alla Camera e al Senato di costituirsi e di iniziare a funzionare, non certo di usurpare le attribuzioni statutarie del Parlamento.

⁹⁷ Fra le tesi di Barile quella sull'indirizzo politico costituzionale, espressa oltre che in P. Barile, *La Corte costituzionale come organo sovrano. Implicazioni pratiche*, cit., in Id., *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, cit., è una delle meno fortunate e delle più criticate, si veda E. Cheli, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano – Giuffrè, 1961, part. 109.

Questa tesi, però, con riferimento alle Norme Integrative, appare davvero fortunata e assai calzante.

⁹⁸ E questo vale particolarmente per la disciplina di prima attuazione che nasce da un connubio assai perverso fra giustizia costituzionale e logica maggioritaria.

La legge 87, perciò, può essere considerata cedevole rispetto all'autonomia regolamentare della Corte, per la quale l'intero diritto processuale deve essere considerato come un *interna corporis*, con l'estrema precisazione che anche la materia dell'accesso può essere oggetto di una questione di legittimità costituzionale.

L'art. 137, secondo comma, Cost. acquista un ulteriore significato normativo: tutte le norme che concorrono a disciplinare la costituzione e il funzionamento della Corte costituzionale devono avere valore primario e, perciò, hanno forza di legge, perché il sistema si è assestato attraverso l'attribuzione all'indirizzo politico di maggioranza del compito di fissare queste norme e la correzione – completamento di tali norme per effetto dell'autonomia regolamentare della Corte che costituisce esercizio della funzione di indirizzo politico – costituzionale⁹⁹ e si trova sullo stesso piano della legge di “prima attuazione”.

In questo complesso disegno che si è cercato di tratteggiare, e che trova posto grazie a una immagine meccanica, il posto della legge 87 nel sistema delle fonti è quello proprio della legge ordinaria: si trova immediatamente al di sotto della Costituzione e ha il compito di darvi attuazione¹⁰⁰.

Nello stesso tempo, la legge 87 può essere corretta ed emendata per effetto delle Norme Integrative poste dalla Corte costituzionale e attraverso le quali la Corte completa e definisce la propria grammatica processuale.

Il rapporto fra legge 87 e Norme Integrative si rivela come una reciproca intercessione sistematica, nella quale se la Corte può intervenire sul tessuto della legge 87, non tanto correggendone le previsioni, quando lo ha fatto, lo ha fatto con estrema timidezza e in aspetti marginali¹⁰¹, quanto piuttosto per

⁹⁹ La Corte costituzionale ha sempre negato (Corte cost. 572/1990, su cui D. NOCILLA, *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale e valore di legge in una insoddisfacente dichiarazione di inammissibilità*, in *Giur. cost.*, 1990, 3222, e ord. 185/2014, su cui D. DE LUNGO, *Brevi note a margine della (confermata) insindacabilità delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it, 2014) che le Norme Integrative possano essere sottoposte a sindacato di costituzionalità, siccome prive di forza di legge. In realtà, sono prive dell'attitudine a formare oggetto del sindacato della Corte costituzionale perché un auto-sindacato di legittimità costituzionale assomiglia all'essere psicoanalisti di un proprio familiare. Non è solo deontologicamente vietato, è anche profondamente sciocco.

¹⁰⁰ Qui davvero ci si avvicina ai decreti legislativi di attuazione degli statuti speciali per i quali l'autonomia garantita alle Regioni a statuto speciale vale come un obiettivo positivo e non come un limite negativo.

¹⁰¹ L'esempio è quello del termine per la costituzione nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale che, per l'art. 25, secondo comma, legge 87 è di venti giorni dalla notificazione dell'ordinanza di cui all'art. 23, ultimo comma, mentre per l'art. 3, N.I. i venti giorni decorrono dalla pubblicazione della ordinanza sulla Gazzetta Ufficiale. Se si tiene conto che l'ordinanza viene pronunciata dal giudice a quo, deve essere comunicata alle Parti e trasmessa alla Corte dalla sua cancelleria, si ha che la decorrenza del termine dalla comunicazione dell'ordinanza avrebbe avuto come conseguenza la costituzione della parte nel processo costituzionale prima che il fascicolo fosse for-

adeguare la disciplina del processo costituzionale allo spirito dei tempi¹⁰², il legislatore mantiene il potere di modificare la legge 87 e questo può accadere sia nel caso in cui mutino i presupposti di accesso alla giustizia costituzionale (il caso della legge La Loggia), sia nel caso in cui vi sia una maggiore riflessione sulle modalità di esercizio delle attribuzioni affidate alla Corte (è il caso della legge 20/1962), ma può anche essere il caso di una novella che vada a mitigare la grammatica processuale impostata dalla Corte ove questa fuoriesca dai propri confini.

Il sistema, insomma, si è assestato progressivamente trovando la propria quiete in un assetto che può sembrare irragionevole sul piano della teoria delle fonti ma che rivela tutta la propria saggezza sul piano del principio di separazione fra i poteri e soprattutto nella definizione dell'autonomia costituzionale della Corte.

Un sistema che parla di indirizzo politico costituzionale e che si spiega con questa antica e sinora sfortunata nozione o, se si vuole, con l'immagine del motore di avviamento che è necessario sia per far partire il sistema che per rimetterlo in marcia quando questo si rende necessario.

mato, prima della iscrizione a ruolo che sul piano della meccanica processuale è il vero momento in cui, per il giudice, la controversia viene ad esistere. In altre parole, l'art. 25, legge 87 è stato corretto dall'art. 3, N.I. per consentire un funzionamento del processo costituzionale più agile.

¹⁰² È quello che è accaduto con le Norme Integrative come deliberate il 22 luglio 2021, sulle quali vedi sopra.

A PROPOSITO DELLA CONVERSIONE IN LEGGE DEL DECRETO
CUTRO: NUOVE STRATEGIE PER VECCHIE TENTAZIONI?

MATTEO LOSANA*

Sommario

1. La prassi: conversioni «Minotauro» e «catene» di decreti-legge. – 1.1. Le critiche alla prassi. – 2. Le (nuove) prospettive: la conversione in legge del c.d. decreto Cutro. – 2.2. Le critiche alle (nuove) prospettive. – 3. Conclusioni.

Abstract

The essay focuses on the process of converting the so-called "Cutro decree" into law, in which some new procedural strategies seem to emerge, adding to the already established distorted practices regarding urgent legislation (such as Minotaur conversions and chains of decree-laws), further distancing the decree-law from the constitutional model.

Suggerimento di citazione

M. LOSANA, *A proposito della conversione in legge del decreto Cutro: nuove strategie per vecchie tentazioni?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2023. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Professore associato di Diritto costituzionale presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino.
Contatto: matteo.losana@unito.it

1. La prassi: conversioni «Minotauro» e «catene» di decreti-legge

La conversione in legge del c.d. decreto Cutro (decreto-legge del 10 marzo 2023, n. 10, recante “Disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all’immigrazione clandestina”) sembra riproporre – in forme, almeno in parte, nuove – alcuni classici nodi problematici riguardanti la decretazione d’urgenza. Durante i lavori per la conversione in legge del decreto sono infatti emerse alcune “strategie procedurali” che, affiancandosi alle controverse tecniche normative che si sono consolidate nelle ultime legislature, rischiano di allargare ulteriormente lo scarto che, sul terreno della decretazione d’urgenza, già separa la prassi dal modello costituzionale¹.

In un saggio del 2009 Zaccaria e Albanesi, analizzando la produzione normativa del Governo nel corso della XVI legislatura, segnalavano – con preoccupazione – non solo il ruolo sempre più «preponderante»² dei decreti-legge rispetto alle altre fonti primarie, ma anche la sempre più accentuata tortuosità delle tecniche normative utilizzate per la produzione e la conversione in legge dei medesimi decreti. Per gli Autori, quelle segnalate non erano innocue tortuosità rilevanti esclusivamente sul versante della prassi normativa, bensì vere e proprie «anomalie»³ non facilmente conciliabili con il modello di decretazione d’urgenza disegnato dalla nostra Costituzione. Tra le tecniche normative segnalate merita una menzione particolare – anche per l’abbondanza di esempi rintracciabili negli anni più recenti - quella dei c.d. decreti-legge «a perdere», meglio conosciuti come decreti «Minotauro»⁴ o «matrioska»⁵. Si tratta di una tecnica in forza della quale la legge di conversione di un decreto-legge ingloba (e spesso abroga, salvandone altresì gli effetti) un altro decreto-legge, destinato a non essere più convertito in legge (per questa ragione denominato decreto-legge «a perdere»). Dinanzi a «cate-

¹ Sul terreno della decretazione d’urgenza, la storia dello scarto tra la prassi e il modello costituzionale è lunga e ben documentata. Per uno sguardo d’insieme delle diverse “figure” di abuso cfr. A. CELOTTO, *L’«abuso» del decreto legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Cedam, Padova, 1997, spec. 348 e segg. Con specifico riferimento all’impatto della storica sentenza della Corte costituzionale n. 360 del 1996 cfr. A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d’urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2003, spec. 301 e segg. Con specifico riferimento al sindacato della Corte costituzionale sui decreti-legge cfr. A. CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, Giuffrè, Milano, 2000, 13 e segg.

² Così R. ZACCARIA – E. ALBANESI, *Il decreto-legge fra teoria e prassi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 22 giugno 2009, 3.

³ Così R. ZACCARIA – E. ALBANESI, *Il decreto-legge fra teoria e prassi*, cit., 10 e segg.

⁴ Per queste espressioni cfr. R. ZACCARIA – E. ALBANESI, *Il decreto-legge fra teoria e prassi*, cit., 11.

⁵ Per una rassegna delle numerose espressioni utilizzate per descrivere la fattispecie in commento cfr. L. SPADACINI, *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale*, Cacucci Editore, 2022, 104.

ne» di decreti-legge riguardanti la medesima materia⁶, si sceglie dunque di concentrare gli sforzi solamente su talune leggi di conversione, accorpando più decreti in un unico testo: ecco allora che tramite un apposito emendamento presentato in sede di conversione di un decreto-legge si recepisce il contenuto di un altro decreto-legge. Per questa ragione, alcuni hanno preferito parlare – anziché di decreti – di «leggi di conversione Minotauro»⁷. Talvolta il decreto-legge «a perdere» (quello che confluisce nel disegno di legge di conversione di un altro decreto) è precedente rispetto a quello convertito in legge; altre volte – sembrerebbe la maggior parte dei casi – il decreto-legge a perdere è invece successivo a quello convertito. Al di là della concreta successione nel tempo degli atti coinvolti, la conseguenza è sempre la medesima: la confluenza di più decreti-legge in un unico disegno di legge di conversione che, proprio per questa ragione, vede aumentare le sue dimensioni durante i lavori parlamentari. Proprio come – è stato detto - una «locomotiva» alla quale vengono aggiunti, durante il viaggio, nuovi vagoni⁸.

La tecnica normativa appena illustrata va tenuta distinta da un'altra controversa tecnica alla quale i governi sembrano ricorrere con una certa insistenza: l'abrogazione integrale oppure parziale di decreti-legge in corso di conversione da parte di un altro (e successivo) decreto-legge. Rispetto alla precedente, questa ipotesi presenta profili problematici forse ancora più rilevanti essendo l'abrogazione di un decreto-legge disposta non già da un atto normativo comunque definitivo (come la legge di conversione), bensì da un atto a sua volta strutturalmente precario⁹ (un altro decreto legge), esposto dunque – come il primo decreto - al rischio di un'eventuale decadenza. In questo caso, l'intreccio tra fenomeni niente affatto assimilabili come l'abrogazione e la decadenza può risultare – come alcune indagini sul campo hanno ben dimostrato – quasi inestricabile¹⁰. A fronte di un decreto-legge che abroga disposizioni contenute in un altro decreto-legge, infatti, la legge di conversione del decreto-legge abrogato (per il quale può comunque sopravvivere un interesse alla conversione) può tacere l'abrogazione oppure prenderne atto, dichiarando esplicitamente - seppur tramite formule lessicali non

⁶ Cfr., ancora, R. ZACCARIA – E. ALBANESI, *Il decreto-legge fra teoria e prassi*, cit., 10 e segg.

⁷ Così L. SPADACINI, *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale*, cit., 103.

⁸ L'immagine è di L. SPADACINI, *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale*, 103, che adatta alla fattispecie in esame la fortunata immagine di Manzella dei disegni di conversione dei decreti legge come vagoni ferroviari.

⁹ Peraltro, il fenomeno della «precarizzazione» sembra oggi caratterizzare – in modo sempre più significativo – anche le altre fonti primarie (cfr. E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Giappichelli, Torino, 2017, 2). Per una ricostruzione dei principali atteggiamenti della dottrina su questa prassi cfr. già A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge*, cit., 59 e segg.

¹⁰ Cfr. L. SPADACINI, *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale*, cit., spec. 115 e segg.

sempre limpidissime - la soppressione delle disposizioni abrogate. Fino al caso (forse solo per il momento ...) limite di una legge di conversione di un (primo) decreto-legge che recepisce il contenuto di un (secondo) decreto-legge che aveva precedentemente abrogato il (primo) decreto-legge, disponendo contestualmente l'abrogazione del (secondo) decreto-legge e la sanatoria degli effetti dai medesimi prodotti. Davvero un piccolo cortocircuito: «l'abrogato – si è sintetizzato efficacemente illustrando la vicenda – che abroga[va] l'abrogante»¹¹.

Nate come strumento alternativo alla reiterazione, utile a smaltire i decreti-legge prossimi alla decadenza¹², le menzionate tecniche normative sono diventate negli anni sempre più comuni. La pandemia e la connessa crisi economica – in armonia con la tendenza dei fatti emergenziali a esasperare prassi latenti, più che a originarne di nuove¹³ - hanno rappresentato frangenti favorevoli al definitivo consolidamento delle tecniche in esame¹⁴. E anche l'emergenza bellica – successiva all'invasione dell'Ucraina da parte della Federazione russa e alla conseguente decisione dei nostri governi di sostenere, anche militarmente, le forze ucraine – si è rivelata fin da subito un terreno fertile per le conversioni «Minotauro»¹⁵. La controversa cessione di armamenti al governo ucraino è infatti stata disposta, all'indomani dell'invasione, con l'art. 2 del d.l. 25 febbraio 2022, n. 14, che peraltro limitava il trasferimento ai soli armamenti «non letali di protezione». Nel volgere di pochi giorni, il governo, ritenendo necessario allargare le maglie degli armamenti trasferibili, è nuovamente intervenuto con l'articolo 1 del d.l. 28 febbraio 2022, n. 16, che – oltre a meglio definire la procedura di trasferimento (arti-

¹¹ Così L. SPADACINI, *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale*, cit., 131 a proposito degli intrecci e sovrapposizioni tra il decreto-legge n. 2 del 14 gennaio 2021 (nel testo primo decreto-legge) e il successivo decreto-legge n. 15 del 23 febbraio 2021, entrambi riguardanti la disciplina degli spostamenti tra le diverse zone durante la pandemia.

¹² Cfr. L. SPADACINI, *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale*, cit., 103.

¹³ Cfr. A. CARDONE, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. n. 2/2022, spec. 587 e segg.; P. CARNEVALE, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza. Relazione finale*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. n. 3/2022, 17 e segg.; R. CALVANO, *Appunti sulle fonti del diritto 2020-2023, tra crisi emergenze e squilibri della forma di governo*, in *Costituzionalismo.it.*, fasc. n. 1/2023, spec. 19 e segg.

¹⁴ Cfr., anche per la rassegna analitica dei provvedimenti emergenziali adottati durante l'emergenza pandemica, E. ROSSI, *Appunti sull'abrogazione di decreti-legge in sede di conversione ad opera di successivi decreti-legge (nell'emergenza Coronavirus)*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, 641 e segg.; A. VERNATA, *Governo e Parlamento nella produzione normativa. Evoluzioni o consolidamento di una nuova costituzione materiale?* in *Rivista AIC*, fasc. n. 3/2020, spec. 69 e segg.; L. SPADACINI, *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale*, 124 e segg.; L. PACE, *La confluenza di più decreti legge. Sui problemi costituzionali di un fenomeno di conversione apparente*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, fasc. 5/2022, 41 e segg.

¹⁵ Analogamente cfr. L. PACE, *La confluenza di più decreti legge. Sui problemi costituzionali di un fenomeno di conversione apparente*, cit., 46.

colata in atti di indirizzo delle camere ai quali seguono i decreti del Ministro della difesa contenenti l'elenco degli armamenti destinati alle autorità ucraine) – ha eliminato l'espressione «non letali» dalla tipologia delle armi trasferibili, esplicitando altresì la deroga (secondo alcuni superflua) alla vigente disciplina legislativa in materia di esportazione di materiali di armamento¹⁶. La conversione in legge dei menzionati decreti ha seguito l'ormai collaudato schema «Minotauro», nella sua seconda versione, quella – per intenderci – più comune: il contenuto del secondo decreto-legge (quello più permissivo) è stato inserito, tramite un apposito emendamento, nella legge di conversione del primo decreto-legge (quello più restrittivo); contestualmente, la legge di conversione del primo decreto-legge ha disposto l'abrogazione del secondo decreto-legge, facendo comunque salvi gli effetti *medio tempore* prodotti dal medesimo decreto.

I più recenti fatti emergenziali (la pandemia e la guerra) mostrano un aspetto particolare di talune emergenze. In entrambe le circostanze, il fatto emergenziale – certamente straordinario – tende a diluirsi in una vera e propria “situazione emergenziale”, la cui caratteristica principale è forse quella di protrarsi nel tempo. È stato così per la pandemia ed è – purtroppo – così per il conflitto in Ucraina. Prolungandosi nel tempo le esigenze regolative poste dalla medesima situazione emergenziale – quella che giustifica, sul versante dei presupposti, il ricorso alla decretazione d'urgenza – possono anche cambiare. Nessun dubbio che l'evoluzione nel tempo della pandemia abbia giustificato la rimodulazione degli originari interventi emergenziali; analogamente il prolungarsi del conflitto bellico nel tempo potrebbe anche repentinamente cambiare la natura della «guerra», imponendo una rimodulazione degli originari interventi di sostegno a favore del governo ucraino (per intenderci e senza entrare, in questa sede, in un dibattito molto acceso: un conto è fornire armamenti per la legittima difesa collettiva; un conto è fornire armi per contrattaccare). Dinanzi a situazioni emergenziali così caratterizzate, la sovrapposizione di più decreti-legge e l'individuazione di tecniche normative volte alla loro razionalizzazione rappresentano dunque fenomeni sicuramente problematici, ma forse – e almeno in parte – ineliminabili. Se l'apertura dei costituenti all'emergenza si è manifestata attraverso una disciplina costituzionale della decretazione d'urgenza refrattaria alla tipizzazione dei fatti emergenziali, è ragionevole ritenere che quell'apertura si estenda anche alla durata

¹⁶ Cfr. M. BENVENUTI, *Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina. Prime considerazioni*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, fasc. 3/2022, spec. 34 e segg.; M. MARAZZINI, *I poteri normativi del governo nell'emergenza bellica in Ucraina. Alcuni spunti critici a partire dall'invio di aiuti militari e sulla loro secretazione*, in *ConsultaOnline*, fasc. n. 1/2023, 161 e segg.

dell'emergenza, consentendo vere e proprie «catene» di decreti-legge (alcuni abrogativi di altri) retti tutti dalla medesima situazione emergenziale¹⁷.

1.1. Le critiche alla prassi

Se dunque in taluni frangenti le «catene» o gli «accorpamenti» di decreti-legge possono anche rispondere alla *ratio* costituzionale della decretazione d'urgenza, non c'è dubbio che le tecniche per la razionalizzazione del fenomeno sino a oggi elaborate presentano formidabili profili problematici¹⁸.

A) Con riguardo ai decreti (meglio alle conversioni) «Minotauro», un primo aspetto problematico riguarda l'incidenza della prassi sui tempi dei lavori parlamentari necessari per la conversione in legge del decreto. Come osservato¹⁹, la legge di conversione deve – per evitare decadenze – entrare in vigore entro la scadenza del *primo* decreto-legge coinvolto nella vicenda. Nel caso di decreto-legge «a perdere» precedente a quello poi convertito, la legge di conversione dovrà intervenire entro il termine di decadenza del decreto «a perdere», con conseguente abbreviazione degli ordinari termini per la conversione dell'altro decreto-legge (quello convertito in cui è confluito il decreto «a perdere»). Nel caso di decreto-legge «a perdere» successivo a quello convertito, la legge di conversione dovrà intervenire entro il termine di scadenza di quest'ultimo decreto, con conseguente abbreviazione dei termini per la con-

¹⁷ Per una differente impostazione cfr., peraltro, l'autorevolissima opinione di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II ed., II, 1, *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti)*, Cedam, Padova, 1971, spec. 173, e di F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sulle conseguenze della trasformazione del decreto-legge*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, 1996, 467, secondo i quali il decreto-legge potrebbe solamente sospendere (e non abrogare) la legislazione vigente.

¹⁸ Profili problematici segnalati non solo, come diremo nel testo, dalla dottrina, ma anche: dal Comitato per la legislazione della Camera (cfr. il *Rapporto sull'attività svolta dal Comitato per la legislazione della Camera dei deputati*, Quarto turno di presidenza (Pres. On. Stefano Ceccanti) del 15 gennaio 2022, spec. 17 e segg.); da un ordine del giorno presentato dai componenti del Comitato e approvato, a larga maggioranza, dall'Assemblea nella seduta del 20 gennaio 2021 (con cui si sanciva l'impegno a limitare la prassi della confluenza di decreti-legge in altri decreti-legge a circostanze eccezionali, adeguatamente motivate durante i lavori parlamentari); dal Presidente della Repubblica (cfr. la lettera del Presidente della Repubblica ai Presidenti di Camera e Senato e al Presidente del Consiglio dei Ministri del 23 luglio 2021 in cui si invita a ricorrere alla prassi delle confluenze di un decreto-legge in un altro decreto-legge solamente in circostanze effettivamente eccezionali). Sul punto cfr. 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 *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. n. 1/2022, 367-368. Per un quadro dei pareri del Comitato che hanno censurato – soprattutto con riferimento ai provvedimenti emergenziali di contenimento della diffusione della pandemia – la prassi delle abrogazioni di un decreto legge in corso di conversione da parte di un altro decreto legge cfr. E. ROSSI, *Appunti sull'abrogazione di decreti-legge in sede di conversione ad opera di successivi decreti-legge (nell'emergenza Coronavirus)*, cit., spec. 646.

¹⁹ Cfr., anche per la quantificazione del taglio medio dei tempi di esame dei disegni di legge di conversione, L. SPADACINI, *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale*, cit., 110 e segg.

versione del decreto «a perdere» (quello confluito nel decreto poi convertito). La prassi in esame determina non solo la contrazione dei complessivi tempi di conversione, ma anche una redistribuzione dei medesimi tempi tra la Commissione (assegnataria del disegno di legge di conversione), l'aula della prima camera e la seconda camera. Come dimostrano le indagini empiriche, soprattutto nella seconda ipotesi – quella del decreto-legge «a perdere» successivo al decreto convertito – i tempi dell'esame in commissione si sono significativamente allungati, non scendendo mai sotto i trenta giorni²⁰. E questa dilatazione temporale comprime, per forza di cose, i tempi dei lavori dell'aula della prima camera e quelli della seconda camera (costretta, sempre più spesso, a ratificare il testo deliberato dalla prima camera, senza la possibilità concreta di apportare proprie significative modificazioni). Si tratta dunque di un'ulteriore conferma di quella più generale tendenza verso un «monocameralismo di fatto» ampiamente segnalata dalla dottrina²¹. Senza peraltro dimenticare che il frequente ricorso da parte del governo alla questione di fiducia può ulteriormente mortificare il contributo parlamentare, soprattutto della seconda camera, quella in cui comunemente viene posta la questione di fiducia²².

Altri aspetti critici delle conversioni «Minotauro» riguardano l'inserimento nella legge di conversione della clausola di sanatoria degli effetti prodotti del decreto-legge abrogato e la potenziale disomogeneità della medesima legge (nella quale – si rammenta per scrupolo - confluiscono i contenuti del decreto-legge abrogato)²³. Per quanto concerne il primo aspetto, la

²⁰ Cfr., ancora, L. SPADACINI, *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale*, cit., 112.

²¹ Cfr. C. DE FIORES, *Profili teorici e tenenze attuali del monocameralismo*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 3/2022, 43, che parla, soprattutto con riguardo all'approvazione delle leggi di ratifica, di conversione dei decreti-legge e di bilancio, di «monocameralismo coatto»; G. TARLI BARBIERI, *L'irrisolta problematicità del bicameralismo italiano tra intenti riformistici e lacune normative*, in *federalismi.it*, fasc. n. 3/2019, 59 che parla invece di «monocameralismo alternato»; E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, cit., 199 e segg. Con specifico riferimento ai disegni di legge di conversione, cfr. I. MASSA PINTO, *Il "monocameralismo di fatto" e la questione della perdurante validità della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 3/2022, spec. 92 e segg. Il Comitato per la legislazione della Camera dei deputati ha, in più occasioni, censurato la prassi: cfr. *Rapporto sull'attività svolta dal Comitato per la legislazione della Camera dei deputati*, cit., 15.

²² Cfr. I. MASSA PINTO, *Il "monocameralismo di fatto" e la questione della perdurante validità della Costituzione*, cit., 99.

²³ Per quanto riguarda le ambiguità del requisito di omogeneità (sempre oscillante tra una declinazione oggettiva e una, per certi versi più ampia, teleologica) e gli orientamenti, sul punto, della giurisprudenza costituzionale cfr. C. DOMENICALI, *Il provvedimento-legge. La decretazione d'urgenza come potere discrezionale vincolato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, spec. 115 e segg.; N. LUPO, *I decreti-legge nel primo dopoguerra, nelle letture dei giudici e dei giuristi*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. n. 2/2014, 10 e segg.; ID., *L'omogeneità dei decreti-legge (e delle leggi di conversione): un nodo difficile, ma ineludibile per limitare le patologie della produzione normativa*, in G. D'ELIA, G. TIBERI, M.P. VIVIANI SCHLEIN (a cura di), *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Giuffrè, Milano, 2012,

legge di conversione, facendo salvi gli effetti del decreto abrogato, si comporta sostanzialmente come un'anomala e anticipata legge di sanatoria, che - intervenendo *prima* della (anziché dopo la) decadenza del decreto abrogato - mal si concilia con il modello di legge di sanatoria disegnato dalla Costituzione. Per riallineare la prassi al modello costituzionale bisognerebbe considerare l'abrogazione disposta dalla legge di conversione come un equivalente della mancata conversione del decreto-legge (solamente in questo modo si giustificerebbe l'inserimento della clausola di sanatoria nella legge di conversione). Si tratta peraltro - anche alla luce delle considerazioni che svolgeremo in seguito - di equiparazione niente affatto agevole. Essendo la decadenza e l'abrogazione fenomeni giuridicamente distinti con effetti significativamente differenti (la perdita di efficacia *ex tunc* nella decadenza, solamente *pro futuro* nell'abrogazione), imputare alla seconda gli effetti tipici della prima può senz'altro apparire una forzatura²⁴. Per quanto concerne il secondo aspetto, il rischio - niente affatto trascurabile - è che la legge di conversione difetti di omogeneità. Non limitandosi a convertire il proprio decreto-legge ma accogliendo altresì i contenuti di un altro decreto, la legge di conversione rischia infatti di non soddisfare il requisito di omogeneità che oggi la giurisprudenza costituzionale chiede non soltanto ai decreti-legge, ma anche alle rispettive leggi di conversione (sul presupposto che la legge di conversione non sia una legge come tutte le altre, bensì una legge *funzionalizzata* alla conversione di uno specifico decreto²⁵). Sotto questo specifico punto di vista, la questione

419 e segg.; A. SIMONCINI - E. LONGO, *Dal decreto-legge alla legge di conversione: dal controllo potenziale al sindacato effettivo di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 3/2014, spec. 10 e segg.; A. SPERTI, *Il decreto-legge tra Corte costituzionale e Presidente della Repubblica dopo la "seconda svolta"*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Giappichelli, Torino, 2011, 3 e segg.; G. PICCIRILLI, *Il Presidente della Repubblica alle prese con un nodo ancora non sciolto dalla Corte costituzionale: l'"omogeneità" della legge di conversione*, *ivi*, 437 e segg.; V. MARCENÒ, *L'eterogeneità delle disposizioni come "male" da elusione delle fonti sulla produzione del decreto-legge*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2012, 3, spec. nota n. 4; con specifico riferimento ai decreti milleproroghe, G. TARLI BARBIERI, *Analisi di alcuni casi emblematici di patologie del decreto legge milleproroghe*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. n. 2/2008, 3 spec. nota n. 8.

²⁴ Cfr., proprio per questi aspetti, L. PACE, *La confluenza di più decreti legge. Sui problemi costituzionali di un fenomeno di conversione apparente*, *cit.*, 48 e segg.

²⁵ Sul legame inscindibile tra la legge di conversione e il decreto-legge cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 22 del 2012, spec. punto n. 4.2. del *Considerato in diritto*. In dottrina cfr. i classici C. ESPOSITO, *Emendamenti ai decreti legge*, in *Giur. Cost.*, 1956, 188, spec. nota n. 1; ID., *Decreto legge*, in *Enc. Dir.*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, 831 e segg.; G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto legge*, Cedam, Padova, 1989, 127 e 194 e segg.; M. MANETTI, *La via maestra che dall'inemendabilità dei decreti legge conduce all'illegittimità dei maxi-emendamenti*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 3/2012, 1 e segg. Peraltro, sul punto, cfr. L. PALADIN, *La formazione delle leggi (commento all'art. 77 Cost.)*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, tomo II, Zanichelli - Soc. Ed. Foro It., Bologna-Roma, 1979, 84 e segg., il quale ritiene invece che la disciplina costituzionale in materia di decretazione d'urgenza non vincoli i contenuti della legge di conversione, espres-

classica e tante volte discussa che le conversioni «Minotauro» sembrano riproporre è dunque quella dei limiti all'emendabilità della legge di conversione²⁶.

B) Con riguardo all'abrogazione di decreti-legge in corso di conversione da parte di un altro decreto-legge, il principale aspetto problematico riguarda – come anticipato – la possibile sovrapposizione tra due vicende (l'abrogazione e la decadenza) profondamente differenti tra loro. In particolare, il punto controverso riguarda il fatto se l'abrogazione del decreto-legge possa essere intesa alla stregua di una mancata conversione. I risvolti pratici della questione sono evidenti. Assimilando l'abrogazione alla mancata conversione, il decreto-legge abrogato decadrebbe, perdendo dunque efficacia *ex tunc*. Viceversa, mantenendo distinti i due fenomeni, il decreto-legge abrogato produrrebbe effetti almeno sino al momento dell'abrogazione (in armonia con la regola generale secondo la quale l'abrogazione, fatta salva un'esplicita volontà retroattiva della norma abrogatrice, produce effetti solamente *pro futuro*). Questa seconda prospettiva – apparentemente più lineare – richiederebbe comunque la necessità di coordinare l'effetto abrogativo con le (eventuali) decadenze dei decreti-legge coinvolti nella vicenda: per la stabilizzazione definitiva degli effetti *medio tempore* prodotti dal decreto abrogato e della stessa abrogazione bisognerebbe infatti attendere la legge di conversione dei due decreti²⁷ (di quello abrogato²⁸ e, secondo alcuni, anche di quello abrogante²⁹).

sione – pur sempre – dell'autonomia legislativa riconosciuta al Parlamento dall'art. 70 Cost. Per una ricostruzione delle principali opinioni della dottrina e dei principali orientamenti della giurisprudenza costituzionale sul nesso funzionale tra decreto-legge e legge di conversione cfr. C. BERTOLINO, *La Corte costituzionale trona sui limiti all'emendabilità del decreto-legge in sede di conversione in legge*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, fasc. n. 2/2023, 260 e segg.; ID., *Ulteriori considerazioni in tema di conversione del decreto legge*, in *Rivista AIC*, fasc. 3/2012, spec. 6 e segg.; L. PACE, *La confluenza di più decreti legge. Sui problemi costituzionali di un fenomeno di conversione apparente*, cit., 55 e segg.

²⁶ Cfr. A. MORRONE, *Fonti normative. Concetti generali, problemi, casi*, II ed., il Mulino, Bologna, 2022, 180; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, IV ed., Giappichelli, Torino, 2023, 173-174; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, IV ed., 2023, Cedam, Padova, 140 e segg.; A. DI GIOVINE, *La decretazione d'urgenza in Italia tra paradossi, ossimori e prospettive di riforma*, in *Studi Parl. e di Pol. Cost.*, n. 111, 1996, spec. 10 e 19; G. FILIPPETTA, *L'emendabilità del decreto legge e la farmacia del costituzionalista*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 4/2012, 1 e segg.; A. MELANI, *Considerazioni in tema di limiti al potere di emendamento del parlamento in sede di conversione*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, cit., 357 e segg. Più in generale per un inquadramento sistematico dell'emendamento nell'ambito del procedimento legislativo cfr. G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Cedam, Padova, 2009, 98 e segg. (per quanto concerne l'omogeneità della proposta emendativa) e 195 e segg. (per quanto riguarda la conversione dei decreti-legge).

²⁷ Il complesso quadro delle ipotesi che, in concreto, possono verificarsi sembra il seguente: (i) se il Parlamento converte in legge entrambi i decreti, rimarrebbero fermi gli effetti prodotti dal decreto-legge abrogato dal momento della sua entrata in vigore sino al momento dell'abrogazione; (ii)

La possibilità di assimilare il fenomeno dell'abrogazione di un decreto-legge (o di singole disposizioni contenute nel medesimo decreto) a quello della decadenza è stata criticata³⁰. L'argomento principale portato a sostegno della tesi – seppur variamente declinato – appare decisamente solido: la mancata conversione (totale oppure parziale) di un decreto-legge e la conseguente decadenza del medesimo è scelta che la disciplina costituzionale della decretazione d'urgenza attribuisce al Parlamento e che non può essere presa, in via sostitutiva, da altri soggetti. Assimilando le due ipotesi, il Governo – abrogando con decreto-legge un altro decreto in corso di conversione – si approprierebbe dunque di un potere che la Costituzione attribuisce, in via esclusiva, al Parlamento³¹. Nonostante le perplessità della dottrina, il Comitato per la legislazione – come ampiamente segnalato dalla dottrina³² - si è mosso in un'altra direzione, assimilando i due fenomeni: «appare ragionevole ritenere – osserva il Comitato – che l'impossibilità per il Parlamento di convertire le specifiche disposizioni richiamate, a causa della loro abrogazione ad opera di un successivo decreto-legge, comporti anch'essa la loro decadenza sin dall'inizio (si tratta pur sempre infatti di una loro mancata conversione)»³³. L'orientamento appena segnalato, pur discutibile sul piano dogmatico, ha comunque il pregio pratico di semplificare l'interpretazione delle nient'altro

se il Parlamento non convertisse in legge il decreto abrogato (o singole disposizioni del medesimo decreto), gli effetti prodotti dal decreto abrogato (o dalle disposizioni abrogate e poi esplicitamente soppresse in sede di conversione) verrebbero meno *ex tunc* per effetto della decadenza (in questo caso, l'abrogazione disposta dall'altro decreto sarebbe superflua, risultando priva di effetti concreti); se infine il Parlamento convertisse in legge il decreto abrogato, ma non anche quello abrogante, la decadenza *ex tunc* di quest'ultimo decreto travolgerebbe gli effetti dell'abrogazione, determinando così la reviviscenza del decreto (o delle disposizioni del decreto) abrogato. In questi termini cfr. L. SPADACINI, *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale*, cit., 122.

²⁸ Per questa prospettiva cfr. E. ROSSI, *Appunti sull'abrogazione di decreti-legge in sede di conversione ad opera di successivi decreti-legge (nell'emergenza Coronavirus)*, cit., 652 e segg.

²⁹ Per questa prospettiva cfr. M. PANDOLFELLI, *Abrogazione di disposizioni di un decreto-legge ad opera di altro decreto-legge: l'incertezza e i problemi derivanti dall'emergenza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, fasc. n. 4/2020, 302 e segg.

³⁰ Cfr., in particolare, E. ROSSI, *Appunti sull'abrogazione di decreti-legge in sede di conversione ad opera di successivi decreti-legge (nell'emergenza Coronavirus)*, cit., 646 e segg.; L. SPADACINI, *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale*, cit., 119.

³¹ Per una diversa ricostruzione cfr. A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2003, 69 e segg.

³² E. ROSSI, *Appunti sull'abrogazione di decreti-legge in sede di conversione ad opera di successivi decreti-legge (nell'emergenza Coronavirus)*, cit., 647; L. SPADACINI, *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale*, cit., 120.

³³ Così il Comitato per la legislazione, *Esame ai sensi dell'articolo 96-bis, comma 1, del Regolamento*, mercoledì 15 aprile 2020, 6, consultabile all'indirizzo internet della Camera dei deputati www.camera.it.

to limpide «catene» di decreti-legge riscontrabili nella prassi³⁴. Seguendo questa strada, infatti, l'esito cui si giunge è sempre il medesimo: la decadenza (e dunque la perdita di efficacia *ex tunc*) delle norme abrogate, senza che rilevi sul punto l'esplicita soppressione – in sede di conversione - delle medesime norme o la mancata conversione in legge del decreto abrogante.

2. Le (nuove) prospettive: la conversione in legge del c.d. decreto Cutro

Almeno a prima vista, le tecniche normative in esame non sembrano aver caratterizzato né il decreto Cutro, né il disegno di legge di conversione del medesimo decreto (recentemente approvato dalla Camera dopo che il testo è stato approvato, in prima lettura, dal Senato)³⁵. A suscitare un vivace dibattito, più che le tecniche normative utilizzate nella circostanza, sono stati soprattutto i presupposti e i contenuti del decreto. In particolare, sul versante dei presupposti, continua a suscitare qualche perplessità la scelta, già adottata anche da passati Governi, di regolare un fenomeno oramai strutturale (come gli sbarchi sulle nostre coste) tramite strumenti normativi emergenziali, anche di diversa natura³⁶. Peraltro, osservando più da vicino lo svolgimento dei lavori

³⁴ Catene nelle quali – si ricorda per scrupolo – non è detto che tutti i disegni di legge di conversione (dei decreti abrogati) facciano esplicito riferimento alle norme abrogate (sopprimendole) e che tutti i decreti abroganti siano convertiti in legge.

³⁵ Per un verso, il decreto non interviene su altri provvedimenti provvisori, bensì su discipline legislative “stabili” (principalmente sul Testo Unico sull’immigrazione); per altro verso, nel disegno di legge di conversione non sono confluiti altri provvedimenti d’urgenza. Cfr. il parere del Comitato per la legislazione del Senato sull’A.S. 591 del 21 marzo 2023 (consultabile sul sito del Senato www.senato.it) che non rileva, sotto questi profili, particolari criticità, limitandosi a formulare qualche osservazione sotto il profilo della qualità della legislazione (con specifico riguardo alla semplicità, chiarezza e proprietà delle disposizioni). Analogamente cfr. il parere del Comitato per la legislazione della Camera, *Esame ai sensi dell'articolo 96-bis, comma 1, del Regolamento*, mercoledì 26 aprile 2023, consultabile all’indirizzo internet della Camera dei deputati www.camera.it.

³⁶ Per questa critica e con specifico riguardo al c.d. decreto sicurezza cfr. G. AZZARITI, *A proposito della nuova normativa in materia di migrazioni: le incostituzionalità non discusse*, in *Questione giustizia* online, 18 gennaio 2029, consultabile all’indirizzo internet www.questionegiustizia.it. Peraltro, proprio durante la conversione in legge del decreto Cutro, il Governo ha deciso altresì di dichiarare lo stato di emergenza di rilievo nazionale per fronteggiare l’«eccezionale incremento dei flussi di persone migranti in ingresso sul territorio nazionale attraverso le rotte migratorie del Mediterraneo» (cfr. la Deliberazione del Consiglio dei Ministri dell’11 aprile 2023). Si tratta di scelta che – al netto dei ritardi che, almeno in prima battuta, sembrerebbero caratterizzare l’adozione di concrete misure emergenziali (cfr., in tal senso, lo studio *Le anomalie dello stato di emergenza sull’immigrazione*, pubblicato sul sito www.openpolis.it) – può generare una quanto mai problematica sovrapposizione tra fonti emergenziali tipiche (i decreti-legge) e atipiche (le ordinanze di protezione civile dall’altro). Sul punto cfr. A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi del sistema delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, 316 e segg. Nella circostanza si sarebbe dunque verificata la sovrapposizione tra due diverse modalità di accertamento (giuridico) del fatto emergenziale: da un lato, quella che – tramite valutazione del decisore politico – «trasforma il fatto (emergenziale) in stato (d'emergenza)»; dall’altro, quella che muove dalla situazione evocata dal legislatore

della Commissione affari costituzionali del Senato (assegnataria, in sede referente, del disegno di legge di conversione) qualche piccola analogia con le conversioni «Minotauro» è comunque rintracciabile. I tempi dei lavori in Commissione e in aula del disegno di legge di conversione in esame si avvicinano più ai tempi medi delle conversioni «Minotauro» che a quelli necessari per gli ordinari disegni di legge di conversione³⁷. Il disegno di legge di conversione del decreto Cutro è infatti rimasto in Commissione affari costituzionali del Senato per 35 giorni³⁸ (il valore medio per le conversioni Minotauro è di 38 giorni; quello per gli ordinari disegni di legge di conversione scende invece a 24 giorni); il tempo complessivo impiegato dalla prima Camera - nel caso di specie dal Senato - per l'approvazione è stato di 41 giorni³⁹ (il valore medio per le conversioni Minotauro è di 43 giorni; quello per gli ordinari disegni di conversione scende invece a 37 giorni circa). Conseguentemente - ancora in armonia con lo schema delle conversioni Minotauro - si sono ridotti i termini per la discussione nella seconda Camera (dove il disegno di legge, tra Commissione e aula, è rimasto per soli 14 giorni⁴⁰), nella quale, tra l'altro, è stata posta la questione di fiducia. Insomma, nella conversione in legge del decreto Cutro sono emerse le ormai consuete "patologie" procedurali, caratterizzanti non solo le conversioni «Minotauro», ma anche (e forse sempre più) gli ordinari disegni di legge di conversione: la prolungata permanenza dei disegni di legge di conversione nella Commissione della prima camera (che diventa il luogo in cui si ridefiniscono taluni contenuti del decreto⁴¹); la riduzione dei tempi di discussione riservati all'aula della prima camera (chiamata a ratificare, in un brevissimo arco di tempo, quanto già deciso in Com-

per giustificare le «misure adottate tramite il singolo provvedimento» emergenziale (così P. CARNEVALE, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza. Relazione finale*, cit., 28).

³⁷ Per l'analisi dei tempi medi dei procedimenti di conversione cfr., ancora, L. SPADACINI, *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale*, cit., 112 e segg. Sempre in analogia con le conversioni «Minotauro», anche il volume complessivo del provvedimento è sensibilmente aumentato nel corso dei lavori al Senato: dagli originari 12 articoli ripartiti in 32 commi si è passati ai 25 articoli suddivisi in 69 commi (cfr. il Comitato per la legislazione della Camera, *Esame ai sensi dell'articolo 96-bis, comma 1, del Regolamento*, mercoledì 26 aprile 2023, cit., 3).

³⁸ Dal 14 marzo 2023 (giorno di assegnazione del disegno di legge di conversione alla Commissione affari costituzionali) al 18 aprile 2023.

³⁹ Dal 10 marzo 2023 (giorno di presentazione del disegno di legge di conversione al Senato) al 20 aprile 2023 (giorno di approvazione da parte dell'aula).

⁴⁰ Dal 21 aprile 2023 (giorno di trasmissione del disegno di legge da parte del Senato) al 4 maggio 2023 (giorno dell'approvazione definitiva, dopo solo due giorni di lavori in aula, del testo).

⁴¹ Cfr. G. Mobilio, *Il procedimento legislativo nella XVII legislatura: spunti ricostruttivi e distanze dal modello costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. n. 2/2018, spec. 34 che parla, al riguardo, di «iper-valorizzazione» dell'attività referente della Commissione della prima Camera, che viene così a svolgere una vera e propria attività «legislativa di fatto»; P. Rametta, *Il ruolo della Commissione nel procedimento di conversione*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. n. 3/2016, 1 e segg.

missione); la riduzione dei tempi a disposizione della seconda Camera e la conseguente mortificazione della medesima per effetto della questione di fiducia (secondo un modello di monocameralismo di fatto sempre più dilagante)⁴².

Nella vicenda in esame, la dilatazione dei tempi di lavoro in Commissione e la conseguente riduzione di quelli riservati all'aula e alla seconda camera non è dipesa dalla necessità di accorpare, nel momento della conversione, più decreti in un unico testo, bensì dalla difficoltà interna alla stessa maggioranza di trovare un accordo sulle modifiche da apportare al decreto (in particolare per quanto concerne i presupposti per la concessione e il rinnovo della protezione speciale⁴³). Ma dietro questa difficoltà politica, si è affacciata una ragione, apparentemente più tecnica e legata, in qualche modo, proprio alla natura emergenziale della decretazione d'urgenza e della conseguente legge di conversione. In occasione della discussione sugli emendamenti avvenuta in Commissione affari costituzionali del Senato, il governo – nella seduta del 5 aprile 2023 – si dichiarava disponibile a pronunciarsi esclusivamente sugli emendamenti relativi ai primi tre articoli del decreto, dal momento che l'istruttoria sugli emendamenti relativi ai rimanenti articoli non si era ancora conclusa. In particolare, il governo manifestava esplicitamente «l'intenzione di presentare propri emendamenti, per affrontare le *ulteriori questioni emerse dopo l'emanazione del decreto*, tenuto conto della particolare rilevanza del

⁴² Affinché si possa parlare, come nel testo, di vere e proprie “patologie” è peraltro necessario che l'alterazione dei tempi dei lavori parlamentari dipenda principalmente dall'attività del Governo e della maggioranza e non da un'eventuale attività (anche ostruzionistica) delle opposizioni. Peraltro, dal momento che gli emendamenti con maggiori possibilità di successo sono proprio quelli di origine governativa, la sovrabbondanza di emendamenti in fase di conversione dei decreti-legge non rappresenta tanto un sintomo di vitalità del Parlamento, quanto piuttosto una conferma del ruolo preponderante del Governo anche nel procedimento di conversione in legge dei decreti. In questo senso cfr. L. SPADACINI, *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale*, cit., 68; G. SERGES, *La dimensione costituzionale dell'urgenza. Studio su di una nozione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 343; L. PACE, *La confluenza di più decreti legge. Sui problemi costituzionali di un fenomeno di conversione apparente*, cit., 63. In direzione diversa si muove invece G. FILIPPETTA, *L'emendabilità del decreto legge e la farmacia del costituzionalista*, cit., spec. 27 e segg. il quale ritiene che il tentativo di limitare, in sede di conversione, l'emendabilità dei decreti-legge (introducendo, come ha fatto la Corte costituzionale, il vincolo della omogeneità) inciderebbe negativamente anche sulle prerogative delle opposizioni (e, dunque, della stessa attività parlamentare).

⁴³ Un altro aspetto particolarmente controverso – peraltro segnalato anche dal già menzionato parere del Comitato per la legislazione della Camera – riguarda l'art. 7-ter, lettera d), del decreto, così come introdotto dal Senato, che – modificando l'art. 35, comma 1, del d.lgs. n. 35 del 2008, relativo alle procedure riguardanti l'esame delle domande di protezione internazionale, presentate da stranieri e apolidi sul territorio nazionale - limita la possibilità di impugnare, dinanzi al giudice ordinario, le decisioni della Commissione territoriale o nazionale solamente all'ipotesi di rigetto della domanda e non anche, come il diritto costituzionalmente garantito alla tutela giurisdizionale vorrebbe, al caso di inammissibilità della medesima (cfr. Comitato per la legislazione, *Esame ai sensi dell'articolo 96-bis, comma 1, del Regolamento*, mercoledì 26 aprile 2023, cit., 4-5).

flusso migratorio in atto»⁴⁴. Nonostante l'opposizione delle forze politiche di minoranza, nella medesima seduta i lavori sono poi proseguiti con l'esame e la votazione degli emendamenti relativi ai primi tre articoli. Pur ammessa dalla prassi parlamentare, la votazione degli emendamenti articolo per articolo oppure per blocchi di articoli può apparire – soprattutto quando riferita ai disegni di legge di conversione – piuttosto problematica. Come tra l'altro segnalato dalle stesse opposizioni⁴⁵, *ulteriori questioni* che dovessero emergere dopo l'emanazione del decreto e legate alla *particolare rilevanza del flusso migratorio in atto* dovrebbero forse essere disciplinate – ricorrendone i presupposti – tramite nuovi decreti-legge e non emendando il disegno di legge dell'originario decreto. Se, dunque, le conversioni «Minotauro» portano dentro la legge di conversione di un decreto legge altri decreti già emanati e produttivi di effetti, la strategia appena richiamata rischia – almeno in prospettiva - di portare dentro la legge di conversione di un decreto-legge contenuti che dovrebbero confluire in altri e autonomi provvedimenti.

Portando dentro il procedimento di conversione ciò che le precedenti tecniche normative tenevano fuori (e cioè gli altri decreti-legge) alcuni dei profili critici riguardanti quelle tecniche tendono a smorzarsi. Non essendoci più la confluenza di un decreto-legge in una legge di conversione, oppure l'abrogazione di un decreto legge in corso di conversione, tutte le questioni riguardanti la problematica sovrapposizione tra il fenomeno della decadenza e quello dell'abrogazione perdono consistenza. Così come si attenua, peraltro nei limiti di ciò che diremo tra breve, il rischio, tipico delle conversioni «Minotauro», che la legge di conversione si arricchisca di contenuti eccessivamente disomogenei rispetto al decreto originario (essendo le *ulteriori questioni* sorte dopo il decreto generate, pur sempre, dalla medesima situazione emergenziale).

2.2 Le critiche alle (nuove) prospettive

Pur risolvendo qualche criticità, anche la strategia procedimentale in esame offre il fianco a qualche osservazione critica, forse ancor più radicale rispetto a quelle mosse alle tecniche precedenti.

(a) Innanzitutto, trasferendo nel disegno di legge di conversione contenuti che dovrebbero rappresentare l'oggetto di un autonomo decreto-legge, si eludono le garanzie costituzionali previste per la decretazione d'urgenza: per

⁴⁴ Così è descritta la posizione del Governo nel Resoconto sommario n. 48 del 5 aprile 2023 della seduta della Commissione affari Costituzionali (corsivo aggiunto), consultabile all'indirizzo internet www.senato.it.

⁴⁵ Cfr. il Resoconto sommario n. 48 del 5 aprile 2023 della seduta della Commissione affari Costituzionali, cit.

un verso, si elude il controllo – formale (esercitato tramite il rinvio⁴⁶) e informale (esercitato nelle forma della *moral suasion*⁴⁷) - del Presidente della Repubblica in sede di emanazione dei decreti-legge; per altro verso, si scarica sul Parlamento la responsabilità politica (ma non solo) di un atto che avrebbe dovuto adottare, «sotto la sua responsabilità», il Governo. Senza dimenticare che l'introduzione di nuovi contenuti tramite emendamento, anziché decreto-legge, riduce (più o meno intensamente, a seconda del momento in cui è presentato l'emendamento) il tempo riservato alla discussione parlamentare.

(b) In secondo luogo, si rischia di snaturare ulteriormente la natura funzionalizzata della legge di conversione: da atto che deve convertire in legge uno specifico decreto ad atto che, in qualche modo, disciplina un'intera *situazione emergenziale* e tutti gli specifici fatti emergenziali che quella situazione è capace di generare, anche dopo l'emanazione del decreto. Spingendo alle estreme conseguenze l'idea della legge di conversione come legge funzionalizzata si potrebbe forse dire così: quando le nuove questioni paiono della stessa natura del fatto emergenziale che ha giustificato il decreto-legge in corso di conversione, allora è ragionevole ritenere che l'intervento normativo ritenuto necessario assuma la forma dell'emendamento al disegno di legge di conversione; quando, invece, le nuove questioni - pur riconducibili alla medesima situazione emergenziale - paiono di altra natura rispetto al fatto emergenziale originario, l'intervento normativo dovrebbe *sempre* assumere la forma di un autonomo decreto-legge (al fine di salvaguardare la stretta corrispondenza che deve legare la legge di conversione allo specifico fatto emergenziale che legittima il decreto⁴⁸), oppure di un ordinario disegno di legge. Si tratta peral-

⁴⁶ Il tema, invero classico, del rinvio presidenziale in sede di emanazione dei decreti-legge è tornato alla ribalta soprattutto in occasione del rifiuto del Presidente della Repubblica – Giorgio Napolitano – di emanare il decreto-legge intervenuto nella vicenda di Eluana Englaro. Sul punto cfr. M. LUCIANI, *L'emanazione presidenziale dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.)*, in *Politica del diritto*, fasc. n. 3/2009, 409 e segg.; P. CARNEVALE, *Emanare, promulgare e rifiutare. In margine alla vicenda Englaro*, 2009, 1 e segg., consultabile all'indirizzo internet www.astrid.it; G. SERGES, *Il rifiuto di emanazione del decreto legge*, *ivi*, 2009, 1 e segg. Più in generale, sul controllo del Presidente della Repubblica sugli atti del Governo cfr. A. RUGGERI, *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2010, spec. 17 e segg. Sul rinvio delle leggi di conversione cfr. P. CARNEVALE – D. CHINNI, *C'è posta per tre. Prime osservazioni a margine della lettera del presidente Napolitano inviata ai presidenti delle Camere ed al Presidente del Consiglio in ordine alla conversione del c.d. decreto milleproroghe*, *Rivista AIC*, fasc. n. 2/2011, e segg.

⁴⁷ Cfr., L. SPADACINI, *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale*, cit., 217 e segg.

⁴⁸ In questo senso cfr. M. RUOTOLO, *Sui vizi formali e del decreto-legge e della legge di conversione*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. n. 3/2018, spec. 18. Per meglio chiarire quanto argomentato nel testo, si può forse azzardare un esempio: se, in conseguenza dell'aumentato numero di sbarchi sulle nostre coste, si fosse adottato un decreto-legge con lo specifico obiettivo di meglio coordinare l'attività di soccorso in mare svolta dalla guardia costiera e dalla guardia di finanza e durante la conversione in legge del medesimo decreto nuove incertezze sulle regole d'ingaggio rendessero necessario un intervento normativo correttivo, detto intervento ben potrebbe assumere la forma

tro di prospettiva già, in qualche modo, tracciata dalla Corte costituzionale che - dichiarando l'illegittimità costituzionale di una norma di interpretazione autentica inserita, in sede di conversione in legge, in un decreto «milleproroghe» - ha osservato: «l'opportunità di interpretare autenticamente una norma - per se in conseguenza di un contrasto interpretativo emerso poco tempo prima dell'introduzione della norma interpretativa - potrebbe essere soddisfatta o con il normale esercizio del potere di iniziativa legislativa di cui all'art. 71 Cost., oppure con un distinto decreto-legge, se, a giudizio del Governo, la risoluzione del contrasto giurisprudenziale presenti autonomi profili di necessità e urgenza. Invece - prosegue la Corte - l'inserimento, in sede di conversione [...] di una norma interpretativa del tutto estranea alla *ratio* e alla finalità unitaria di un decreto-legge "milleproroghe", determina la commistione e la sovrapposizione, nello stesso atto normativo, di oggetti e finalità eterogenei, in ragione di presupposti, a loro volta, eterogenei»⁴⁹.

(c) Da ultimo, come precedentemente anticipato, c'è il rischio che la strategia in esame venga utilizzata non tanto per affrontare, in modo razionale e tempestivo, nuovi «casi straordinari di necessità e urgenza», quanto piuttosto per mascherare le divisioni interne alla maggioranza in merito alle misure contenute nel decreto-legge. Per emanare un decreto-legge (e poi convertirlo in legge) non è sufficiente il fatto emergenziale, ma ci vuole anche un presupposto politico: l'accordo - appunto politico - sulle misure necessarie a fronteggiare l'emergenza. Ecco allora che il prolungamento dei lavori in Commissione - imputabile anche alle strategie del Governo e della maggioranza⁵⁰ - può rappresentare il sintomo dell'assenza (totale o parziale) del menzionato

dell'emendamento al disegno di legge di conversione (in questo caso, anche la nuova questione sarebbe riconducibile al fatto emergenziale originario); se durante la conversione del medesimo decreto, si rendesse invece necessario un intervento normativo teso a fronteggiare il sovraffollamento delle strutture di prima accoglienza, detto intervento dovrebbe forse assumere la forma del decreto-legge (in questo caso, la nuova questione avrebbe diversa natura rispetto al fatto emergenziale originario), oppure in assenza dei presupposti di un ordinario e autonomo disegno di legge. La distinzione potrebbe apparire (e forse in parte lo è) questione di lana caprina, soprattutto in un ambito - quello relativo ai rapporti tra Parlamento e Governo - nel quale il diritto costituzionale lascia margini piuttosto consistenti alla prassi. Peraltro, una volta intrapresa la strada della funzionalizzazione della legge di conversione, è compito anche della dottrina provare a dare qualche contenuto concreto agli strumenti elaborati dalla giurisprudenza per limitare, in sede di conversione, l'eccessiva emendabilità dei decreti-legge.

⁴⁹ Così Corte costituzionale, sentenza n. 154 del 2015, punto n. 5.3. del *Considerato in diritto*.

⁵⁰ Cfr. *retro* nota n. 42. Sulla «funzione politica», anziché emergenziale, del decreto legge cfr. A. SIMONCINI, *Tendenze recenti della decretazione d'urgenza in Italia e linee per una nuova riflessione*, in ID. (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, eum edizioni Università di Macerata, Macerata, 2006, spec. 50; F. BIONDI, *Riflessioni del decreto-legge come "disegno di legge rinforzato" (a partire dalla vicenda del decreto-legge n. 149 del 2013, in tema di riforma del sistema di finanziamento dei partiti politici)*, in R. CALVANO (a cura di), *Legislazione governativa d'urgenza e crisi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, 78-79.

accordo. In questa prospettiva, la strategia in esame - al pari di altre controverse prassi, come la deliberazione dei decreti-legge salvo intese⁵¹ e l'inserimento, nel decreto, di ampi rinvii alle fonti secondarie⁵² - rischia di tramutarsi in uno strumento nelle mani del Governo per eludere il presupposto politico e adottare decreti-legge anche quando l'accordo sulle misure emergenziali non si è ancora, in tutto o in parte, perfezionato. Fatta comunque salva l'eventualità che poi, trovato un accordo, il Governo o la maggioranza, attraverso tecniche di emendamento anche molto aggressive, provino a rimodellare (se non addirittura riscrivere) il testo del decreto in conformità all'accordo politico sopravvenuto⁵³.

3. Conclusioni

Provando a trarre qualche conclusione, si può dire che l'emergenza, per definizione, è qualcosa che sfugge a classificazioni preventive eccessivamente rigorose. Pertanto, potrebbero anche verificarsi talune *situazioni emergenziali* che per loro natura richiedono «catene» di decreti-legge (alcuni anche abrogativi di decreti in corso di conversione), oppure leggi di conversione di un decreto-legge abrogative di altri decreti in corso di conversione. L'importante è che tutti i decreti della catena - sebbene originati dalla medesima *situazione*

⁵¹ Cfr. A. DI CHIARA, *Due prassi costituzionalmente discutibili. Delibere del Governo "salvo intese" e pubblicazione tardiva dei decreti legge*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. n. 1/2019, 1 e segg.

⁵² La prassi in esame, soprattutto quando il decreto trasferisce alle fonti subordinate aspetti niente affatto marginali della disciplina normativa, rischia di incidere negativamente sull'immediata applicabilità delle misure contenute nel decreto-legge (sancita, come noto, dall'art. 15, comma 3, l. 400 del 1988). Anche il decreto Cutro, come peraltro osservato dal Comitato per la legislazione della Camera, contiene rinvii a fonti subordinate. In particolare, il Comitato ha segnalato la presenza, nel decreto, di rinvii a un Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, a tre decreti ministeriali e a tre provvedimenti di altra natura (cfr. Comitato per la legislazione, *Esame ai sensi dell'articolo 96-bis, comma 1, del Regolamento*, mercoledì 26 aprile 2023, cit., 3). Per alcuni dati relativi al numero di provvedimenti attuativi richiesti dai numerosi decreti-legge adottati nel corso della XVII legislatura cfr. F. BIONDI DAL MONTE, *Dopo la legge. Tendenze e prospettive dell'attuazione delle fonti primarie tra Governo e Parlamento*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018 spec. 84 e segg. Per un quadro dei profili critici suscitati dai decreti-legge "in attesa di attuazione" e da quelli contenenti norme non immediatamente applicabili cfr. A. IANNUZZI, *Osservazioni sulla legge "taglia-inattuazione", per la modifica e l'abrogazione delle leggi che prevedono l'adozione di provvedimenti attuativi, contenuti nella Legge Madia*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 2/2016, spec. 8 e segg.; con specifico riferimento al decreto "Sblocca Italia", cfr. M. LOSANA, *L'attuazione delle leggi nella prassi ministeriale. Appunti dalle audizioni dei Capi degli uffici legislativi svolte dal Comitato per la legislazione*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. n. 3/2018, 16 e segg.

⁵³ Il riferimento è alle controverse tecniche del maxiemendamento e del c.d. emendamento canguro (cfr. G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, cit., 249 e segg. e 242 e segg.). È quanto accaduto anche in occasione dei lavori dell'aula del Senato per la conversione in legge del decreto Cutro, nel corso dei quali il Governo e la maggioranza hanno presentato emendamenti - peraltro, dopo le proteste delle opposizioni, ritirati - tesi a riscrivere numerosi articoli del decreto in discussione (cfr. Resoconto stenografico della seduta dell'aula del Senato n. 58 del 19 aprile 2023).

emergenziale - trovino sempre giustificazione in *nuovi fatti emergenziali* e che la legge di conversione e il decreto abrogato (ed eventualmente inglobato) condividano fatti emergenziali della stessa natura. In questo modo è infatti ragionevole ritenere che anche il decreto abrogante sia retto da autonomi e specifici presupposti di necessità e urgenza e che la legge di conversione (che abbia abrogato un altro decreto-legge, inglobandone eventualmente i contenuti) non si arricchisca di contenuti eccessivamente disomogenei. Nelle limitate ipotesi in cui la situazione emergenziale, reale e non artificiale, dovesse legittimare il ricorso alle menzionate strategie, sarebbe comunque necessario che il Governo e il Parlamento si impegnassero (sempre) a utilizzare tecniche redazionali molto rigorose: ad esempio, i decreti-legge o le leggi di conversione che intendessero abrogare, anche parzialmente, un decreto-legge in corso di conversione dovrebbero utilizzare (sempre) clausole abrogative esplicite, mentre i disegni di legge di conversione dovrebbero (sempre) contenere clausole esplicitamente soppressive delle parti dei decreti volutamente lasciate decadere (in modo da risolvere il più possibile *ab origine* le incertezze interpretative che l'abrogazione di decreti-legge in corso di conversione continua a suscitare).

Quello che pare invece difficilmente compatibile con il modello costituzionale è proprio lo scenario emerso, in qualche modo, durante i lavori in Commissione relativi al decreto Cutro: il possibile inserimento, nella legge di conversione di un decreto, di nuovi contenuti emergenziali che dovrebbero confluire, per le ragioni dette, in un autonomo decreto-legge. In questo caso, a differenza di quanto accade nelle forme più tradizionali di abuso, il problema non è solamente la «motorizzazione» (tramite decreto-legge) di contenuti che avrebbero dovuto rappresentare, per difetto dei presupposti emergenziali, l'oggetto di un ordinario disegno di legge⁵⁴, bensì la creazione di un percorso ancora più accelerato per contenuti che avrebbero già goduto di una corsia preferenziale. Detto altrimenti, sfruttando un procedimento di conversione già avviato, si costruisce un percorso procedimentale ancora più veloce di quello – già accelerato – previsto per i decreti-legge: una sorta di super «motorizzazione». Ma dietro l'apparente «parlamentarizzazione» dell'intervento normativo, si nasconde l'ennesima mortificazione del ruolo del Parlamento nei procedimenti di produzione normativa. Portando dentro

⁵⁴ Per la formula, che ricalca quella schmittiana del «legislatore motorizzato», cfr. A. DI GIOVINE, *La decretazione d'urgenza in Italia tra paradossi, ossimori e prospettive di riforma*, cit., 9; A. RUGGERI, *Ancora in tema di decreti-legge e leggi di conversione, ovvero di taluni usi impropri (e non sanzionati) degli strumenti di normazione (a margine di Corte cost. nn. 355 e 367 del 2010)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2010, 2. La formula utilizzata nel testo ricalca – a sua volta – l'altrettanto fortunata formula del decreto-legge come «disegno di legge rinforzato» di A. PREDIERI, *Il governo colegislatore*, in F. CAZZOLA, A. PREDIERI, G. PRIULA (a cura di), *Il decreto legge tra Governo e Parlamento*, Milano, Giuffrè, 1975, XX.

la legge di conversione contenuti che dovrebbero collocarsi in un autonomo decreto-legge, si finisce infatti per sottrarre quei medesimi contenuti al procedimento parlamentare “tipico”, previsto dalla Costituzione per quella particolare tipologia di atto. Cambiano, dunque, le strategie, ma la tentazione di utilizzare la decretazione d’urgenza oltre i limiti disegnati della Costituzione rimane – purtroppo - sempre la stessa.

MANO FERMA NEL GUANTO DI VELLUTO: L'USO DEL *SOFT LAW*
NELL'UNIONE EUROPEA DI «NEXT GENERATION»

ENRICO VERDOLINI*

Sommario

1. Introduzione. *Shock* pandemico e *diritto morbido* nell'ordinamento giuridico europeo. – 2. L'«interpretazione evolutiva» del «Quadro temporaneo sugli aiuti di stato». – 3. L'attivazione della «clausola di salvaguardia generale» e il suo orizzonte temporale. – 4. La prevalenza del *soft law* nella strutturazione progressiva di «*Next Generation EU*». – 5. Conclusioni. Quali soluzioni alternative al *soft law*.

Abstract

The article analyzes the use of soft law instruments by the European Union. Soft law instruments, not covered by the Treaties, have been employed to achieve financial, economic, and social objectives during the health emergency. The objective of the study is to answer a question: does the soft law produced during the pandemic align with existing trends or does it represent a phenomenon with exceptional characteristics?

Three case studies have been selected to reflect on how European institutions have used soft law. Through soft law, the European Commission has adopted the Temporary Framework for State Aid and activated the Stability and Growth Pact's safeguard clause. Additionally, the Commission has contributed to constructing the legal framework for Next Generation.

Soft law has a low degree of legal force but a high level of politicization. Soft law acts, despite being instruments with lower legal effectiveness, express a community power of political direction derived from the authority of the European institutions that issue them, such as the European Council and the European Commission. However, it is necessary to highlight the absence of the European Parliament in the decision-making process concerning soft law.

In conclusion, some proposed solutions have been put forward, which involve a greater valorization of the instruments provided by the regulation of the European Parliament.

Suggerimento di citazione

E. VERDOLINI, *Mano ferma nel guanto di velluto: l'uso del soft law nell'Unione Europea di «Next Generation»*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2023. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale dell'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

Contatto: enrico.verdolini2@unibo.it

1. Introduzione. *Shock* pandemico e *diritto morbido* nell'ordinamento giuridico europeo

Fra i giuristi non c'è un *idem sentire*, nè sull'uso dell'espressione letterale¹, nè sul significato generale di *soft law*. Qualsiasi sforzo di definizione è particolarmente complesso, sia per l'ampiezza del fenomeno del *soft law*, che per la varietà di atti che possono essere ricondotti a questo concetto.

Focalizzando l'attenzione sull'ordinamento giuridico europeo, una definizione di *soft law* (diffusamente adottata) è quella proposta da Francis Snyder², secondo cui il *diritto morbido* consiste in regole di condotta che, in linea di principio, non hanno forza giuridica vincolante ma che, nonostante ciò, possono avere effetti concreti.

La definizione è stata, successivamente, ripresa da Linda Senden, che ne ha rivisto la formulazione e ha proposto di inquadrare come *diritto morbido* «regole di comportamento che sono stabilite da atti ai quali, di per sé stessi, non è stata attribuita forza giuridica vincolante, ma che tuttavia possono avere determinati effetti giuridici (indiretti), essendo finalizzati a produrre e potendo effettivamente produrre effetti pratici»³.

Quel che è stato messo in luce, pertanto, è che la natura generica e, apparentemente, non obbligatoria non impedisce, in ogni caso, che i singoli atti di *soft law* possano produrre effetti giuridici, in grado di condizionare la condotta degli Stati membri, delle istituzioni, delle imprese e degli individui⁴.

Il fenomeno del *soft law* deve essere inquadrato, innanzitutto, nel contesto dell'ordinamento giuridico, cercando di rispondere a una pluralità d'interrogativi⁵: occorre chiedersi se il *soft law* abbia o meno natura di fonte del diritto, quale possa essere la sua efficacia giuridica e quali, in particolar

¹ In lingua inglese, la parola *law* significa sia «diritto» che «legge». Per questa ragione, l'espressione *soft law* è utilizzata, nei testi italiani, sia al maschile che al femminile. È da preferire, però, l'espressione al maschile: *soft law* non indica una singola tipologia di atto, ma una pluralità di atti che, pur non essendo obbligatori, costituiscono diritto. Si concorda su questo punto con la valutazione compiuta da L. DE BERNARDIN, *Soft law*, in (a cura di) S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 5609.

² F. SNYDER, *The effectiveness of European Community law: institutions, processes, tools and techniques*, in *The Modern Law Review*, n. 1, Oxford, Blackwell, 1993, p. 32.

³ Cfr. L. SENDEN, *Soft law in European Community law*, Oxford, Hart Publishing, 2004, p. 112.

⁴ G. BORCHARDT, K. WELLENS, *Soft law in European Community law*, in *European Law Review*, n. 5, London, Sweet and Maxwell, 1989, p. 285.

⁵ A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, Il Mulino, 2022, pp. 16-17; A. ALGOSTINO, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 171 ss.; M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 1 ss.; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, Cedam, 2008, p. 1 ss.; R. MANFRELOTTO, *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell'integrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 192 ss.

modo, possano essere le ricadute più ampie che derivino dalla sua applicazione.

Secondo parte della dottrina⁶, il *soft law* dovrebbe essere considerato diritto a tutti gli effetti, al pari di qualsiasi fonte, essendo caratterizzato da una propria consistenza normativa. L'ordinamento giuridico sarebbe formato da elementi caratterizzati da «normatività forte»⁷, che costituirebbero la «parte resistente della struttura giuridica», accanto ai quali sarebbero collocati elementi elastici, in grado di fondare la propria giuridicità sulla costruzione d'un consenso diffuso.

La sostanza del *diritto morbido* sarebbe, quindi, connotata per una normatività più tenue, a bassa intensità, preferendo ricorrere a prescrizioni di carattere persuasivo, anziché all'imposizione o al comando.

Un'altra parte della dottrina⁸, al contrario, ha rifiutato di riconoscere al *soft law* qualsiasi natura giuridica. La distinzione fra *hard law* e *soft law* dovrebbe essere, addirittura, rimarcata: mentre il primo è da considerarsi diritto, nel senso proprio del termine, perché vincolante dal punto di vista giuridico, il secondo non costituirebbe materiale giuridico, essendo del tutto privo di forza obbligatoria.

Il *diritto morbido* dovrebbe essere collocato, in maniera chiara, al di fuori del sistema delle fonti: andrebbe, tutt'al più, tenuto in considerazione dal giurista per interpretare le disposizioni di *hard law* e per darne, più facilmente, attuazione.

Nel contesto dell'Unione Europea, il *soft law* è nato dall'iniziativa di una pluralità d'attori sovranazionali, identificabili *in primis* nel Consiglio Europeo e nella Commissione Europea, così come in altri organi istituzionali. Le istituzioni europee hanno agito, spesso, al di fuori del perimetro dell'art. 288 TFUE, producendo una normatività liquida e poliedrica, difficile da classificare, perché in grado d'assumere forme variegata e fare propri contenuti diversificati.

Già da molti anni, la Commissione Europea ha teorizzato l'utilizzo d'una pluralità di strumenti di *diritto morbido*, come è stato messo in luce in molteplici passaggi del Libro bianco dedicato a «La *governance* europea» (comunicazione n. 428 del 2001). Dal punto di vista Libro bianco, accanto ai princi-

⁶ B. PASTORE, *Il soft law nella teoria delle fonti*, in (a cura di) A. SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 117 ss.; A. PETERS, *Soft law as a new mode of governance*, in U. DRIEDRICH, W. REINERS, W. WESSELS, *The dynamics of change in EU Governance*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011, pp. 22-23.

⁷ Cfr. B. PASTORE, *Il soft law nella teoria delle fonti*, cit., p. 125.

⁸ R. BIN, *Soft law, no law*, in (a cura di) A. SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 36-37; R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Napoli, Franco Angeli, 2021, p. 96; A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Milano, Wolters Kluwer, 2022, p. 162 ss.

pali atti legislativi formali, individuati dall'art. 288 TFUE, le istituzioni europee possono ricorrere a strumenti normativi di carattere non vincolante, come raccomandazioni, orientamenti, linee guida e altri atti di regolamentazione⁹ per il perseguimento degli obiettivi fissati nei Trattati.

Guardando all'evoluzione storica dell'ordinamento giuridico, la Commissione Europea sembra essere la principale artefice, anche a livello concreto, del *soft law* europeo. Una parte significativa dell'attività di quest'organo si concretizza in atti di *diritto morbido*. Sono stati inquadrati¹⁰ nella categoria del *diritto morbido* strumenti impiegati dalla Commissione Europea, come le comunicazioni, i libri verdi, i libri bianchi, i programmi d'azione, le linee guida, i codici di condotta e i quadri giuridici.

Ciò non vuol dire, però, che la Commissione Europea sia l'unico organo dell'Unione a produrre atti di *soft law*: accanto a quest'istituzione, anche il Consiglio Europeo, il Consiglio dell'Unione, la Banca Centrale Europea¹¹, così come le autorità europee di sorveglianza¹², nel corso della loro attività, ricorrono all'impiego del *diritto morbido*, seppur con un minor grado di frequenza, adottando conclusioni, dichiarazioni, linee guida, quadri normativi e altri atti di *soft law*.

La questione di come inquadrare il fenomeno del *soft law* rimane, tutt'ora, in gran parte aperta. Come deve essere approcciato il *diritto morbido* dell'Unione Europea? Quale dei due orientamenti dottrinari si deve preferire? Occorre considerare, in ogni caso, il *soft law* come una fonte del diritto, con propri effetti giuridici? O, al contrario, il giurista deve distinguere in maniera netta tra ciò che è fonte del diritto e ciò che non lo è, mettendo da parte ogni prospettiva di giuridicità del *soft law*?

La giurisprudenza della Corte di Giustizia non ha mai parlato espressamente di *soft law*. Tuttavia, in varie circostanze, la Corte di Giustizia si è pro-

⁹ Sempre secondo la Commissione, l'impiego di strumenti di *soft law* sarebbe necessario per reagire con maggiore prontezza al modificarsi delle condizioni economiche e ai nuovi problemi che emergono, «abbreviando i tempi lunghi necessari per adottare e applicare le norme comunitarie» (comunicazione n. 428 del 2001).

¹⁰ Si veda, innanzitutto, la classificazione del *soft law* operata da L. SENDEN, *Soft law in European Community law*, cit., pp. 123-155. Si vedano anche le conclusioni di A. ALGOSTINO, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto*, cit., p. 189.

¹¹ Si può fare riferimento, in questo caso, al Quadro di riferimento per le politiche di sorveglianza dell'Eurosistema adottato dalla Banca Centrale Europea, sottoposto all'esame della Corte di Giustizia. La causa T-496/11 è stata decisa con sentenza del 4 marzo 2015 della Corte di Giustizia.

¹² È possibile fare riferimento, da ultimo, alle linee guida adottate dall'Autorità Bancaria Europea, vagliate dalla Corte di Giustizia. La causa C-911/19 è stata decisa dalla sentenza del 15 luglio 2021 della Corte di Giustizia. Si veda J. ALBERTI, *Un atto non vincolante può essere dichiarato invalido? Le Guidelines di EBA dinanzi alla Corte di Giustizia*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, n. 2, Torino, Giappichelli, 2022, p. 1 ss.

nunciata su atti di *diritto morbido*¹³: la Corte ha riconosciuto l'efficacia giuridica del *soft law* e ne ha, così, legittimato *de facto* la produzione da parte delle istituzioni europee.

Dagli anni Settanta, la Corte di Giustizia ha dichiarato ammissibili i ricorsi d'annullamento contro gli atti non espressamente previsti dai Trattati: a partire dal *caso ERTA* (causa 22/70), è maturato un approccio di carattere sostanziale, volto ad andare oltre il *nomen iuris* e le fonti tipizzate dai Trattati, per valutare direttamente se il singolo atto abbia efficacia giuridica, a prescindere da quale sia la sua natura e la sua veste formale.

Alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia, il giudizio sull'idoneità di un atto di *soft law* a produrre effetti giuridici implica che vengano analizzati una serie d'elementi, secondo un approccio *case by case*, così da chiarire quale sia la portata del provvedimento (e, quindi, se possa essere oggetto di un sindacato da parte del giudice europeo).

In passato, il controllo della Corte di Giustizia ha attribuito particolare peso a indicatori come le formule letterali utilizzate nell'atto (causa 57/95¹⁴), il contesto e le premesse storiche in cui si è inserito (causa 57/95¹⁵), il particolare regime di pubblicità adottato, l'eventuale pubblicazione in Gazzetta Ufficiale e la sua notificazione agli Stati membri interessati (causa 303/90 e causa 325/91¹⁶).

Dopodiché, nei suoi precedenti, la Corte di Giustizia ha stabilito che è necessario verificare, altresì, se l'atto si limiti a chiarire il significato di disposizioni già di per sé dotate di effetti giuridici e, quindi, costituisca *soft law*, o se il provvedimento implichi effetti giuridici del tutto inediti e autonomi, essendo sempre *diritto morbido*, ma presentando un contenuto innovativo, in qualche modo affine all'*hard law* (causa 366/88 e causa 57/95)¹⁷.

¹³ L. SENDEN, *Soft law in European Community law*, cit., p. 248 ss.; A. ALGOSTINO, *Diritto pro-teiforme e conflitto sul diritto*, cit., p. 185 ss.; M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law*, cit., p. 18 ss.

¹⁴ In queste circostanze, si guarda agli esatti termini utilizzati nella redazione dell'atto. Se le parole hanno un tono perentorio e imperativo, occorre trarre determinate conclusioni, perché l'atto è più vicino all'*hard law*, anche se magari ha le vesti del *diritto morbido*. Al contrario, se le parole usate mantengono un approccio suggestivo, maggiormente incline al consiglio e alla persuasione, si può parlare di un atto di *soft law* a tutti gli effetti.

¹⁵ Occorre, pertanto, guardare a quelli che sono stati i presupposti dell'adozione dell'atto.

Nel caso menzionato, la Corte di Giustizia ha evidenziato il parallelismo fra il contenuto della comunicazione esaminata e una proposta di direttiva che non era stata approvata: l'intenzione della Commissione, pertanto, era quella di riproporre nella comunicazione lo stesso contenuto della proposta di direttiva.

¹⁶ In entrambi i casi riportati, è stato sottolineato dalla Corte di Giustizia come l'atto fosse stato pubblicato per intero in Gazzetta Ufficiale.

¹⁷ L. SENDEN, *Soft law in European Community law*, cit., p. 258 ss.

Non si può ignorare come la proliferazione del *soft law* sia stata sottoposta a una critica di particolare peso. L'adozione di atti normativi atipici, non esplicitamente contemplati dall'art. 288 TFUE o da altre disposizioni dei Trattati, comporta che siano bypassate le formalità delle procedure decisionali, in particolar modo la possibilità di un'effettiva consultazione o supervisione del Parlamento Europeo, in qualità d'assemblea rappresentativa democraticamente eletta dai cittadini dell'Unione¹⁸.

Per questa ragione, già prima della pandemia, l'erompere del *soft law* è stato valutato¹⁹ dal punto di vista della compatibilità coi principi dello Stato di diritto. Dietro alla tipicità delle forme d'esercizio del potere pubblico, lo Stato di diritto garantisce che le decisioni che concretizzano l'interesse generale siano formate attraverso delle precise procedure istituzionali.

Nella risoluzione n. 2028 del 2007, non a caso, il Parlamento Europeo ha rigettato «la distinzione tra *dura lex* e *mollis lex*», evidenziando come il *soft law* costituisca un «mezzo ambiguo e inefficace»: secondo il Parlamento Europeo, l'uso di strumenti di *diritto morbido* permetterebbe di aggirare gli organi legislativi effettivamente competenti, vanificando i valori della democrazia e dello Stato di diritto riconosciuti dall'art. 2 TUE, nonché i principi di sussidiarietà e proporzionalità alla base dell'ordinamento giuridico europeo.

Il Parlamento Europeo ha, tuttavia, riconosciuto la legittimità di alcuni degli atti di *soft law* adottati dalla Commissione Europea, in particolar modo gli «strumenti preparatori, quali i libri verdi e bianchi», nonché le comunicazioni interpretative, necessarie a definire le politiche in materia di concorrenza e aiuti di stato.

È stato evidenziato²⁰ come, a partire dai primi mesi del 2020, sotto l'impulso dell'emergenza sanitaria, una pluralità di istituzioni pubbliche, anche nel contesto dell'Unione Europea, abbia usato strumenti di *soft law*, di varia natura e conformazione, non contemplati dall'art. 288 TFUE, per contenere l'impatto del virus Covid-19, perseguendo molteplici obiettivi, da un punto di vista finanziario, economico e sociale.

Nei mesi della pandemia, l'utilizzo degli strumenti di *diritto morbido* è stato particolarmente frequente. Il loro peso specifico è stato altrettanto significativo, avendo consentito di strutturare le principali misure d'intervento nell'ambito economico. Il *soft law* della pandemia ha suscitato, pertanto, un

¹⁸ M. ELIANTONIO, O. ŞTEFAN, *The elusive legitimacy of EU soft law: an analysis of consultation and participation in the process adopting Covid-19 soft law in the EU*, in *European Journal of Risk Regulation*, Cambridge, Cambridge University Press, n. 1, 2021, p. 164 ss.

¹⁹ R. BIN, *Soft law, no law*, cit., pp. 34-35.

²⁰ B. BOSCHETTI., M.D. Poli, *A comparative study on soft law: lessons from the Covid-19 pandemic*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 20 ss.; S. OANA, *Covid-19 soft law: voluminous, effective, legitimate? A research agenda*, in *European papers*, n. 1, 2020, p. 663 ss.

certo interesse, non solo per il suo erompere improvviso, ma anche per la funzione che ha svolto nella predisposizione di provvedimenti di particolare impatto a livello economico-finanziario.

Nel corso della presente analisi, saranno presi in considerazione tre casi di studio particolari, per comprendere come le istituzioni europee hanno impiegato il *soft law*. I casi prescelti riguardano strumenti che hanno rivestito e, almeno in parte, rivestono tutt'ora piena centralità nella risposta all'emergenza economica, nella definizione dei margini di spesa dei bilanci statali e nel rilancio del sistema produttivo sul medio-lungo periodo. Come si vedrà nel prosieguo dell'approfondimento, sotto questi punti di vista, il *soft law* della pandemia ha avuto un ruolo non privo di elementi di originalità rispetto a precedenti esperienze.

Nei tre casi esaminati, il Consiglio Europeo ha sempre assunto l'iniziativa politica e ha aperto la strada all'adozione di nuovi strumenti giuridici. Successivamente, attraverso il *diritto morbido* della Commissione Europea, 1) è stato introdotto il «Quadro temporaneo sugli aiuti di stato» ed 2) è stata attivata la «clausola di salvaguardia generale» del «Patto di Stabilità e Crescita». In ultima battuta, 3) la produzione di *soft law* da parte della Commissione Europea ha permesso di costruire gradualmente l'impianto giuridico alla base di «*Next Generation EU*».

L'obiettivo ultimo sarà quello di dare risposta, in particolar modo, a un dubbio. Nel contesto dell'Unione Europea, il *soft law* prodotto durante l'emergenza pandemica può essere inquadrato nelle tendenze già in atto, di utilizzo del *diritto morbido*, evidenziate dalla dottrina? O, al contrario, costituisce (in tutto o in parte) un fenomeno originale, avendo avuto dei tratti d'eccezione, così da dover essere considerato un'anomalia... nell'anomalia?

La risposta a questo dilemma non è, sicuramente, semplice. Nel prosieguo dell'analisi, si procederà per piccoli passi, approfondendo i singoli casi di studio, nel tentativo di arrivare a delle possibili soluzioni.

2. L'«interpretazione evolutiva» del «Quadro temporaneo sugli aiuti di stato»

A partire dal mese di marzo del 2020, mentre si propagava il virus Covid-19, l'Unione Europea ha adottato una pluralità di misure in materia di concorrenza: la forma di questi provvedimenti è stata, in prevalenza, quella del *soft law*.

L'impulso politico fondamentale è scaturito dal Consiglio Europeo del 10 marzo 2020, nel corso del quale i Capi di Stato e di Governo dei Paesi membri hanno stabilito di impiegare tutti gli strumenti possibili per affrontare lo *shock* economico della pandemia: fra le varie misure da adottare, il Consiglio Europeo ha espresso la volontà di applicare in senso flessibile le disposizioni

dell'ordinamento europeo in materia di aiuti di stato, specificando che la Commissione Europea avrebbe adottato tutte le iniziative necessarie e gli Stati membri avrebbero assicurato un seguito attento e immediato.

In senso coerente, sempre nel marzo del 2020, anche la Commissione Europea ha manifestato un orientamento favorevole a interpretare in senso meno rigido il divieto in materia di aiuti di stato, attivando per mezzo del *soft law* le deroghe previste dall'art. 107 TFUE (comunicazione n. 112 del 2020): la Commissione Europea ha, quindi, istituito il «Quadro temporaneo in materia di aiuti di stato», attraverso la comunicazione n. 1863 del 2020, successivamente modificata e integrata da altre sei comunicazioni (le comunicazioni n. 2215, 3156, 4509, 7127 del 2020, cui si sono aggiunte le comunicazioni n. 564 e 8442 del 2021)²¹.

Nel presente paragrafo, a) si analizzerà la base giuridica del *soft law* del «Quadro temporaneo», esaminando le disposizioni dell'art. 107 TFUE, le deroghe ivi previste e le loro possibili interpretazioni. Dopodichè, b) si approfondiranno i singoli atti di *soft law*, che hanno dato attuazione alle deroghe, inquadrandone i contenuti essenziali e focalizzando l'attenzione sugli obiettivi complessivi. A chiusura del paragrafo, c) si cercherà di trarre delle conclusioni generali a proposito dell'utilizzo che è stato fatto del *soft law* da parte della Commissione Europea, in materia di concorrenza e aiuti di stato, durante la crisi pandemica.

Per quanto riguarda la base giuridica del «Quadro temporaneo»²², l'art. 107 TFUE ha stabilito, a livello generale, che sono incompatibili con il mercato concorrenziale gli aiuti alle imprese erogati, sotto qualsiasi forma, dalle istituzioni pubbliche ovvero per mezzo di risorse statali (art. 107 comma 1 TFUE); allo stesso tempo, però, sempre l'art. 107 TFUE ha individuato una serie di casi in cui il divieto non si applica (art. 107 comma 2 TFUE) o può non essere applicato (art. 107 comma 3 TFUE)²³.

²¹ CAMERA DEI DEPUTATI, *Gli aiuti di stato nell'attuale epidemia da Covid-19: il quadro europeo*, in www.camera.it, 2022.

²² M. PREVIATELLO, *Crisi ucraina e nuovo «Quadro temporaneo in materia di aiuti di Stato»*, in *Eurojus*, n. 2, 2022, p. 87 ss.; scuto f., *La dimensione sociale della Costituzione economica nel nuovo contesto europeo*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 77 ss.; G. LUCHENA, *Una nuova politica degli aiuti di stato? Gli aiuti istantanei nel contesto dell'emergenza Covid-19 tra coerenza d'insieme e profili inediti*, in *Concorrenza e mercato*, n. 1, Milano, Giuffrè, 2020, p. 31 ss.; D. FERRI, *The role of EU state aid law as a "risk management tool" in the Covid-19 crisis*, in *European Journal of Risk Regulation*, n. 1, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 176 ss.; G. SABATINO, *Covid-19, European law and the geo-policy of aids. The incomplete structures of European development planning*, in *Concorrenza e mercato*, n. 1, Milano, Giuffrè, 2020, p. 65 ss.; F. ROSSI DAL POZZO, *Aiuti di Stato e stato d'emergenza tra solidarietà e condizionalità*, in *Eurojus*, n. 4, 2021, p. 61 ss.; M. SCHEPISI, *Aiuti di Stato ... o aiuti tra Stati? Dal «Temporary Framework» al «Recovery Plan» nel «comune interesse europeo»*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 1, Torino, Giappichelli, 2021, p. 114 ss.

²³ M. PREVIATELLO, *Crisi ucraina e nuovo «Quadro temporaneo»*, cit., p. 88 ss.;

L'art. 107 comma 2 TFUE ha precisato in quali circostanze siano applicate delle «deroghe automatiche» al divieto di aiuti di stato. Sono quei casi, indicati dall'art. 107 comma 2 TFUE, in cui gli aiuti sono sicuramente riconosciuti come compatibili col mercato interno: in queste ipotesi, gli aiuti risultano consentiti direttamente in forza delle disposizioni del Trattato, mentre il controllo della Commissione Europea è limitato a un semplice riconoscimento della legittimità, finalizzato a evitare gli usi impropri dell'art. 107 comma 2 TFUE.

Fra le «deroghe automatiche», rientra l'ipotesi in cui gli aiuti siano necessari a «ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali» (art. 107, comma 2, lettera b TFUE). Questa deroga è stata formulata in maniera particolarmente rigida: in primo luogo, l'aiuto pubblico è consentito nel caso in cui il danno subito dall'impresa sia immediatamente riconducibile, per la sussistenza di un *nesso causale diretto*, a «calamità naturali» oppure ad «altri eventi eccezionali»; in secondo luogo, l'entità delle risorse pubbliche erogate deve essere strettamente *proporzionata* alla consistenza del danno. Per queste ragioni, la deroga è utile alla mera compensazione del danno, mentre non è idonea a far fronte agli effetti di medio-lungo termine, che si producono successivamente al venir meno delle «calamità naturali» o degli «altri eventi eccezionali»²⁴.

In passato, la «deroga automatica» per l'eccezionalità dell'evento è stata applicata dalla Commissione Europea (seppure in casi limitati e settoriali) per consentire che fossero indennizzate le compagnie aeree che avevano sofferto danni economici per via dell'attentato dell'11 settembre 2001 (comunicazione n. 574 del 2001) e per concedere sovvenzioni agli agricoltori in difficoltà a causa di un'epidemia che aveva interessato l'allevamento dei bovini (decisioni n. 437 e 657 del 2001 sulla c.d. *mucca pazza*)²⁵.

Occorre evidenziare come l'art. 107 comma 3 TFUE abbia elencato una serie d'ipotesi in cui possono essere applicate delle «deroghe discrezionali» al divieto di aiuti di stato: si tratta di casi in cui, in linea di massima, è possibile l'erogazione di aiuti di stato, ma il controllo esercitabile dalla Commissione Europea è maggiormente penetrante e, soprattutto, altamente discrezionale, riguardando il merito delle singole misure, così come le loro potenziali ricadute, economiche e sociali.

Nell'elencazione delle «deroghe discrezionali», è presente l'ipotesi in cui gli aiuti di stato possono essere erogati per «porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro» (art. 107, comma 3, lettera b

²⁴ F. ROSSI DAL POZZO, *Aiuti di Stato e stato d'emergenza*, cit., p. 62.

²⁵ M. SCHEPISI, *Aiuti di Stato ... o aiuti tra Stati?*, cit., p. 119.

TFUE). È stato evidenziato²⁶ come il raggio d'azione di questa deroga possa essere molto ampio: la disposizione può essere applicata non solo per compensare i danni subiti dalle imprese, ma anche per strutturare misure che siano adeguate alla ripresa e al rilancio delle attività economico-produttive.

Per molto tempo, quest'ipotesi di «deroga discrezionale» ha avuto un ruolo di secondo piano. Soltanto durante la crisi finanziaria del 2008²⁷, è stato registrato un netto cambiamento d'approccio nella sua applicazione da parte delle istituzioni europee. Per la prima volta, la Commissione Europea ha riconosciuto come l'art. 107, comma 3, lettera b TFUE potesse essere applicato in quelle situazioni in cui la crisi di un singolo settore finanziario, come quello bancario, fosse a tal punto grave da mettere a rischio la tenuta dell'intero sistema economico, rendendo necessario un sostegno massiccio alle imprese da parte degli Stati.

La Commissione Europea è, così, ricorsa al *soft law* per ammorbidire il divieto in materia di aiuti di stato e renderne più flessibile l'applicazione: è possibile fare riferimento, nello specifico, a due atti di *soft law*, la comunicazione n. 270 del 2008, riguardante il settore bancario, e la comunicazione n. 16 del 2009, che ha introdotto il «Quadro di riferimento temporaneo in materia di aiuti di stato».

Attraverso il *soft law*, sono stati resi pubblici *ex ante* i criteri che la Commissione Europea ha poi adottato nell'applicare la «deroga discrezionale» dell'art. 107, comma 3, lettera b TFUE e nel decidere sulla compatibilità degli aiuti: in questa maniera, il *soft law* ha influito sulla predisposizione delle misure d'intervento da parte dei singoli Stati membri, che hanno strutturato i propri provvedimenti tenendo conto dell'interpretazione dell'art. 107 TFUE prospettata dalle comunicazioni della Commissione Europea.

In continuità con l'esperienza della crisi del 2008, per far fronte all'emergenza pandemica, le deroghe previste dall'art. 107 TFUE sono state, per l'appunto, applicate da parte della Commissione Europea attraverso atti di *soft law*, nella forma specifica delle comunicazioni. In particolar modo, l'impatto economico della diffusione del virus Covid-19 è stato considerato di natura e portata tale da giustificare il ricorso all'art. 107, comma 3, lettera b TFUE.

Il 19 marzo 2020 la Commissione Europea ha, così, introdotto il «Quadro temporaneo in materia di aiuti di stato» per l'emergenza pandemica, fondato sull'art. 107, comma 3, lettera b TFUE.

La comunicazione n. 1863 del 2020 ha inaugurato una prassi d'interpretazione più blanda del divieto di aiuti di stato e ha autorizzato nuo-

²⁶ M. SCHEPISI, *Aiuti di Stato ... o aiuti tra Stati?*, cit., p. 123.

²⁷ M. PREVIATELLO, *Crisi ucraina e nuovo «Quadro temporaneo»*, cit., p. 93.

ve ipotesi di aiuto alle imprese sotto forma di sovvenzioni dirette; agevolazioni fiscali o di pagamenti; garanzie pubbliche e tassi d'interesse agevolati sui prestiti; maggiore flessibilità nella concessione di assicurazioni del credito all'esportazione a breve termine.

Il «Quadro temporaneo» è stato rivisto e integrato più volte, per mezzo di ulteriori atti di *soft law* della Commissione Europea. Con una prima comunicazione, sono state autorizzate altre fattispecie di aiuto alle attività di ricerca e sviluppo riguardanti il virus Covid-19 (comunicazione n. 2215 del 2020²⁸): lo scopo era quello di accelerare la sperimentazione e la produzione di prodotti connessi al contenimento del virus, come medicinali, disinfettanti, sostanze chimiche, dispositivi medici, attrezzature ospedaliere e sanitarie.

Con i successivi atti di *soft law*, sono state rese possibili, in particolar modo, ulteriori ipotesi di aiuto alle imprese, in un'ottica di supporto a quelle realtà economiche che, a causa delle sospensioni o delle interruzioni dovute all'emergenza pandemica, si trovassero in una situazione di difficoltà finanziaria.

La comunicazione n. 3156 del 2020 ha permesso l'impiego di specifici provvedimenti di aiuto, facilitando l'utilizzo di strumenti di capitale o di strumenti ibridi di capitale da parte degli Stati membri²⁹. La comunicazione n. 4509 del 2020 ha consentito l'erogazione di particolari contributi pubblici alle piccole e medie imprese, mentre la comunicazione n. 7127 del 2020 ha autorizzato l'erogazione di sovvenzioni per la copertura dei costi fissi non remunerati delle imprese. La comunicazione n. 8442 del 2021 ha, quindi, definito nuove forme di aiuto alle imprese, in funzione di una ripartenza economica in chiave sostenibile, con particolare attenzione agli obiettivi della transizione verde e digitale³⁰.

Le ultime comunicazioni della Commissione, oltre ad aver alzato i massimali previsti per particolari ipotesi d'aiuto, hanno prorogato la validità gene-

²⁸ In questo caso, è stata fatta leva non tanto sull'art. 107 comma 3, lettera b TFUE, quanto sull'art. 107, comma 3, lettera c TFUE, in particolar modo sulla clausola che consente gli «aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività».

²⁹ La Commissione ha ammesso l'acquisizione da parte degli Stati membri di quote di capitale delle società strategiche maggiormente in difficoltà, sulla base dell'art. 345 TFUE: adottando come base giuridica quest'articolo, la Commissione Europea ha espressamente chiarito che «se gli Stati membri acquisiscono quote esistenti di imprese a prezzi di mercato o investono in condizioni di parità rispetto agli azionisti privati, ciò non costituisce, di norma, un aiuto di Stato» (comunicazione n. 3156 del 2020). L'art. 345 TFUE, infatti, chiarisce come «i trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri». La formulazione generica dell'art. 345 TFUE ha spinto gli interpreti a considerare le sue disposizioni come neutrali di fronte al problema della titolarità della proprietà: l'art. 345 TFUE non ha indicato una chiara preferenza per la proprietà privata, né tantomeno ha escluso la possibilità di forme di proprietà pubblica negli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

³⁰ Questi particolari aiuti sono stati consentiti ex art. 107, comma 3, lettera c del TFUE.

rale del «Quadro temporaneo» fino al 30 giugno 2022 (comunicazioni n. 564 e 8442 del 2021).

Gli atti di *soft law* che hanno istituito e, quindi, definito ulteriormente il «Quadro temporaneo» hanno gradualmente allentato il rigore del divieto di aiuti di stato, consentendo maggiore margine di manovra ai singoli Stati membri: le istituzioni pubbliche hanno, così, goduto di un raggio d'azione più ampio, nel momento in cui sono intervenute a beneficio dei sistemi economici in maggiore difficoltà³¹.

È stato evidenziato come, a distanza di poco più di un anno dalla sua introduzione, alla data del 31 marzo 2021, la Commissione Europea abbia già applicato il «Quadro temporaneo» in numerosi casi concreti che le sono stati sottoposti (oltre cinquecento) e abbia, così, autorizzato plurime misure che sarebbero state vietate in tempi ordinari, ampliando il raggio d'intervento di ciascuno Stato membro, a beneficio di interi settori produttivi³².

Guardando al caso specifico dell'Italia, il Servizio Studi della Camera dei Deputati ha pubblicato un *report* riguardante le misure straordinarie adottate a sostegno dell'economia nazionale, in conformità al «Quadro temporaneo»³³. Il *report* ha analizzato e classificato i principali atti legislativi, che hanno disciplinato gli strumenti emergenziali, per un totale di undici decreti-legge, entrati in vigore fra il marzo del 2020 e il maggio del 2021. Fra gli atti in questione, sono stati richiamati i decreti-legge n. 9, 18, 23, 34, 104, 137, 149, 154 e 157 del 2020 e i decreti-legge n. 41 e 73 del 2021. Questi decreti-legge hanno introdotto misure straordinarie a supporto di singoli settori economici o di particolari categorie d'impresе, consistenti ad esempio nella sospensione dei versamenti e degli adempimenti fiscali, nell'erogazione di contributi a fondo perduto, nell'immissione di liquidità all'interno delle imprese o nella copertura dei loro costi fissi. Le varie misure sono state, in larga parte, rese possibili proprio dall'allentamento del divieto di aiuti di stato prodotto dal «Quadro temporaneo».

È sicuramente vero che il «Quadro temporaneo» ha permesso agli Stati membri di dispiegare tempestivamente gli interventi di sostegno alle imprese più colpite dall'emergenza pandemica, rafforzando gli strumenti protettivi dell'economia europea. Tuttavia, il «Quadro temporaneo» non è stato conce-

³¹ M.A. WILKINSON, H. LOKDAM, *The European economic constitution in crisis. a conservative transformation*, in *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, n. 3, 2021, pp. 2-3; C. BERGONZINI, *L'Europa e il Covid-19. Un primo bilancio*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 4, Bologna, Il Mulino, 2020, p. 766; F. SCUTO, *La dimensione sociale della Costituzione economica*, cit., pp. 31-33.

³² M. SCHEPISI, *Aiuti di Stato ... o aiuti tra Stati?*, cit., p. 113.

³³ CAMERA DEI DEPUTATI, *Misure fiscali e finanziarie per l'emergenza Coronavirus*, Roma, Servizio Studi, 2021.

pito esclusivamente in funzione di salvaguardia del sistema economico-produttivo³⁴.

Le comunicazioni riguardanti il «Quadro temporaneo» sono inquadrabili fra quegli atti di *soft law* di carattere decisionale (c.d. *decisional guidelines or frameworks*³⁵) che non si limitano a fornire un'interpretazione letterale delle disposizioni dei Trattati ma fissano degli indirizzi riguardanti le modalità con cui la Commissione Europea esercita un suo potere discrezionale, in settori come la concorrenza e gli aiuti di stato, in cui è competente a decidere su casi individuali.

Gli indirizzi così stabiliti, innanzitutto, hanno applicazione interna, dal momento che orientano l'approccio che la Commissione segue nella soluzione dei singoli casi; allo stesso tempo, però, hanno significative ricadute esterne, considerando che sono destinati a influenzare i comportamenti di soggetti terzi, come le istituzioni pubbliche e le imprese.

Ancor più nello specifico, i *decisional frameworks* adottati nel settore degli aiuti di stato si distinguono per definire indirizzi fortemente dettagliati e per imporre specifici obblighi in capo agli Stati membri. Si tratta di un profilo evidente, in particolar modo, per quanto riguarda gli obblighi di notificazione relativi a singole ipotesi di aiuto di stato che presentano determinate caratteristiche o che eccedono le soglie massime previste dallo stesso *decisional framework*.

Dopodiché, le comunicazioni sul «Quadro temporaneo» hanno delineato una strategia complessiva della Commissione Europea sulle finalità verso cui orientare la ricostruzione economica e produttiva. Attraverso le sue comunicazioni, la Commissione ha suggerito gli indirizzi di politica economica che i poteri pubblici avrebbero dovuto perseguire, individuando le modalità, i settori e gli scopi da preferire negli investimenti delle risorse pubbliche.

È stato evidenziato come, anche se sono rimaste immutate le disposizioni dei Trattati, attraverso il *soft law* sia stata compiuta un'«interpretazione evolutiva»³⁶ delle regole in materia di aiuti di stato dell'art. 107 TFUE. Da questo punto di vista, sono state sfruttate appieno le potenzialità della deroga ex art. 107, comma 3, lettera b TFUE, per perseguire interessi pubblici, di natura non necessariamente economica, definiti *ex ante* dal *diritto morbido*.

Per mezzo del «Quadro temporaneo», la Commissione ha mostrato di voler privilegiare politiche pubbliche volte a promuovere la tutela dell'ambiente

³⁴ G. LUCHENA, *Una nuova politica degli aiuti di stato?* cit., pp. 43-44; G. SABATINO, *Covid-19, European law and the geo-policy of aids*, cit., p. 68.

³⁵ L. SENDEN, *Soft law in European Community Law*, cit., pp. 153-155. Per comprendere le caratteristiche della categoria, si veda anche L. SENDEN, *Soft law in European Community Law*, cit., pp. 148-153.

³⁶ Cfr. M. PREVIATELLO, *Crisi ucraina e nuovo Quadro temporaneo*, cit., p. 100.

e la digitalizzazione. Già la comunicazione istitutiva del «Quadro temporaneo» ha chiarito come la diversa interpretazione dell'art. 107 TFUE servisse ad assicurare che le misure di sostegno nazionali fossero efficaci nell'aiutare le imprese colpite durante l'epidemia, «ma anche a consentire loro di riprendersi dalla situazione attuale, tenendo conto di quanto sia importante la duplice transizione verde e digitale conformemente agli obiettivi dell'UE» (comunicazione n. 1863 del 2020).

Successivamente, la Commissione Europea ha chiarito come le misure pubbliche di sostegno alle imprese avrebbero potuto favorire «una crescita più sostenibile a lungo termine (...) e la trasformazione verso l'obiettivo della neutralità climatica, concordato nell'Unione Europea, entro il 2050» (comunicazione n. 3156 del 2020): per questa ragione, la comunicazione n. 3156 del 2020 ha sì consentito la ricapitalizzazione delle imprese in situazione di crisi, per mezzo di risorse statali, a condizione però che le aziende beneficiarie dimostrassero di utilizzare gli aiuti in conformità a «gli obblighi nazionali in materia di trasformazione verde e digitale, compreso l'obiettivo della neutralità climatica entro il 2050».

Da ultimo, la Commissione ha voluto autorizzare specificatamente le misure di aiuto che fossero in linea con una visione di «ripresa sostenibile», facendo riferimento a progetti imprenditoriali espressamente dedicati alla transizione ecologica e digitale (comunicazione n. 8442 del 2021): da questo punto di vista, la comunicazione n. 8442 del 2021 ha autorizzato misure di sostegno, per un importo massimo di 10 milioni di euro per singola impresa, sotto forma di «sovvenzioni a fondo perduto, agevolazioni fiscali o differimenti, tassi di interesse agevolati su prestiti o garanzie», per finanziare direttamente iniziative che fossero indirizzate verso scopi di salvaguardia dell'ambiente e d'innovazione digitale.

Per concludere, è necessario evidenziare come, in seguito all'aggressione dell'Ucraina da parte della Russia, la Commissione Europea abbia istituito un nuovo «Quadro temporaneo di crisi per misure di aiuto di stato», per far fronte agli aumenti imprevisti e improvvisi dei costi delle materie prime e dell'energia che, pure, si sono rivelati particolarmente gravosi per le piccole e medie imprese già messe a dura prova dall'emergenza pandemica (comunicazione n. 131 del 2022).

Il nuovo «Quadro temporaneo» si è basato su di un'interpretazione dell'art. 107, comma 3, lettera b TFUE che, sostanzialmente, si è posta in continuità con quella proposta in seguito all'emergenza pandemica, anche dal punto di vista del perseguimento di finalità come quelle legate alla promozione della transizione verde.

L'adozione del nuovo «Quadro temporaneo» ha, quindi, di fatto confermato quelle tendenze nell'uso del *soft law* già sviluppatasi durante

l'emergenza pandemica, soprattutto dal punto di vista dell'«interpretazione evolutiva» delle disposizioni in materia di aiuti di stato.

3. L'attivazione della «clausola di salvaguardia generale» e il suo orizzonte temporale

Nel corso dell'emergenza dovuta al virus Covid-19, un *turning point* è stato rappresentato dall'attivazione della «clausola di salvaguardia generale»³⁷.

Pure in questo caso, l'iniziativa politica è stata assunta dapprima dal Consiglio Europeo del 10 marzo 2020, nel contesto del quale i Capi di Stato e di Governo dei Paesi membri hanno riconosciuto l'utilità di un'applicazione flessibile delle disposizioni del «Patto di stabilità e crescita» in materia di vincoli di bilancio.

La strutturazione degli elementi fondamentali della «clausola di salvaguardia generale» è, successivamente, avvenuta attraverso una pluralità di atti di *soft law*: una prima comunicazione della Commissione Europea ha, di fatto, innescato la «clausola di salvaguardia» (comunicazione n. 123 del 2020), mentre altre due comunicazioni successive hanno circoscritto il suo ambito d'efficacia, la durata temporale della sua applicazione e le finalità generali del suo impiego (comunicazione n. 500 del 2021 e comunicazione n. 600 del 2022).

In questo paragrafo, a) si focalizzerà l'attenzione sulla base giuridica del *diritto morbido*, circoscrivendo le disposizioni del «Patto di stabilità e cresci-

³⁷ P. DERMINE, *The EU's response to the COVID-19 crisis and the trajectory of fiscal integration in Europe: between continuity and rupture*, in *Legal Issues of Economic Integration*, n. 4, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2020, pp. 338- 339; P. DERMINE, *Fiscal surveillance and coordination in post-pandemic times – between uncertainty and opportunity*, in (a cura di) BANCA CENTRALE EUROPEA, *Continuity and change – how the challenges of today prepare the ground for tomorrow. ECB Legal Conference 2021*, Francoforte sul Meno, Banca Centrale Europea, 2022, p. 404 ss.; C. DOMENICALI, *La Commissione Europea e la flessibilità "temporale" nell'applicazione del Patto di stabilità e crescita*, in *Federalismi*, n. 19, 2020, p. 453 ss.; C. DOMENICALI, *La flessibilità dei numeri: la Commissione Europea e le trattative multilivello sui bilanci nazionali*, in C. CARUSO, M. MORVILLO (a cura di), *Il governo dei numeri: indicatori macroeconomici e decisione di bilancio nello Stato Costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2020, p. 155 ss.; M. DANI, *La riforma della governance economica europea nella prospettiva del diritto costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3, Bologna, Il Mulino, 2022, p. 630 ss.; O. CHESSA, *La governance economica europea dalla moneta unica all'emergenza pandemica*, in *Lavoro e diritto*, n. 3, Bologna, Il Mulino, 2020, p. 409 ss.; L. BARTOLUCCI, *Le reazioni economico-finanziarie all'emergenza Covid-19 tra Roma, Bruxelles e Francoforte (e Karlsruhe)*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, n. 1, Roma, Fondazione Capriglione, 2021, p. 154 ss.; C. BERGONZINI C., *L'Europa e il Covid-19*, cit., p. 766; F. SALMONI, *La riforma del Patto di stabilità e crescita: un'occasione per trasformare l'Europa o un maquillage per l'austerità che verrà?*, in *Costituzionalismo*, n. 3, 2021, p. 49 ss.; D. TRABUCCO, *Gli strumenti economico-finanziari dell'Unione Europea per fronteggiare le conseguenze della pandemia causata dal Covid-19: un rafforzamento dell'ordo neoliberista con ripercussioni "silenti" sulla forma di stato e sulla tenuta dell'ordinamento comunitario. Verso un'Europa a "due velocità"?*, in *Diritto pubblico europeo rassegna online*, n. 2, 2020, p. 11 ss.

ta» che hanno giustificato le comunicazioni della Commissione Europea. Successivamente, b) si guarderà alla sostanza del *soft law* che, di fatto, ha dato applicazione alla «clausola di salvaguardia», provando a ricostruire quelle che sono state le ricadute concrete. Per concludere, c) si proverà a riflettere sull'impiego che, anche in questo caso specifico, è stato fatto del *soft law* da parte della Commissione Europea, nel corso dell'epidemia da virus Covid-19.

La «clausola di salvaguardia generale» è prevista dalle disposizioni del «Patto di stabilità e crescita» ed è possibile ricorrervi, dietro valutazione discrezionale della Commissione Europea, nel caso in cui si verifichi «un evento inconsueto al di fuori del controllo dello Stato membro interessato» (artt. 5 comma 1, 6 comma 3, 9 comma 1 e 10 comma 3 del regolamento n. 1466 del 1997, nonché artt. 3 comma 5 e 5 comma 2 del regolamento n. 1467 del 1997).

Il regolamento n. 1466 del 1997 ha formulato tre diverse ipotesi di «evento inconsueto» in grado di giustificare l'attivazione della «clausola di salvaguardia», consistenti in quelle circostanze concrete in cui si realizzi a) un qualsiasi evento che abbia significative ripercussioni sulla situazione finanziaria di uno stato membro; b) una congiuntura di grave recessione economica in grado di coinvolgere l'intera Unione Europea; c) un caso di recessione ugualmente grave, ma riguardante principalmente gli Stati membri della zona euro.

Al verificarsi di uno di questi «eventi inconsueti», l'attivazione della «clausola» permette, in concreto, agli Stati membri di discostarsi dai criteri sulla tenuta delle finanze pubbliche, avendo, pertanto, un maggiore capacità di spesa nel predisporre le manovre di bilancio necessarie al superamento della contrazione economica.

Sempre il regolamento n. 1466 del 1997 ha precisato però che, nel caso in cui la «clausola di salvaguardia» venga attivata, debba essere rispettata una particolare condizione. Le misure d'intervento predisposte dagli Stati membri non devono compromettere «la sostenibilità del bilancio a medio termine»: ciò significa che le manovre di spesa non possono, in ogni caso, raggiungere livelli tali da essere insostenibili, sul medio periodo, per quegli Stati membri che siano già fortemente indebitati³⁸.

Non è possibile individuare delle circostanze passate, precedenti all'emergenza sanitaria, in cui la «clausola di salvaguardia» abbia trovato effettiva attuazione: da questo punto di vista, pertanto, va evidenziato come il *soft law* abbia avuto un ruolo significativo nella messa in opera di un istituto che, prima della pandemia, non era mai stato concretamente applicato.

³⁸ O. CHESSA, *La governance economica europea*, cit., p. 410.

Già il 13 marzo 2020, la comunicazione n. 112 del 2020 della Commissione Europea ha prospettato la possibilità di rendere operativa la «clausola di salvaguardia»³⁹, nel perdurare dell'emergenza legata al virus Covid-19, al fine di consentire maggiori margini di manovra agli Stati membri nel predisporre le proprie politiche di bilancio.

A distanza di pochissimi giorni, il 20 marzo 2020, la comunicazione n. 123 del 2020 della Commissione Europea ha ritenuto che fossero soddisfatte le condizioni necessarie per l'attivazione della «clausola di salvaguardia» e, di conseguenza, ha determinato l'applicazione di questo particolare istituto.

Secondo l'interpretazione prospettata dalle comunicazioni n. 112 e n. 123 del 2020, il grave *shock* economico, provocato dalla pandemia, è stato inquadrato come un «evento inconsueto», ai sensi dei regolamenti n. 1466 e 1467 del 1997, consistendo in un caso di «grave recessione economica per la zona euro o l'Unione Europea nel suo complesso».

La comunicazione n. 123 del 2020 ha circoscritto l'ambito d'operatività della «clausola di salvaguardia», chiarendo in partenza come la Commissione Europea avrebbe mantenuto intatto, nel corso del tempo, un ruolo di coordinamento e di monitoraggio delle politiche di gestione delle finanze pubbliche adottate da ciascuno Stato membro.

Ciò ha voluto dire che l'attivazione della «clausola di salvaguardia» ha sì consentito agli Stati membri di discostarsi, in maniera temporanea, coordinata e ordinata, dagli obblighi di bilancio che normalmente avrebbero dovuto essere osservati. Tuttavia, nel corso del periodo di diffusione del virus, anche dopo l'attivazione della «clausola di salvaguardia», la Commissione Europea ha continuato a supervisionare gli Stati membri⁴⁰, per accertare annualmente

³⁹ I propositi della Commissione sono stati, fra l'altro, corroborati dalle conclusioni del Consiglio Europeo del 17 marzo, che hanno riconosciuto la necessità di sostenere l'iniziativa ventilata dalla Commissione, attraverso l'attivazione degli strumenti di flessibilità previsti dal «Patto di stabilità e crescita».

⁴⁰ A partire dal 2020, mentre era efficace la clausola di salvaguardia, la Commissione ha in ogni caso attivato, nei confronti di praticamente tutti gli Stati membri, la procedura per disavanzo eccessivo ex art. 126 TFUE. Quando viene attivata, la procedura non comporta sanzioni effettive: la procedura può essere definita, tutt'al più, come un segnale d'allarme sulla situazione generale dei conti pubblici. Solitamente, nel corso della procedura possono essere adottati dei particolari atti da parte della Commissione, secondo quanto disposto dall'art. 126 TFUE comma 3 TFUE, consistenti nelle relazioni specifiche riguardanti la situazione finanziaria del singolo Stato membro. Nella maggior parte dei casi, gli Stati membri danno seguito alle indicazioni delle relazioni specifiche, attraverso una rimodulazione delle politiche pubbliche, compiendo degli sforzi maggiori per riallinearsi ai parametri fiscali.

Nel 2020, la Commissione Europea ha pubblicato le relazioni ex art. 126 comma 3 TFUE per ciascun Stato membro che si è discostato da almeno uno dei parametri previsti dal *Patto di stabilità e crescita*. Le relazioni hanno riguardato, in particolar modo, 27 Stati membri dell'Unione Europea. È da evidenziare come, fra i 27 Stati membri, fosse incluso il Regno Unito. Non era compresa, invece, la Romania, perchè era stata già adottata una relazione specifica nel febbraio 2020. Nel 2021, è pro-

quali fossero le loro condizioni dal punto di vista del disavanzo pubblico e del debito pubblico.

La flessibilizzazione dei parametri del «Patto di stabilità e crescita», in ogni caso, è stato uno dei fattori che hanno consentito ai poteri pubblici di assumere un ruolo di guida, legittimando le politiche statali volte al superamento dello *shock* economico per mezzo dell'aumento della spesa pubblica, senza più subire il condizionamento di vincoli di bilancio eccessivamente stringenti.

Nel caso specifico dell'Italia, proprio a causa dell'emergenza sanitaria, nel corso del 2020 e del 2021, il Parlamento ha autorizzato una molteplicità di scostamenti di bilancio (e, quindi, l'incremento del *deficit* pubblico) rispetto agli obiettivi programmatici che erano stati precedentemente fissati, adottando un totale complessivo di quattordici risoluzioni parlamentari ai sensi dell'art. 6, comma 3, della legge n. 243 del 2012⁴¹.

In seguito a questi scostamenti di bilancio, è stato possibile fornire una piena copertura finanziaria, attraverso le risorse statali, ad alcuni dei principali provvedimenti legislativi, adottati a sostegno dei settori imprenditoriali e lavorativi maggiormente penalizzati dalle misure restrittive dovute al virus

seguita l'attività di monitoraggio della Commissione Europea, con la pubblicazione di una relazione comparativa ex art. 126 comma 3 TFUE, che ha fornito un prospetto globale, mettendo a confronto la situazione finanziaria di ciascuno degli Stati membri (comunicazione n. 529 del 2021). Nel 2022, la Commissione ha nuovamente pubblicato le relazioni per ognuno dei 27 Stati membri dell'Unione, rilevando solo in alcuni casi un progressivo riallineamento della situazione dei bilanci rispetto ai parametri finanziari del *Patto di stabilità e crescita*.

Nel corso della crisi sanitaria, proprio per effetto dell'attivazione della *clausola di salvaguardia*, le relazioni prodotte ex art. 126 TFUE sono state, almeno temporaneamente, depotenziate, venendo meno quella loro capacità di condizionamento nei confronti delle politiche di bilancio del singolo Stato membro. Quel che emerge, però, dalla lettura delle relazioni è che gli Stati membri hanno effettivamente beneficiato, mentre imperversava la pandemia, della possibilità di discostarsi dai parametri del *Patto di stabilità e crescita*, come dimostrato dall'incremento dei livelli di spesa pubblica registrato nei bilanci nazionali.

⁴¹ Per quanto riguarda i contenuti della legge n. 243 del 2012, si veda A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 372 ss. Per quanto riguarda, nello specifico, gli scostamenti di bilancio nel contesto dell'emergenza pandemica, si vedano L. BARTOLUCCI, *Le reazioni economico-finanziarie all'emergenza Covid-19*, cit., p. 161 ss.; CAMERA DEI DEPUTATI, *Gli scostamenti di bilancio per l'emergenza Covid*, Roma, Servizio Studi Camera, 2021; CAMERA DEI DEPUTATI, *Gli scostamenti di bilancio della XVIII legislatura: un quadro d'insieme*, Roma, Servizio Studi Camera, 2022.

Gli scostamenti sono stati autorizzati, rispettivamente, l'11 marzo 2020 (risoluzione n. 6-00103 della Camera e risoluzione n. 6-00102 del Senato); il 29 e il 30 aprile 2020 (risoluzione n. 6-00107 della Camera e risoluzione n. 6-00106 del Senato); il 29 luglio 2020 (risoluzione n. 6-00123 della Camera e risoluzione n. 6-00124 del Senato); il 14 ottobre 2020 (risoluzione n. 6-00145 della Camera e risoluzione n. 6-00138 del Senato); il 26 novembre 2020 (risoluzione n. 6-00154 della Camera e risoluzione n. 6-00152 del Senato); il 20 gennaio 2021 (risoluzione n. 6-00169 della Camera e risoluzione n. 6-00169 del Senato); il 22 aprile 2021 (risoluzione n. 6-00185 della Camera e risoluzione n. 6-00184 del Senato).

Covid-19: fra questi provvedimenti, sono compresi ad esempio i decreti-legge n. 18, 23, 34, 104 e 137 del 2020, la legge n. 178 del 2020 (c.d. *legge di bilancio 2021*) e i decreti-legge n. 30, 41, 59 e 73 del 2021.

È di particolare interesse, per la presente analisi, il modo in cui la Commissione Europea ha utilizzato il *soft law* per definire quale dovesse essere la durata temporale d'attivazione della «clausola di salvaguardia generale»: il *diritto morbido* non ha semplicemente fissato la scadenza temporale della «clausola di salvaguardia»; il *soft law*, infatti, ha anticipato quali sarebbero stati i parametri che la Commissione Europea avrebbe preso in considerazione per modularne il periodo temporale d'efficacia.

Secondo la comunicazione n. 500 del 2021, la «clausola di salvaguardia» avrebbe dovuto essere mantenuta per l'intero corso del 2022 e, presumibilmente, avrebbe dovuto essere disattivata a partire dagli inizi del 2023. Il periodo di vigenza della «clausola di salvaguardia» è stato, però, esteso all'intero anno 2023, per mezzo della comunicazione n. 600 del 2022.

L'orientamento della Commissione Europea ha avuto origine da una serie di motivazioni complessive in materia di politica di bilancio⁴²: fra le varie considerazioni, la Commissione ha evidenziato come fosse necessario evitare un ritiro prematuro della «clausola di salvaguardia», perché i rischi che avrebbe comportato sarebbero stati maggiori di quelli associati al suo mantenimento per un periodo di tempo dilatato.

È la comunicazione n. 105 del 2021 che ha suggerito i criteri valutativi da adottare per decidere sul mantenimento o sulla disattivazione della «clausola di salvaguardia». L'interpretazione che è stata proposta ha escluso che potessero essere presi in considerazione indicatori come il tasso di disoccupazione, il tasso di crescita economica, il divario fra il prodotto effettivo e quello potenziale: questi indicatori sono stati scartati, perché ritenuti non idonei a fornire un quadro completo ed esatto dello stato reale dell'economia. Al contrario, è stato scelto un altro indicatore, quello del «livello dell'attività economica», nell'Unione Europea o nella zona euro, perché considerato più adatto a misurare la ripresa.

La comunicazione n. 105 del 2021 ha, fra l'altro, richiamato le valutazioni compiute dal Comitato consultivo europeo per le finanze pubbliche, su come il tasso di crescita economica non potesse costituire un indicatore attendibile: nel contesto della ripresa da una grave recessione economica, il tasso di crescita non avrebbe indicato un avanzamento effettivo dell'economia, ma avrebbe più che altro comprovato un suo recupero rispetto alla precedente contrazione. Per questa ragione, avrebbe avuto maggiormente senso prendere in considerazione come parametro il livello del PIL reale dell'Unione Euro-

⁴² Comunicazione n. 105 del 2021 della Commissione Europea.

pea e dell'area euro nel periodo precedente alla crisi, per operare una comparazione col livello del PIL presente.

La comunicazione n. 105 del 2021 ha, così, concluso come «il livello dell'attività economica nell'UE o nella zona euro rispetto ai livelli precedenti la crisi (fine 2019) costituirebbe (...) il principale criterio quantitativo per valutare nel complesso l'opportunità di disattivare o di mantenere la clausola di salvaguardia generale».

Da questo punto di vista, la comunicazione n. 105 del 2021 può essere inquadrata nella categoria delle «comunicazioni interpretative»⁴³ (*interpretative communications*): adottando le *interpretative communications*, infatti, la Commissione Europea, oltre a spiegare il significato di disposizioni già esistenti, di diritto primario o derivato, può introdurre nuove regole all'interno dell'ordinamento giuridico europeo, che non sono necessariamente derivate da quelle disposizioni. È quel che è accaduto con la comunicazione n. 105 del 2021: il *soft law* non ha avuto un contenuto esclusivamente interpretativo, ma ha definito delle regole nuove rispetto a quelle previste dai regolamenti n. 1466 e 1467 del 1997, volte a precisare quando e secondo quali criteri avrebbe dovuto essere disattivata la «clausola di salvaguardia»⁴⁴.

All'inizio del 2022, la Commissione Europea ha, così, rivisto la durata temporale inizialmente prevista per la «clausola di salvaguardia», ricorrendo allo strumento del *soft law*. Stando a quanto è emerso dalla comunicazione n. 85 del 2022, in seguito alla progressiva normalizzazione del quadro della sanità pubblica, nel 2022 i singoli Stati membri stavano procedendo a una graduale eliminazione di una parte significativa delle misure di contenimento legate al virus Covid-19. Tuttavia, l'invasione militare di nuove regioni dell'Ucraina e l'inasprirsi di una guerra, di fatto, già in corso dal 2014, hanno inciso sulle prospettive complessive di ripresa dell'economia europea, creando una situazione d'incertezza e, addirittura, alimentando significativi rischi di contrazione economica.

Per queste ragioni, la comunicazione n. 600 del 2022 ha chiarito come la «clausola di salvaguardia generale» è stata mantenuta attiva anche nel corso del 2023, così da fornire un margine d'azione adeguato alle politiche di bilancio nazionali di fronte alle recenti evoluzioni nell'economia europea: «La maggiore incertezza e i forti rischi di revisione al ribasso per le prospettive

⁴³ Cfr. L. SENDEN, *Soft law in European Community law*, cit., pp. 143-148, in particolar modo p. 145.

⁴⁴ Le comunicazioni interpretative presentano caratteristiche diverse da quelle delle c.d. «leggi interpretative», dal momento che, ai chiarimenti del significato di regole già presenti, si aggiunge del diritto creato *ex novo*. Le «leggi interpretative», al contrario, devono individuare un'interpretazione che sia contenuta nei confini testuali della disposizione presa in considerazione e non possono aggiungere nuove regole a quelle già fissate nell'ordinamento giuridico. Per le caratteristiche delle «leggi interpretative», si veda A. MORRONE, *Fonti normative*, cit., pp. 50-51.

economiche nel contesto della guerra in Europa, gli aumenti senza precedenti dei prezzi dell'energia e le continue perturbazioni della catena di approvvigionamento giustificano la proroga della clausola di salvaguardia generale del Patto di stabilità e crescita fino al 2023»⁴⁵.

Sarebbe riduttivo affermare che il nuovo approccio delle istituzioni europee in materia di gestione dei bilanci, concretizzatosi nella «clausola di salvaguardia», si sia limitato all'applicazione di maggiore flessibilità. Anche in questo caso, pur rimanendo invariate le disposizioni del «Patto di stabilità e crescita», per mezzo del *soft law* è stata perseguita un'«interpretazione evolutiva»⁴⁶ simile a quella compiuta nel contesto del «Quadro temporaneo»: dal punto di vista del coordinamento delle politiche di bilancio, sia prima che successivamente all'attivazione della «clausola di salvaguardia», la Commissione Europea, sempre per mezzo dei propri atti di *soft law*, ha cercato di fissare delle priorità verso cui concentrare gli investimenti pubblici che gli Stati membri avrebbero potuto attuare in seguito alla flessibilizzazione dei vincoli sulla spesa pubblica.

Nella primissima fase dell'emergenza pandemica, le comunicazioni della Commissione Europea hanno chiarito di attivare la «clausola di salvaguardia» per perseguire delle finalità precise, legate alla salute collettiva e alla tenuta del sistema economico: *in primis* era necessario consentire maggiori spese da parte degli Stati a supporto della sanità pubblica; *in secondo*, occorreva predisporre misure di sostegno mirate alle imprese e ai lavoratori, in senso coordinato e uniforme a livello europeo⁴⁷.

A distanza di diversi mesi, le comunicazioni della Commissione Europea hanno espresso un mutamento d'indirizzo, suggerendo nuove priorità: una volta diminuiti i rischi per la salute, «la politica di bilancio dovrebbe dare priorità all'incremento degli investimenti pubblici e privati a sostegno della transizione verso un'economia verde e digitale» (comunicazione n. 500 del 2020 e, con parole simili, anche la comunicazione n. 575 del 2020). Le comunicazioni hanno cominciato a parlare di «bilanci verdi», sollecitando gli Stati a «potenziare le azioni in materia di clima e ambiente» (comunicazione n. 500 del 2020), adottando politiche di entrata e di spesa coerenti con gli obiettivi della transizione ecologica, mediante l'introduzione di nuove forme di tassa-

⁴⁵ Comunicazione n. 600 del 2022 della Commissione Europea.

⁴⁶ Cfr. M. PREVIATELLO, *Crisi ucraina e nuovo Quadro temporaneo*, cit., p. 100.

⁴⁷ La comunicazione n. 112 del 2020 ha precisato come la *clausola di salvaguardia generale* possa valere «anche per le spese eccezionali destinate a contenere l'emergenza COVID-19»: ancor più nello specifico, la Commissione ha chiarito come «la clausola possa applicarsi alla spesa sanitaria e alle politiche di sostegno mirate per imprese e lavoratori, a condizione che siano temporanee e collegate all'epidemia» (comunicazione n. 112 del 2020).

zione ambientale e la valorizzazione degli appalti verdi (comunicazioni n. 500 e 575 del 2020).

A causa della guerra in Ucraina, l'indirizzo complessivo è ulteriormente cambiato, per via dell'aumento eccessivo dei prezzi delle risorse energetiche: la Commissione Europea ha così motivato la proroga dell'attivazione della clausola di salvaguardia facendo espresso riferimento alla necessità che gli Stati membri adottassero «misure temporanee e mirate per ridurre gli effetti della crisi energetica». (comunicazione n. 600 del 2022).

4. La prevalenza del *soft law* nella strutturazione progressiva di «*Next Generation EU*»

Fra i provvedimenti di risposta all'emergenza pandemica, «*Next Generation EU*», strumento di carattere inedito e poliedrico, ha determinato un cambiamento nell'approccio complessivo dell'Unione Europea nei confronti delle situazioni di crisi economico-finanziaria. Con la mobilitazione di un consistente ammontare di risorse finanziarie, pari a 750 miliardi di euro al valore del 2018, «*Next Generation EU*» ha impresso la spinta decisiva alla ripresa delle economie degli Stati membri.

Per quanto riguarda l'approfondimento di «*Next Generation EU*», sarà compiuto un percorso d'analisi sostanzialmente differente rispetto a quello dei due precedenti paragrafi: il motivo è che il contributo del *soft law* alla costruzione di «*Next Generation EU*» è stato del tutto peculiare e ha avuto delle specificità che devono essere rimarcate. Innanzitutto, a) saranno presi in considerazione i principi fondamentali (espressi dagli artt. 122 TFUE e 175 TFUE) che hanno costituito la base giuridica dei regolamenti di disciplina di «*Next Generation EU*» (il regolamento n. 2094 del 2020 e il regolamento n. 241 del 2021). Dopodichè, b) si cercherà di mettere in risalto una particolarità, che i regolamenti in questione non hanno rappresentato, a loro volta, la base giuridica di altri provvedimenti, ma hanno costituito il punto d'arrivo di una progressione di atti di *soft law*. In chiusura, pertanto, c) verranno tratte delle conclusioni sulla funzione, per certi aspetti prevalente, che il *diritto morbido* ha avuto nell'implementazione di «*Next Generation EU*».

Una riflessione a sé sarà compiuta, nel prosieguo dell'approfondimento, per quanto riguarda il regolamento n. 2092 del 2020 e il regime generale di condizionalità sullo Stato di diritto applicato a «*Next Generation EU*»: nel caso di specie, infatti, il *soft law* ha assunto ancor di più un ruolo di primo piano, incidendo sul momento effettivo d'entrata in vigore del regolamento.

I punti di partenza nello studio di «*Next Generation EU*» devono essere, necessariamente, gli artt. 122 e 175 TFUE: il piano «*Next Generation EU*» ha assunto, infatti, una consistenza di carattere ibrido, ispirata sia dal *principio di*

solidarietà fra Stati membri (art. 122 TFUE), che dal *principio di coesione economica e sociale* (art. 175 TFUE).

L'art. 122 TFUE⁴⁸, è l'unico articolo del capo del TFUE dedicato alla politica economica a menzionare direttamente il *principio di solidarietà*⁴⁹, facendo riferimento, letteralmente, a uno «spirito di solidarietà» fra gli Stati membri: l'art. 122 TFUE è stato definito come la disposizione di consistenza più simile a una «clausola d'emergenza»⁵⁰ che sia presente nell'impianto giuridico dei Trattati, in grado di legittimare l'Unione Europea a predisporre degli *strumenti di solidarietà* per affrontare le situazioni di crisi economica.

Mentre l'art. 122 comma 1 TFUE⁵¹ consente di strutturare delle misure di sostegno effettivamente coerenti col principio di solidarietà, nel senso puro del termine, tali da non comportare alcun vincolo di restituzione in capo al singolo Stato membro, l'art. 122 comma 2 TFUE⁵² è caratterizzato da una *ratio* diversa da quella del comma precedente, essendo idoneo a istituire meccanismi d'assistenza finanziaria, a patto di fissare delle condizionalità precise, anche dal punto di vista della restituzione delle risorse economiche erogate⁵³.

⁴⁸ B. DE WITTE, *The European Union's Covid-19 Recovery Plan: the legal engineering of an economic policy shift*, in *Common Market Law Review*, n. 3, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2021, pp. 653-655; F. CROCI, *Solidarietà tra stati membri dell'Unione Europea e governance economica europea*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 144 ss.; M. GOLDMANN, F. COSTAMAGNA, *Constitutional innovation, democratic stagnation? The EU Recovery Plan*, in *Verfassungsblog*, 30 maggio 2020, p. 1 ss.; F. FABBRINI, *Next Generation EU. Il futuro di Europa e Italia dopo la pandemia*, Bologna, Il Mulino 2022, p. 81 ss.

⁴⁹ C. BERGONZINI, *L'Europa e il Covid-19*, cit., p. 767; G. CONTALDI, *Le misure poste in essere dall'Unione Europea per affrontare la crisi economica generata dalla pandemia di Covid-19*, in (a cura di) E. CALZOLAIO, M. MECCARELLI, S. POLLASTRELLI, *Il diritto nella pandemia. Temi, problemi, domande*, Macerata, Edizioni Università di Macerata, 2020, p. 222.

⁵⁰ Cfr. P. DERMINE, *The EU's response to the COVID-19 crisis*, cit., p. 345. Per un inquadramento dell'art. 122 TFUE come «clausola di solidarietà», invece, si veda M. IOANNIDIS, *Between responsibility and solidarity*, cit., pp. 5-6.

⁵¹ Al primo comma, l'art. 122 TFUE ha stabilito, utilizzando una formulazione più generale, che «il Consiglio, su proposta della Commissione, può decidere, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, le misure adeguate alla situazione economica, in particolare qualora sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, in particolare nel settore dell'energia» (art. 122 comma 1 TFUE).

⁵² Il secondo comma dell'art. 122 TFUE, ancor più nello specifico, ha affermato che «qualora uno Stato membro si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo, il Consiglio, su proposta della Commissione, può concedere a determinate condizioni un'assistenza finanziaria dell'Unione allo Stato membro interessato» (art. 122 comma 2 TFUE).

⁵³ Sull'assistenza finanziaria e sulla c.d. «solidarietà responsabile», si veda A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1, Bologna, Il Mulino, 2014, pp. 83-84.

Si può dire che il secondo comma dell'art. 122 TFUE sia idoneo a istituire strumenti simili al MES, che permettono di fornire un sostegno agli Stati membri, ma in termini di assistenza finanziaria. L'assistenza finanziaria è connotata, in primo luogo, dai vincoli rigidi e, soprattutto, da una contropartita, che impegna lo Stato membro beneficiario a rimborsare quanto ricevuto. C'è da chiedersi,

L'art. 122 TFUE ha costituito la base giuridica del regolamento n. 2094 del 2020, che ha istituito lo strumento dell'Unione Europea per la ripresa e ne ha disciplinato le caratteristiche essenziali. La parte introduttiva del regolamento n. 2094 del 2020, non a caso, ha definito «*Next Generation EU*» come «un programma eccezionale e coordinato di sostegno economico e sociale, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri».

Oltre all'art. 122 TFUE, ha assunto particolare rilievo l'art. 175 comma 3 TFUE, una disposizione che, pur non essendo stata concepita per essere applicata alle situazioni di crisi economica, consente di dilatare la dimensione del *principio di coesione economica e sociale* e di adattarlo alle particolari contingenze concrete, di carattere emergenziale⁵⁴.

L'art. 175 TFUE disciplina gli strumenti di politica economica funzionali a promuovere la realizzazione del *principio di coesione*, fra i quali *in primis* i fondi strutturali europei (art. 175 commi 1 e 2 TFUE). L'art. 175 comma 3 TFUE⁵⁵, tuttavia, ha ammesso la possibilità di introdurre ulteriori strumenti di coesione, di carattere atipico e innovativo, da intendersi come strumenti diversi rispetto ai fondi strutturali: l'art. 175 comma 3 TFUE ha, infatti, espressamente parlato di «azioni specifiche che si rivelassero necessarie al di fuori dei Fondi» (art. 175 comma 3 TFUE).

Il dettato dell'art. 175 comma 3 TFUE, pertanto, sebbene non sia stato espressamente concepito per dare risposta agli *shock* economici, può essere funzionale a modellare degli strumenti di coesione inediti, che possano essere utili per superare le fratture economiche e sociali che si siano aperte in seguito al verificarsi di una qualsiasi situazione di crisi.

allora, se si possa parlare di solidarietà, nel senso puro del termine. È presente, in ogni caso, una differenza sostanziale nell'ispirazione di fondo fra la prima e la seconda parte dell'art. 122 TFUE.

⁵⁴ B. DE WITTE B., *The European Union's Covid-19 Recovery Plan*, cit., p. 655 ss.

⁵⁵ D. FROMAGE, *The future of EMU architecture post-Covid*, in *Legal Issues of Economic Integration*, n. 4, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2020, p. 304; P. DERMINE, *The EU's response to the COVID-19 crisis*, cit., pp. 345-346; D. FROMAGE, *Towards increasing unity and continuing executive predominance within the E(M)U post-COVID?*, in *Legal Issues of Economic Integration*, n. 4, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2020, p. 394; B. DE WITTE, *The innovation European response to Covid-19: decline of differentiated integration and reinvention of cohesion policy*, in (a cura di) BANCA CENTRALE EUROPEA, *Continuity and change – how the challenges of today prepare the ground for tomorrow. ECB Legal Conference 2021*, Francoforte sul Meno, Banca Centrale Europea, 2022, p. 399; M. GOLDMANN, F. COSTAMAGNA, *Constitutional innovation, democratic stagnation?*, cit., p. 1 ss.; M. IANNELLA, *La risposta europea alla crisi Covid-19 e le diverse interazioni con l'ordinamento italiano*, in *Osservatorio AIC*, n. 4, 2020, p. 84; G.P. MANZELLA, *Politica di coesione e Covid: dalle iniziative di investimento al Dispositivo per la ripresa e la resilienza*, in *Rivista giuridica del mezzogiorno*, n. 2-3, Bologna, Il Mulino, 2021, pp. 641-642; J.M. PORRAS RAMIREZ, *EU Next Generation-Europe's recovery and resilience plan: a revolution in economic governance of EU?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, Bologna, Il Mulino, 2021, p. 839; F. FABBRINI, *Next Generation EU*, cit., p. 81 ss.

L'art. 175 comma 3 TFUE è stato il fondamento giuridico del regolamento n. 241 del 2021, che ha definito, nei dettagli, la principale componente di «*Next Generation EU*», il «Dispositivo per la ripresa e resilienza», e ha predisposto una disciplina organica dei «piani nazionali di ripresa e resilienza»⁵⁶. L'art. 4 del regolamento n. 241 del 2021 ha individuato l'obiettivo generale del «Dispositivo» nell'esigenza di «promuovere la coesione economica, sociale e territoriale dell'Unione».

Non si può fare a meno di evidenziare come il regolamento n. 2094 del 2020 e il regolamento n. 241 del 2021 abbiano costituito dei tasselli importanti di un quadro giuridico che è stato, in larga parte, preparato dal *soft law*.

La costruzione di «*Next Generation EU*» è avvenuta attraverso una concatenazione di atti di *diritto morbido*, che possono essere suddivisi, essenzialmente, in due macrocategorie: *in primis*, non si può trascurare il *soft law* del Consiglio Europeo, che, concretizzando le mediazioni di carattere politico fra gli Stati membri, ha gettato le fondamenta di «*Next Generation EU*», (basti pensare, in particolar modo, alla «Tabella di marcia per la ripresa» dell'aprile 2020 e alle conclusioni delle riunioni del luglio e del dicembre 2020); *in secundis*, è possibile fare riferimento al *soft law* della Commissione Europea, che ha contribuito a definire l'impalcatura essenziale di «*Next Generation EU*» (le comunicazioni n. 442, 456 e 575 del 2020; la comunicazione n. 214 del 2022; per certi aspetti, la comunicazione n. 1382 del 2022; le «Linee guida per i piani di ripresa e resilienza»).

L'assetto generale di «*Next Generation EU*» è stato, pertanto, il risultato di un processo ampio e articolato. L'impulso politico del Consiglio Europeo ha rivestito, anche in questo caso, una funzione centrale nell'avviare il percorso complessivo di strutturazione dello strumento.

Il 26 marzo 2020, una dichiarazione comune dei membri del Consiglio Europeo, ancora piuttosto generica, ha riconosciuto la necessità di cominciare a preparare le misure necessarie a ripristinare il funzionamento dei sistemi economici nazionali, attraverso «una strategia di uscita coordinata, un piano di rilancio globale e investimenti senza precedenti»⁵⁷. L'intuizione complessiva di «*Next Generation EU*», era, tuttavia, ancora lontana dal prendere forma.

⁵⁶ M. CLARICH, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Il Corriere giuridico*, n. 8-9, Milano, Ipsoa, 2021, p. 1025 ss.; E. CAVASINO, *L'esperienza del PNRR: le fonti del diritto dal policentrismo alla normazione euro-governativa*, in *Costituzionalismo*, n. 3, 2022, p. 247 ss.; E. CAVASINO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza e le sue fonti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, p. 28 ss.

⁵⁷ Alla stessa data, è stata pubblicata una «Tabella di marcia comune europea verso la revoca delle misure di contenimento del Covid-19», che, in maniera alquanto simile, concludeva che «occorre pianificare strategicamente la ripresa tenendo conto delle esigenze dei cittadini, consentendo all'economia di risollevarsi e di riprendere la via della crescita sostenibile, integrando la duplice tran-

Successivamente, nel corso del Consiglio Europeo del 23 aprile 2020, è stata presentata la «Tabella di marcia per la ripresa – Verso un'Europa più resiliente, sostenibile ed equa», dove l'idea di un «piano di rilancio globale» ha assunto un aspetto più puntuale e definito.

La «Tabella di marcia» ha fissato i principi fondamentali che avrebbero ispirato il «piano di rilancio»: è stato specificato che il piano si sarebbe basato sui principi di coesione e di solidarietà; dopodiché, è stato puntualizzato che il piano avrebbe rispettato i valori dello Stato di diritto. Da un punto di vista degli ambiti d'azione, invece, la «Tabella di marcia» ha richiamato gli obiettivi della transizione verde e della trasformazione digitale, che avrebbero assunto un'importanza centrale nella strutturazione del «piano di rilancio».

Di fatto, la «Tabella di marcia» del 23 aprile, frutto del Consiglio Europeo, ha costituito il primo documento politico a mettere nero su bianco i tratti essenziali di quello che poi sarebbe diventato «*Next Generation EU*».

È a partire dal *soft law* della Commissione Europea che sono state specificate le indicazioni del Consiglio Europeo su «*Next Generation EU*»: il 27 maggio 2020, infatti, le comunicazioni n. 442 e 456 del 2020 hanno formulato la proposta di integrare il «Quadro finanziario pluriennale 2021-2027» attraverso un nuovo strumento europeo per la ripresa, «*Next Generation EU*», quantificando in 750 miliardi di euro l'ammontare complessivo di risorse mobilitate.

In questa prima comunicazione, la Commissione ha avanzato l'idea che le risorse necessarie a predisporre «*Next Generation EU*» fossero raccolte attraverso un meccanismo di finanziamento condiviso, per mezzo di strumenti di debito comune, così da mettere a disposizione degli Stati membri nuovi fondi, sotto forma di prestiti e sovvenzioni a fondo perduto, per realizzare investimenti e politiche pubbliche, senza accrescere i debiti nazionali (comunicazioni n. 442 e 456 del 2020).

Il giorno successivo, il 28 maggio, la Commissione Europea ha esercitato la propria iniziativa legislativa depositando due proposte di regolamento (comunicazioni n. 408 e 441 del 2020). Fra il momento d'avvio dell'*iter* e l'approvazione effettiva dei regolamenti⁵⁸, sono quindi intercorsi diversi mesi: in questo lasso di tempo, le proposte di regolamento sono state interessate da numerose modifiche, anche dietro impulso del *soft law*.

Mentre il *soft law* della Commissione Europea ha contribuito all'ulteriore avanzamento di «*Next Generation EU*», l'iniziativa politica del Consiglio Europeo ha avuto un ruolo decisivo anche nel puntualizzare ulteriormente il suo

sizione a una società digitale e parallelamente più verde e traendo tutti gli insegnamenti dalla crisi attuale al fine di garantire la preparazione e la resilienza dell'UE».

⁵⁸ Si fa riferimento, in questo caso, ai regolamenti n. 2094 del 2020 e 241 del 2021

impianto complessivo: il *diritto morbido* del Consiglio Europeo, ossia le conclusioni della riunione del 17-21 luglio 2020, ha affinato alcuni aspetti e ha confermato il volume di risorse di 750 miliardi di euro, da raccogliere mediante prestiti contratti sui mercati dei capitali, andando a formare nuovo debito comune.

Soprattutto, le conclusioni del Consiglio Europeo hanno fissato le rispettive quote di prestiti e sovvenzioni destinati agli Stati membri, chiarendo che «gli importi così reperiti possono essere usati per erogare prestiti, fino a concorrenza di 360 miliardi di euro a prezzi 2018, e per spese, fino a concorrenza di 390 miliardi di euro a prezzi 2018».

L'intesa fra gli Stati membri su «*Next Generation EU*», raggiunta in seno al Consiglio Europeo, ha riguardato principalmente la definizione di un equilibrio complessivo fra l'ammontare dei prestiti e quello delle sovvenzioni: le cifre dell'accordo sono state stabilite, nell'immediato, in un atto di *soft law*, cioè le conclusioni del Consiglio stesso; sono state tradotte, soltanto in un secondo momento, in una modifica dell'*hard law* in corso di gestazione⁵⁹.

A distanza di alcuni mesi, nel dicembre del 2020, il regolamento n. 2094 del 2020 è entrato effettivamente in vigore: l'art. 2 del regolamento ha recepito quanto già disciplinato dal *soft law* e ha stabilito come «*Next Generation EU*» sia stato finanziato fino a un importo di 750 miliardi di euro, da ripartire fra 390 miliardi di euro di aiuti a fondo perduto e 360 miliardi di euro di prestiti agli Stati membri.

Il 17 settembre 2020, sempre attraverso il *soft law*, la Commissione Europea ha stabilito alcuni vincoli finanziari d'utilizzo delle risorse economiche messe a disposizione da «*Next Generation EU*»: nello specifico, la Commissione ha definito delle quote minime d'investimento che gli Stati membri hanno dovuto rispettare nella redazione dei rispettivi piani nazionali di ripresa e resilienza, in modo tale da destinare una percentuale minima di risorse ai progetti relativi alla transizione verde e digitale.

Per la precisione, per mezzo del *soft law*, la Commissione Europea ha chiarito che ogni piano per la ripresa e la resilienza avrebbe dovuto prevedere «almeno un 37 % di spesa per il clima» e avrebbe dovuto rispettare «un livello minimo del 20 % di spesa relativa al digitale» (comunicazione n. 575 del

⁵⁹ Su questo punto, in particolar modo, è stato superato l'orientamento iniziale espresso dalla Commissione Europea (comunicazione n. 456 del 2020), nonché quanto stabilito nella primissima bozza del regolamento 2094 del 2020 (comunicazione n. 441 del 2020). La prima proposta della Commissione aveva descritto espressamente il piano «*Next Generation EU*» come strutturato in due *tranche*, di cui la prima, quella dei prestiti a fondo perduto, avrebbe dovuto avere un volume di 500 miliardi di euro, mentre la seconda, quella delle sovvenzioni, avrebbe dovuto corrispondere a un importo di 250 miliardi di euro. Le conclusioni del Consiglio Europeo di luglio, al contrario, hanno sancito la netta diminuzione della quota delle sovvenzioni, fissandola a 390 miliardi di euro, mentre hanno incrementato la quota dei prestiti, stabilendola a 360 miliardi di euro.

2020). Le «Linee guida per i piani di ripresa e resilienza», pubblicate dallo *staff* della Commissione, hanno fissato gli stessi vincoli finanziari, ribadendo l'esigenza di raggiungere almeno il 37% delle spese per l'obiettivo ambientale e almeno il 20% per quello digitale⁶⁰.

In pratica, in un primo momento, a partire dal settembre del 2020, i vincoli finanziari sono stati stabiliti dal *diritto morbido*. In un secondo momento, nell'inverno del 2021, gli stessi vincoli sono stati recepiti dal regolamento n. 241 del 2021: l'art. 16 e l'art. 18 del regolamento hanno effettivamente chiarito come i piani nazionali di ripresa e resilienza dovessero essere redatti destinando un 37% delle risorse all'obiettivo climatico e un 20% all'obiettivo digitale⁶¹.

Nel periodo intercorrente, ossia nell'autunno del 2020, la Commissione Europea, attraverso i propri atti di *soft law*, ha fatto sì che il dibattito sulla redazione dei piani nazionali, che si è aperto in quella stagione, sia stato condizionato dalla necessità che gli Stati membri osservassero i vincoli finanziari disciplinati dal *diritto morbido*, sui quali però ancora non esisteva alcun regolamento europeo.

Una particolarità della funzione del *soft law*, pertanto, sta nell'aver anticipato alcune regole basilari riguardanti «*Next Generation EU*», che sono state poi consolidate da altri atti di *hard law*: questa tendenza anticipatoria del *diritto morbido* è emersa, fra l'altro, anche in tempi più recenti, sempre in relazione a «*Next Generation EU*».

Nei primi mesi del 2022, il *soft law* della Commissione Europea ha contribuito a definire un obiettivo addizionale di «*Next Generation EU*», incentivando gli Stati membri a compiere uno sforzo ulteriore nella definizione di nuovi investimenti in materia ambientale ed energetica, per velocizzare la transizione verso le fonti rinnovabili e ridurre la dispersione energetica, in senso coerente con le finalità di «*REPowerEU*»⁶² (comunicazione n. 108 del 2022).

La Commissione Europea ha, così, aperto alla possibilità di introdurre delle modifiche ai piani nazionali di ripresa e resilienza. Sono stati adottati dalla

⁶⁰ Il riferimento è alle «Linee guida» del 17 settembre 2020. Queste «Linee guida» sono state, successivamente emendate e sostituite da quelle pubblicate il 22 gennaio 2021 nel secondo *working document* dello *staff* della Commissione Europea.

⁶¹ In particolar modo, si vedano l'art. 16, comma 2, lettera b e l'art. 18, comma 4, lettere e ed f del regolamento n. 241 del 2021. G. DE MINICO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo*, n. 2, 2021, p. 129 ss.

⁶² Il piano «*REPowerEU*» è stato adottato dalla Commissione Europea in seguito all'acuirsi della guerra in Ucraina, per far fronte all'esigenza di progressivo raggiungimento dell'autonomia energetica da parte dell'Unione Europea, così da ridurre e, quindi, annullare la dipendenza da parte dei rifornimenti di gas, petrolio e carbone da parte della Russia. In funzione di questa esigenza, sono stati promossi nuovi investimenti sulle fonti rinnovabili e sull'efficientamento energetico.

Commissione degli «Orientamenti sui piani per la ripresa e la resilienza nel contesto di «REPowerEU» (comunicazione n. 214 del 2022). Gli Stati membri sono stati invitati ad aggiungere un nuovo capitolo nei loro rispettivi piani di ripresa e resilienza, espressamente dedicato a «REPowerEU», così da individuare nuovi provvedimenti sul risparmio energetico e sulle energie rinnovabili, per ridurre la dipendenza dai combustibili fossili.

Per poter facilitare l'attuazione di «REPowerEU», attraverso le risorse di *Next Generation EU*, è stata, fra l'altro, avanzata una proposta di modifica del regolamento n. 241 del 2021 (comunicazione n. 231 del 2022).

Anche in questo caso, il *soft law* della Commissione Europea è destinato a influire sull'utilizzo delle risorse di «*Next Generation EU*» da parte degli Stati membri e sulla revisione dei piani nazionali di ripresa e resilienza: tutto questo accade ancor prima che una modifica del regolamento n. 241 del 2021 sia effettivamente approvata.

Sempre mantenendo ferma l'attenzione su «*Next Generation EU*», un ragionamento a sé stante deve essere compiuto per quanto riguarda il regolamento n. 2092 del 2020, che ha introdotto un «regime generale di condizionalità» per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea⁶³: in questo caso, il *soft law* ha consentito di graduare l'efficacia concreta del «regime di condizionalità», valido anche per «*Next Generation EU*», modulando sia i tempi d'attivazione del meccanismo (conclusioni del Consiglio Europeo del 10-11 dicembre 2020), sia le regole di base della sua operatività (comunicazione n. 1382 del 2022).

Concepito già prima dell'emergenza pandemica, il regolamento europeo n. 2092 del 2020 ha, infatti, chiarito come il rispetto dei valori dello Stato di diritto ex art. 2 TUE sia un requisito centrale per una sana gestione delle risorse finanziarie, sia per quanto riguarda, a livello generale, l'esecuzione del bilancio dell'Unione Europea, sia per quanto riguarda, nello specifico, la programmazione straordinaria di «*Next Generation EU*».

Il regolamento europeo n. 2092 del 2020 ha, di fatto, subordinato la possibilità di accedere alle risorse finanziarie di «*Next Generation EU*» a un pieno rispetto dei valori dello Stato di diritto da parte del singolo Stato membro: in altre parole, sulla base dell'art. 5 del regolamento, nel caso in cui si verificino particolari ipotesi di violazione dello Stato di diritto, in grado di turbare la sana gestione dei bilanci pubblici, sarebbe possibile adottare specifiche misure di sospensione o d'interruzione dell'erogazione dei fondi europei, fra i quali sono stati ricompresi quelli di «*Next Generation EU*».

⁶³ M. DANI, *Crisi dello Stato di diritto: un decennio di mancata autorigenerazione costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1, Bologna, Il Mulino, 2021, p. 210 ss.; C. FASONE, *Crisi dello Stato di diritto: condizionalità a tutela del bilancio dell'Unione e conclusioni del Consiglio europeo*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1, Bologna, Il Mulino, 2021, p. 214 ss.

Il *soft law* ha scandito, innanzitutto, le tempistiche effettive d'attivazione del «regime generale di condizionalità»: un documento di *diritto morbido* connotato da alta politicizia, le conclusioni del Consiglio Europeo del 10-11 dicembre 2020, ha congelato per alcuni mesi l'efficacia del regolamento n. 2092 del 2020, già entrato formalmente in vigore.

Dalle conclusioni del Consiglio Europeo, è stato ricordato come «l'Unione europea, i suoi Stati membri e le sue istituzioni sono tutti impegnati a promuovere e rispettare i valori su cui si fonda l'Unione, compreso lo Stato di diritto». Sempre da questa *soft law*, è stato chiarito come «l'obiettivo del regolamento relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione è proteggere il bilancio dell'Unione, compreso *Next Generation EU*, la sua sana gestione finanziaria e gli interessi finanziari dell'Unione».

Allo stesso tempo, le conclusioni del Consiglio Europeo, pur essendo un atto di *soft law*, hanno di fatto sospeso il funzionamento del «regime di condizionalità»⁶⁴, precisando che «la Commissione intende elaborare e adottare linee guida sulle modalità con cui applicherà il regolamento, compresa una metodologia per effettuare la propria valutazione (...). Qualora venga introdotto un ricorso di annullamento in relazione al regolamento, le linee guida saranno messe a punto successivamente alla sentenza della Corte di giustizia».

Temendo che il «regime di condizionalità» potesse precludere l'accesso ai fondi di *Next Generation EU*, l'Ungheria e la Polonia hanno impugnato il regolamento n. 2092 del 2020 di fronte alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea che, con le sentenze del 16 febbraio 2022, ha rigettato entrambi i ricorsi⁶⁵.

⁶⁴ G. GIOIA, *Le Linee guida della Commissione Europea sul meccanismo di condizionalità e protezione del bilancio UE: effettività della tutela dello Stato di diritto e valorizzazione dello spazio pubblico europeo*, in *Diritti Comparati*, 24 marzo 2022.

⁶⁵ Con la presentazione dei rispettivi ricorsi, Ungheria e Polonia hanno contestato vari profili riguardanti il regolamento n. 2092 del 2020, fra i quali l'impossibilità di formulare una definizione universale del concetto di Stato di diritto; l'assenza di una competenza dell'Unione Europea ad adottare il regolamento n. 2092; la sovrapposizione esistente fra il meccanismo di condizionalità e la procedura d'infrazione ex art. 7 TUE.

Stando a quando rimarcato dalla Corte Giustizia, innanzitutto, è possibile individuare un concetto di Stato di diritto condiviso da tutti i Paesi membri: pur disponendo di identità nazionali distinte, insite nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, gli Stati membri aderiscono a una nozione condivisa di Stato di diritto, quale valore comune alle loro stesse tradizioni costituzionali, e agiscono in senso coerente alla sua salvaguardia.

La Corte di Giustizia ha riconosciuto come il regolamento n. 2092 del 2020 abbia la propria base giuridica nell'art. 322 TFUE, riguardante la possibilità che Parlamento e Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottino regolamenti riguardanti le modalità di formazione ed esecuzione del bilancio dell'Unione. Nel contesto di questa competenza, hanno potuto essere fissate delle disposizioni per salvaguardare la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione (e,

A distanza di poco tempo, è stato un atto di *soft law* a far sì che il «regime di condizionalità» potesse diventare operativo a livello effettivo. Il 2 marzo 2022, la Commissione ha adottato gli «Orientamenti sull'applicazione del regolamento n. 2092 del 2020» (comunicazione n. 1382 del 2022). Tenendo conto del quadro normativo e giurisprudenziale, gli «Orientamenti» della Commissione hanno, così, contribuito a definire nei dettagli quali siano i principi fondamentali dello Stato di diritto; in quali situazioni possano configurarsi delle violazioni concrete; come possano essere individuati e valutati i singoli casi; se sia opportuno adottare misure ex regolamento n. 2092 del 2020 o se sia possibile ricorrere ad altre procedure previste dalla legislazione europea; quali debbano essere le modalità e i procedimenti per predisporre interventi a norma delle disposizioni sul «regime di condizionalità».

In definitiva, è possibile evidenziare come, in queste circostanze, il *soft law* abbia svolto una funzione determinante, per certi aspetti inedita, nell'implementazione di un regolamento di particolare rilievo per la salvaguardia delle risorse di «*Next Generation EU*»: l'utilizzo che è stato fatto del *diritto morbido* è sembrato essere di particolare incisività, dal momento che i suoi contenuti hanno condizionato fortemente, sotto profili temporali e sostanziali, la possibilità di applicazione effettiva di una fonte di *hard law*.

Conclusa l'analisi di alcuni dei principali profili riguardanti «*Next Generation EU*», è possibile sottolineare come, a livello generale, l'utilizzo del *soft law* da parte del Consiglio Europeo e della Commissione Europea abbia fatto sì che ci sia stata una certa gradualità nel plasmare lo strumento e nell'implementarlo.

Come già visto, a) in mancanza di un qualsiasi regolamento europeo, il *soft law* ha anticipato le regole di base di «*Next Generation EU*»: il *diritto morbido* ha permesso di quantificare l'ammontare complessivo di risorse mobilitate, di dividere la somma fra prestiti e sovvenzioni, di perfezionare i principali vincoli di destinazione dei fondi.

Per di più b) il *soft law* ha individuato le priorità politiche verso cui indirizzare l'utilizzo delle risorse di «*Next Generation EU*»: questo profilo è

quindi, anche i fondi di «*Next Generation EU*») da episodi specifici di violazione dello Stato di diritto.

Proprio sotto questo profilo, il regolamento n. 2092 del 2020 si è differenziato dall'art. 7 TUE: mentre la procedura d'infrazione ex art. 7 TUE permette di sanzionare qualsiasi ipotesi di grave violazione dello Stato di diritto, il regolamento n. 2092 del 2020 trova attuazione esclusivamente in casi attentamente circoscritti. Infatti, gli artt. 3 e 4 del regolamento n. 2092 del 2020 individuano ipotesi specifiche di violazione dello Stato di diritto, in grado di turbare il sano utilizzo delle risorse europee, quali il mancato o parziale funzionamento delle autorità preposte al controllo o alla sorveglianza finanziaria; il venir meno del controllo giurisdizionale effettivo, della capacità d'indagine e di sanzione della magistratura; la diffusione eccessiva di fenomeni degenerativi quali frodi fiscali, corruzione e altre violazioni del diritto dell'Unione Europea.

emerso, in particolar modo, nel momento in cui il *diritto morbido* ha fissato delle percentuali minime di spesa da rispettare nei piani nazionali di ripresa, dal punto di vista dell'impiego dei fondi in investimenti verdi e digitali.

Dopodichè, sempre c) il *soft law* ha calibrato la piena attuazione del regime di condizionalità sullo Stato di diritto, modulando nel tempo gli effetti del regolamento n. 2092 del 2020, già entrato in vigore. È stata ritardata di alcuni mesi la piena efficacia del regolamento n. 2092 del 2020, in attesa delle sentenze della Corte di Giustizia, così da recepire, in un momento successivo, le indicazioni della giurisprudenza europea che potessero essere utili per dare esecutività al regime di condizionalità.

Nel caso di «*Next Generation EU*», il *soft law* ha avuto un ruolo particolarmente ampio: il *soft law* ha accompagnato, passo dopo passo, l'effettiva messa in opera di «*Next Generation EU*». Per certi aspetti, il *diritto morbido* sembra aver svolto una funzione di *pre-law*⁶⁶, tale da anticipare una parte dei contenuti che sono stati, poi, consolidati dai regolamenti successivamente adottati.

In alcuni momenti, in particolar modo, di fronte all'esigenza di avviare rapidamente la ricostruzione economica, il *soft law* ha rappresentato lo strumento adatto per individuare degli elementi minimi, comuni agli Stati membri, su come avrebbero dovuto essere costruiti i piani nazionali di ripresa e resilienza. Gli Stati membri hanno, così, fatto affidamento sui contenuti del *soft law* per impostare i primi lavori di articolazione dei piani nazionali: a livello concreto, il *soft law* ha influito nel modo in cui sono state gettate le fondamenta dei piani nazionali, avendo già stabilito a monte come avrebbero dovuto essere suddivisi i fondi fra i diversi Stati membri, su quali obiettivi strategici avrebbero dovuto essere investiti e quali sarebbero stati i vincoli di spesa per ciascuno di essi.

Dopodichè, una volta già impostati i primi embrioni di piani nazionali, sono entrati in vigore quei regolamenti che hanno conferito veste di *hard law* a disposizioni di *diritto morbido* che, di fatto, erano già pienamente operative.

Si può parlare, allora, di una semplice funzione di *pre-law*? Che tipo di funzione è stata svolta dal *soft law*, quando a essere anticipati non sono stati i semplici contenuti degli atti di *hard law*, ma le loro stesse ricadute concrete nell'azione delle istituzioni statali e nel modo di intendere le loro prospettive di pianificazione?

La vicenda di *Next Generation EU* e l'utilizzo del *soft law* hanno manifestato, con ogni probabilità, le maggiori anomalie e peculiarità: sembra che il *diritto morbido* si sia proprio sostituito agli atti normativi tradizionali e, di fatto, abbia avuto la stessa capacità d'incidere a livello concreto, aprendo le pro-

⁶⁶ L. SENDEN, *Soft law in European Community Law*, cit., p. 120.

spettive di un nuovo modo d'intendere l'intervento delle istituzioni nel contesto di una crisi economica di portata globale.

5. Conclusioni. Quali soluzioni alternative al *soft law*

Il largo impiego del *diritto morbido* nel corso dell'emergenza pandemica impone di aprire una riflessione più estesa a proposito dell'utilizzo di questi strumenti da parte delle istituzioni europee, in particolar modo il Consiglio Europeo e la Commissione Europea. Per l'impiego massiccio che ne è stato fatto e per la qualità giuridica delle misure messe in atto, il fenomeno del *diritto morbido* non può più essere sottovalutato e, anzi, va preso in dovuta considerazione, tenendo presenti tutte le sue implicazioni.

In ciascuno dei tre casi esaminati, la produzione del *soft law* ha preso il via dal momento in cui il Consiglio Europeo ha assunto un preciso indirizzo politico sugli ambiti materiali e sulle caratteristiche generali delle misure economico-finanziarie che avrebbero dovuto essere adottate in risposta allo *shock* pandemico, indirizzo che è stato tradotto in precisi atti di *soft law* da parte dello stesso Consiglio Europeo.

Dopodichè, nel caso del «Quadro temporaneo sugli aiuti di stato», il *diritto morbido* della Commissione Europea non si è limitato a svolgere una mera interpretazione delle disposizioni già fissate nell'art. 107 TFUE. A partire dalle ipotesi di deroga ivi indicate, sono stati formulati dei criteri operativi generali che la Commissione Europea ha assunto come parametri nell'approcciare la materia degli aiuti di stato e nell'assumere le proprie decisioni *case by case*. Qualcosa di simile è accaduto per quanto riguarda il *soft law* della Commissione Europea alla base della «clausola di salvaguardia generale»: anche in queste circostanze, il *diritto morbido* non ha prospettato un'interpretazione puramente letterale del «Patto di stabilità e crescita», ma ha modellato nuove regole da applicare nel definire la durata complessiva della «clausola di salvaguardia».

Nel caso di «*Next Generation EU*», sarebbe riduttivo dire che il *soft law* abbia soltanto anticipato i contenuti dell'*hard law*, preparando il terreno ai successivi regolamenti adottati dall'Unione Europea: il *diritto morbido* del Consiglio Europeo e della Commissione Europea è sembrato colmare il vuoto normativo presente a livello d'ordinamento europeo, riguardante le disposizioni sulla strutturazione dei piani nazionali di ripresa e resilienza, così che, di fatto, gli Stati membri hanno fatto affidamento sul *soft law* nella fase iniziale di predisposizione dei piani.

Adottando una visione d'insieme dei vari provvedimenti, è possibile rimarcare che il *soft law* ha svolto un ruolo di coordinamento⁶⁷ in senso ampio

⁶⁷ B. BOSCHETTI, M.D. POLI, *A comparative study on soft law*, cit., p. 41.

fra gli Stati membri dell'Unione Europea: il *diritto morbido* ha fissato un quadro minimo di regole comuni, da osservare sia per gli interventi più immediati, in risposta alla prima onda d'urto del virus, sia per le misure di lungo respiro, legate alla ricostruzione economica e sociale.

Soprattutto nei primi mesi, il quadro giuridico ha assunto una forma particolarmente elastica e fluida, potendo essere aggiornato con una certa rapidità, in modo tale da garantire un coordinamento fra gli Stati membri che fosse costante nel tempo e da assicurare, allo stesso modo, un adattamento continuo delle regole dell'emergenza alle circostanze eccezionali del momento.

L'Unione Europea ha usato la mano ferma nel guanto di velluto. Il *soft law* è stato caratterizzato da una bassa gradazione di giuridicità, ma ha avuto un elevato tasso di politicità: i provvedimenti strutturati a livello europeo, ammantati di una stoffa così leggera e impalpabile, hanno definito una precisa strategia politica.

È stato già messo in luce, infatti, come gli atti di *soft law*, pur essendo strumenti di *diritto mite*, dotati di un'efficacia giuridica di gran lunga minore rispetto alle fonti tipizzate, siano espressione di un «potere comunitario d'indirizzo politico»⁶⁸, attraverso la plusvalenza che a essi deriva in termini di autorevolezza, mutuata dall'organo da cui promanano, sia che si tratti del Consiglio Europeo, sia che si tratti della Commissione Europea.

La predeterminazione dei fini dell'indirizzo politico, inteso come *indirizzo politico prescrittivo*⁶⁹, è avvenuta in seno al Consiglio Europeo, che ha individuato le direttive essenziali da assumere come riferimento in ambito economico e finanziario. Dopodiché la Commissione Europea ha contribuito a integrare quell'*indirizzo politico prescrittivo* e a fargli assumere dei tratti maggiormente puntuali.

A quel punto, l'indirizzo politico si è trasmesso alle altre articolazioni dell'Unione Europea e, soprattutto, agli Stati membri: l'allentamento temporaneo dei vincoli in materia di aiuti di stato e di gestione dei bilanci ha fatto sì che gli Stati membri mettessero in atto politiche di sostegno all'economia, di particolare portata e profondità; in senso coerente, la programmazione di «*Next Generation EU*» ha fornito una copertura finanziaria massiccia e ha ulteriormente ampliato il raggio d'azione.

⁶⁸ R. MANFRELLOTTI, *Sistema delle fonti e indirizzo politico*, cit., p. 192.

⁶⁹ C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 7 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico – Volume II*, Padova, Cedam, 1976, pp. 641-646; V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi Urbinati*, nn. 1-4, Urbino, S.T.E.U., 1939, p. 35 ss.; M. GALIZIA, *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo – Volume I*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 189 ss.; A. MORRONE, *Indirizzo politico e attività di governo. Tracce per un percorso di ricostruzione teorica*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1, Bologna, Il Mulino, 2018, p. 7 ss.; M. CERASE, *Indirizzo politico*, in (a cura di) S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 3093-3095.

L'attività generale delle istituzioni statali ha ricevuto un impulso inedito ed è stata orientata verso finalità di carattere condiviso: i poteri statali avrebbero dovuto governare⁷⁰ la ripresa dei sistemi economici nazionali, trasformando⁷¹ il loro assetto complessivo, in modo tale da raggiungere un maggiore livello di compatibilità con l'ambiente⁷² e un maggior grado di diffusione delle tecnologie digitali⁷³.

È stata evidenziata l'assenza di partecipazione del Parlamento Europeo nel processo di elaborazione di quest'indirizzo politico. Nel contesto della pandemia, l'*input* del Parlamento Europeo avrebbe potuto contribuire alla legittimazione democratica delle regole introdotte, oltre a un loro miglioramento dal punto di vista qualitativo. Le credenziali democratiche del *diritto morbido* sono state, pertanto, alquanto scarse, proprio perché non è stato acquisito un contributo dell'assemblea rappresentativa. Il mancato coinvolgimento del Parlamento Europeo è da considerarsi un profilo problematico: è venuto meno il passaggio centrale di quel processo di selezione e di decisione politica che, in un sistema parlamentare, formando un *continuum*, dovrebbe congiungere il corpo elettorale, l'assemblea parlamentare e l'organo di governo⁷⁴.

Da questo punto di vista, è stato proposto⁷⁵ di valorizzare la procedura d'urgenza prevista dall'art. 163 del regolamento del Parlamento Europeo⁷⁶,

⁷⁰ Basti pensare che i vincoli di spesa delle risorse europee di «*Next Generation EU*» hanno obbligato gli Stati membri a destinare alla transizione ecologica almeno il 37% dei fondi e alla trasformazione digitale almeno il 20% dei fondi dei piani nazionali di ripresa e resilienza.

⁷¹ E. CAVASINO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e le sue fonti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, p. 31.

⁷² Era un obiettivo dell'Unione Europea fin dall'«*European Green Deal*» (Comunicazione n. 640 del 2019 della Commissione Europea). Questo scopo è stato ulteriormente perseguito attraverso gli strumenti economico-finanziari adottati in seguito all'emergenza pandemica.

⁷³ Questi scopi sono stati fissati dalla nuova Agenda Digitale Europea «Plasmare il futuro dell'Europa» (Comunicazione n. 67 del 2020 della Commissione Europea) e sono presenti anche nei vari provvedimenti legati alla ripresa economica e finanziaria.

⁷⁴ A. MORRONE, *Indirizzo politico e attività di governo*, cit., p. 35; LAVAGNA C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, Utet, 1985, p. 679.

⁷⁵ M. ELIANTONIO, O. STEFAN, *The elusive legitimacy of EU soft law*, cit., p. 174.

⁷⁶ L'art. 163 del regolamento del Parlamento Europeo prevede che: «1. L'urgenza di una discussione su una proposta presentata al Parlamento ai sensi dell'articolo 48, paragrafo 1, può essere richiesta al Parlamento dal Presidente, da una commissione parlamentare, da un gruppo politico o un numero di deputati pari almeno alla soglia bassa, dalla Commissione o dal Consiglio. La richiesta va presentata per iscritto e deve essere motivata. 2. Il Presidente, non appena gli sia stata presentata una richiesta di discussione con procedura d'urgenza, ne informa l'Aula; la votazione sulla richiesta ha luogo all'inizio della seduta successiva a quella in cui essa è stata comunicata al Parlamento, sempre che la proposta oggetto della richiesta sia stata distribuita ai deputati nelle lingue ufficiali. qualora vi siano più richieste di discussione con procedura d'urgenza sullo stesso argomento, l'approvazione o la reiezione dell'urgenza riguardano tutte le risoluzioni relative a tale argomento. 3. Prima della votazione possono essere ascoltati soltanto, per un massimo di tre minuti ciascuno, l'autore della richiesta, un oratore contro e il presidente o il relatore della commissione competente. 4. I punti per i quali sia stata decisa l'urgenza hanno la precedenza sugli altri punti dell'ordine del giorno; il

che consentirebbe di adottare provvedimenti di *hard law*, per affrontare circostanze eccezionali, come quelle che si sono verificate, senza venir meno alle esigenze di celerità. La procedura d'urgenza permetterebbe di esaminare eventuali proposte d'intervento in via prioritaria, essendo poste in discussione nella seduta del Parlamento Europeo successiva a quella in cui la richiesta di procedura d'urgenza sia stata comunicata ed avendo, in ogni caso, la precedenza sugli altri punti all'ordine del giorno.

Di fronte a questa tesi, può essere sollevata l'obiezione che la soluzione del problema sarebbe, in ogni caso, lontana dall'essere raggiunta: il Consiglio Europeo e la Commissione Europea hanno adottato strumenti di *soft law* proprio nella consapevolezza di bypassare l'aula parlamentare, preferendo il *diritto morbido* non soltanto per esigenze di rapidità, ma anche per evitare che l'adozione di provvedimenti legislativi, attraverso le procedure ordinarie, potesse rendere più tortuoso l'*iter* d'elaborazione. Per questa ragione, sarebbe difficile pensare alla possibilità di una concreta applicazione della procedura ex art. 163 del regolamento del Parlamento Europeo.

È stato detto⁷⁷, allora, che il Parlamento Europeo non è del tutto sprovvisto di strumenti di garanzia, in grado di assicurare un suo ruolo effettivo nel processo decisionale, anche nel caso in cui la Commissione Europea non abbia consultato l'istituzione assembleare o, nel caso in cui, pur avendolo fatto, non abbia tenuto in dovuta considerazione il punto di vista espresso.

Fra questi strumenti, è presente l'art. 225 TFUE, che dispone che il Parlamento Europeo, a maggioranza assoluta, può chiedere alla Commissione Europea di presentare adeguate proposte sulle questioni per le quali reputa necessaria l'elaborazione di un atto dell'Unione Europea per dare piena attuazione ai Trattati. Lo strumento disciplinato dall'art 225 TFUE, pertanto, sembra avere maggiori potenzialità, considerando che può essere attivato a discrezione del Parlamento Europeo.

Dopodichè, nel caso in cui la Commissione Europea dovesse disattendere la richiesta ex art. 225 TFUE, senza fornire un'opportuna motivazione della propria scelta, il Parlamento Europeo potrebbe, pur sempre, ricorrere alla Corte di Giustizia per mezzo del ricorso in carenza ex art. 265 TFUE.

Entrambe le soluzioni prospettate avrebbero, in ogni caso, come risultato quello di favorire l'adozione di provvedimenti di *hard law*: in tal modo, fra l'altro, verrebbe superato qualsiasi possibile dubbio riguardante il fatto che il provvedimento possa essere sottoposto al controllo della Corte di Giustizia,

Presidente fissa il momento della loro discussione e votazione. 5. La procedura d'urgenza può aver luogo senza relazione o, in via eccezionale, su semplice relazione orale della commissione competente. Qualora sia utilizzata una procedura d'urgenza e abbiano luogo negoziati interistituzionali, non si applicano gli articoli 70 e 71. L'articolo 74 si applica *mutatis mutandis*».

⁷⁷ L. SENDEN, *Soft law in European Community law*, cit., pp. 485-486.

per valutarne la compatibilità coi Trattati e col diritto derivato: potrebbe essere garantita, in qualsiasi circostanza, una tutela giurisdizionale piena ed effettiva dei soggetti direttamente interessati dall'applicazione dell'atto.

Jean Monnet sosteneva che «*l'Europe se ferait dans les crises, et qu'elle serait la somme des solutions qu'on apporterait à ces crises*»⁷⁸. Se questa affermazione è vera, che le crisi costituiscono un'opportunità per progredire lungo la strada dell'integrazione, bisogna però riconoscere che la costruzione europea non può essere edificata dando eccessivo spazio al *diritto morbido*. Dalla crisi pandemica, al contrario, occorre trarre spunto su come il *soft law* debba essere maneggiato con cautela, facendo attenzione, così da evitarne un impiego debordante ed eccessivo.

Se così non fosse, l'Unione Europea, costruita all'insegna del *diritto morbido*, con le criticità che in prospettiva ne possono derivare, più che un'organizzazione dalla mano ferma, potrebbe rivelarsi un gigante dai piedi d'argilla.

⁷⁸ Cfr. J. MONNET, *Mémoires*, Parigi, Fayard, 1976, p. 426. Si veda anche J. MONNET, *Memoirs*, Glasgow, Collins, 1978, p. 417.

LA CONDIZIONE DI INSULARITA' NELLA COSTITUZIONE

FRANCESCO SANCHINI*

Sommario

1. Considerazioni introduttive: peculiarità e svantaggi dell'insularità. – 2. Ascesa, caduta e risalita delle isole in Costituzione. – 3. L'insularità oltre i confini nazionali. – 4. La l. cost. 7 novembre 2022, n. 2 di modifica dell'art. 119 della Carta. - 5. Riflessioni conclusive: il riconoscimento costituzionale dell'insularità alla prova dell'attuazione.

Abstract

The article analyzes the role of islands from a constitutional perspective. The study focuses on the recent reform that sanctioned the constitutional recognition of insularity, verifying its contents and possible critical aspects.

Suggerimento di citazione

F. SANCHINI, *La condizione di insularità nella Costituzione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2023. 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

1. Considerazioni introduttive: peculiarità e svantaggi dell'insularità

Le isole rappresentano territori caratterizzati da specificità morfologiche nonché da significative peculiarità sul piano economico, logistico, demografico e socioculturale.

La condizione di insularità, invero, qualifica quei contesti di varia estensione e densità abitativa che, circondati integralmente dal mare, non posseggono un legame fisico né infrastrutturale stabile con la terraferma.

La speciale conformazione di simili luoghi rende intuibile la rilevante situazione di svantaggio che li contraddistingue, di regola, rispetto a qualsiasi altra regione continentale.

Eppure le isole costituiscono al contempo una risorsa tutt'altro che trascurabile.

Si pensi al loro contributo nella preservazione di ecosistemi spesso molto fragili, così come al concorso nella custodia di tradizioni e patrimoni culturali di inestimabile valore, oltre che alla loro capacità attrattiva a livello turistico.

I territori insulari inoltre, pur nella loro eterogeneità dimensionale e tipologica (si pensi ad esempio alle isole marine, alle isole lacustri, oppure ancora agli arcipelaghi), accolgono una non insignificante percentuale di popolazione europea.

Le più recenti indagini testimoniano che le regioni insulari dell'Ue contano più di venti milioni di abitanti, ossia circa il 4,6% dell'intera popolazione dell'Unione¹.

Analogamente in Italia si registrano numeri altrettanto elevati, se sol si considera che viene stimata la presenza di circa ottocento isole all'interno delle quali abitano più di sette milioni di persone², di cui duecentomila soltanto nei trentacinque comuni delle isole minori³.

Ciò malgrado, come poc'anzi anticipato, molti sono gli elementi di svantaggio che riguardano tali territori, tanto che l'esigenza di approntare politiche efficaci di sviluppo e rilancio per gli stessi si è progressivamente imposta, appunto, sia a livello nazionale che a livello europeo.

I fattori pregiudizievoli per le isole sono stati nel tempo variamente definiti e nel complesso, pur nella varietà di ciascun ambito, possono essere ricon-

¹ Risoluzione del Parlamento europeo del 7 giugno 2022 sulle isole dell'UE e la politica di coesione: situazione attuale e sfide future (2021/2079(INI)) reperibile all'indirizzo https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0225_IT.html

² Così come riportato da Eurispes – Istituto di Studi politici, Economici e Sociali all'indirizzo <https://eurispes.eu/osservatorio/osservatorio-sullinsularita/>

³ Evidenza tale dato il *Rapporto di Istruttoria per la Selezione delle Aree Interne 2021 – 2027* del dicembre 2021 predisposto dal Dipartimento per le politiche di coesione della Presidenza del Consiglio dei ministri, reperibile all'indirizzo https://www.agenziacoesione.gov.it/wp-content/uploads/2022/09/Istruttoria_Comuni_Isole-Minori_2022.pdf

dotti ad elementi sempre ricorrenti e, se vogliamo, connaturati alla medesima conformazione di simili luoghi.

Il Parlamento europeo, recentemente, ha posto in rilievo come le regioni insulari presentino molteplici svantaggi naturali connessi alla ridotta dimensione, alla bassa densità abitativa, alla contestuale pressione demografica stagionale nonché alla circoscritta estensione dei loro mercati⁴.

Ancora, fra le principali condizioni di sfavore, può considerarsi la mancanza di collegamenti fisici permanenti, con ogni consequenziale risvolto pregiudizievole sul piano del mercato del lavoro, del trasporto, delle importazioni, nonché di tutti i principali servizi pubblici⁵.

Si pensi, a tale ultimo proposito, all'istruzione, alla sanità, all'accesso all'acqua potabile, così come all'approvvigionamento energetico, alla gestione dei rifiuti e, in prospettiva, alla difficile attuazione della transizione verde⁶, già di per sé complessa in territori privi di limitazioni di tal genere.

Le ricerche condotte per indagare le caratteristiche dell'insularità hanno viepiù evidenziato che, malgrado il costo della vita sia mediamente più elevato, il livello salariale manifesta una tendenza decrescente, mostrando altresì che il tasso di disoccupazione risulta invece essere più elevato⁷.

Unitamente alla vulnerabilità economica, a risentirne è anche la sfera pubblica che, pur assolvendo un ruolo fondamentale sul piano occupazionale, fatica spesso a innescare virtuosi percorsi di sviluppo, specie nel complesso ambito della liberalizzazione dei servizi pubblici⁸.

È pertanto chiaro come, globalmente, simili fattori determinino profonde disuguaglianze, impedendo un accesso paritario alle più importanti opportunità di crescita, con ricadute negative in termini di spopolamento, invecchiamento della popolazione, limitata competitività e in genere mancanza di equità sociale.

Ecco che, se letti in una prospettiva costituzionale, gli svantaggi connessi all'insularità presentano un'inevitabile connessione con l'art. 3, comma 2, Cost., che evoca quell'insieme di ostacoli economico-sociali che la Repubblica

⁴ Risoluzione del Parlamento europeo del 7 giugno 2022 sulle isole dell'UE e la politica di coesione, cit., lett. b) e c).

⁵ Sulle condizioni di svantaggio si veda anche l'interessante ricerca della Regione Siciliana, *Stima e costi dell'insularità per la Sicilia*, 2020, reperibile all'indirizzo <https://pti.regione.sicilia.it/portal/pls/portal/docs/152367673.PDF>

⁶ Risoluzione del Parlamento europeo del 7 giugno 2022 sulle isole dell'UE e la politica di coesione cit., lett. g).

⁷ Sul punto, v. G. RUGGERI, *Condizioni economiche delle isole e politiche di riequilibrio delle disparità territoriali*, in G. ARMAO (a cura di), *Condizione e costi dell'insularità in Italia ed in Europa*, Soveria Mannelli, 2022, p. 65.

⁸ *Ivi*, p. 67.

è chiamata a rimuovere al fine di soddisfare il principio di eguaglianza sostanziale.

Ancor prima lo “statuto costituzionale” dell’insularità impone l’adempimento di quegli inderogabili doveri solidaristici che, a mente dell’art. 2 Cost., rendono necessaria un’azione positiva, specie di natura finanziaria, volta all’adozione di meccanismi di riequilibrio in favore dei territori svantaggiati.

Significative implicazioni possono individuarsi persino con riguardo al delicato tema delle libertà, potendo i disagi connessi all’insularità recare risvolti negativi, ad esempio, sul piano dell’effettività della libertà di circolazione a mente dell’art. 16 Cost.

Non è difficile comprendere allora che la gravità delle condizioni di sfavore rappresentate, unitamente alla pregnanza delle esigenze di tutela coinvolte, abbiano indotto a intervenire sul testo costituzionale al fine di assicurare un adeguato riconoscimento al ruolo delle isole e alle loro specificità.

Tale necessità ha trovato una concretizzazione con la modifica (additiva) dell’art. 119 Cost., già interessato dalla riforma del Titolo V: riforma quest’ultima che, come noto, aveva espunto ogni riferimento espresso alle isole e al Mezzogiorno.

La recente riforma recata dalla l. cost. 7 novembre 2022, n. 2⁹, pertanto, nel riconoscere la loro peculiarità, offre svariati spunti di riflessione, collocandosi per il resto nella tendenza – che ha assunto dimensioni significative durante la XVIII legislatura¹⁰ – di approntare riforme settoriali al di là di una sistematica rivisitazione dell’impianto complessivo della Carta¹¹.

2. Ascesa, caduta e risalita delle isole in Costituzione

L’attenzione rivolta verso le isole ha conosciuto, storicamente, fasi alterne.

Esse infatti sono state destinatarie nel tempo di una considerazione variabile, se sol si considera che, in occasione della ricordata riforma del Titolo V, si è assistito persino alla loro cancellazione dal testo costituzionale laddove disponeva che “per provvedere a scopi determinati, e particolarmente per va-

⁹ Rubricata “Modifica all’articolo 119 della Costituzione, concernente il riconoscimento delle peculiarità delle Isole e il superamento degli svantaggi derivanti dall’insularità”.

¹⁰ Sul punto si veda anche L. M. TONELLI, *La riemersione dell’insularità in Costituzione*, in *Osservatorioaic.it*, n. 6/2022 p. 112 s.

¹¹ Come noto la l. cost. 7 novembre 2022, n. 2, è stata preceduta dalle seguenti riforme, tutte intervenute nella XVIII Legislatura: l. cost. 19 ottobre 2020, n. 1 sulla riduzione del numero dei parlamentari; l. cost. 18 ottobre 2021, n. 1 sul voto ai diciottenni per l’elezione dei senatori; nonché l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1, sulla tutela dell’ambiente.

lorizzare il Mezzogiorno e le Isole, lo Stato assegna per legge a singole Regioni contributi speciali”¹².

Dell’alterna fortuna riservata alla questione insulare può trovarsi testimonianza a partire dal dibattito sorto nella Costituente, che ha destinato alle Isole un interesse per la verità circoscritto e connesso, essenzialmente, al più ampio tema della valorizzazione del Mezzogiorno.

Quest’ultimo, invero, fu oggetto di specifica attenzione, legata per lo più al profilo dell’agricoltura nonché, in minor misura, dello sviluppo industriale.

Così, l’attenzione si concentrò su aspetti quali la proprietà fondiaria, la distribuzione della proprietà terriera nonché la perequazione del carico fiscale¹³, il tutto nella duplice prospettiva di assicurare una dimensione di sviluppo economico e di crescita sociale delle zone più svantaggiate del Paese.

Le isole, al contrario, furono trattate come aspetto ancillare e meritevole soltanto di riferimenti sporadici, di talché è possibile dedurre che i Costituenti riservarono alle condizioni di svantaggio di simili territori, nel complesso, una limitata considerazione.

Un momento di svolta si ebbe con un intervento di Meuccio Ruini che – a seguito degli orientamenti espressi dagli on.li Sullo e Pignatari in favore della previsione di appositi sostegni finanziari – propose il riconoscimento di contributi speciali per assicurare lo sviluppo dei territori più svantaggiati¹⁴.

Malgrado la loro “timida” comparsa, quindi, le isole superarono indenni il dibattito costituente, riuscendo così a conquistare un’esplicita menzione all’interno della Carta fondamentale e, in tal modo, una specifica dignità di tutela a livello costituzionale.

¹² Secondo quanto previsto dall’art. 119, comma 3, Cost. nel testo previgente alla riforma costituzionale del 2001.

¹³ Al riguardo V. M. SBRESCIA, *La costituzionalizzazione del Mezzogiorno. Spunti di riflessione dal dibattito Costituente a settant’anni dall’entrata in vigore della Costituzione repubblicana*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, n. 1/2018, p. 194 s.

¹⁴ Sulla ricostruzione di tale dibattito v. T.E. FROSINI, *Per una ri-costituzionalizzazione del Mezzogiorno e delle isole*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1/2022, pp. 2 ss. che nel valorizzare proprio l’intervento di Meuccio Ruini – avvenuto, segnatamente, nella seduta del giorno 11 luglio 1947 – precisa che, oltre che nella Costituente, le isole furono evocate nel dibattito sulla fiducia del secondo governo De Gasperi, ove fu manifestata l’esigenza di assicurare a tali territori condizioni sociali analoghe a quelle delle regioni del Paese maggiormente sviluppate. Sempre nella ricostruzione operata dall’Autore, significativo è anche il riferimento all’approvazione nella II sottocommissione di una risoluzione in cui si affermava il dovere dello Stato di procedere, al momento della costituzione delle Regioni, all’elaborazione di un piano per la “trasformazione delle attuali condizioni economico-sociali delle Regioni meridionali ed insulari”.

A fronte dell'enunciazione formale, tuttavia, sul piano attuativo il previgente terzo comma dell'art. 119 Cost. non fu posto nella condizione di esprimere tutte le sue potenzialità¹⁵.

Sono mancate infatti politiche efficaci e di lunga prospettiva che, al di là di singole contribuzioni, rispondessero a una più ampia visione di sviluppo economico e sociale per il superamento di condizioni di diseguaglianza e vulnerabilità, coerentemente con i valori ispiratori della Carta.

La presenza delle isole (e del Mezzogiorno) all'interno della Costituzione venne addirittura meno, dopo oltre cinquant'anni, quando emerse l'idea che l'opzione per un assetto competitivo fra i territori, nel solco di una maggiore differenziazione, migliorasse l'efficienza complessiva del sistema.

Quella che è stata efficacemente definita come norma di "diritto sociale territoriale"¹⁶, in altri termini, fu soppressa assieme all'idea che un'esplicita menzione delle isole nella trama costituzionale potesse consentire un effettivo sostegno a territori sfavoriti per la loro peculiare collocazione geografica.

È stato così che l'originario richiamo testuale alla valorizzazione del Mezzogiorno e delle isole, quale scopo prioritario – seppur non esclusivo – dell'intervento statale, ha ceduto il passo a una formulazione contenutistica più articolata, seppur non meno problematica sul piano applicativo.

In base all'art. 119 Cost. post-riforma del Titolo V, invero, le risorse statali non vengono più destinate in via esclusiva alle sole Regioni, bensì anche a Comuni, Province e Città metropolitane.

Al contempo gli originari "contributi statali" sono sostituiti dalle "risorse aggiuntive" e dagli "interventi speciali", preposti al soddisfacimento di finalità puntualmente elencate (ossia la promozione dello "sviluppo economico", della "coesione e solidarietà sociale", etc.) rispetto ai più generici "scopi determinati" evocati dalla formulazione precedente¹⁷.

Scompaiono poi dalla previsione, secondo quanto anticipato, il Mezzogiorno e le isole, quali soggetti originariamente destinatari di specifica valorizzazione mediante l'evocato sostegno statale.

È notorio però come la costituzionalizzazione di un impianto federalista a livello fiscale abbia faticato a trovare piena attuazione, ragion per cui tale as-

¹⁵ Al riguardo, *ex multis*, C. BASSU, *Isole del Sud nell'Europa delle Regioni. Il principio di insularità negli ordinamenti di Italia, Spagna e Portogallo come "questione meridionale"*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1/2022, p. 78 s.

¹⁶ Così T. E. FROSINI, "Insularità" e Costituzione, in *Riv. giur. del Mezzogiorno*, XXXIV, n. 1/2020, p. 247.

¹⁷ Secondo l'art. 119, comma 5, Cost. "[p]er promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni, lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni".

setto ha presto mostrato la sua inidoneità a supportare territori, quali le isole, caratterizzati da significativi fattori di svantaggio a livello strutturale.

Ciò, peraltro, malgrado l'attuazione della disposizione costituzionale avesse condotto all'adozione di discipline legislative che contemplavano espliciti riferimenti alle isole.

Si pensi ad esempio che tra i principi e criteri direttivi della nota legge 5 maggio 2009, n. 42¹⁸ sul federalismo fiscale si rinviene la necessità di considerare specifiche realtà territoriali e segnatamente, fra le altre, proprio le "isole minori"¹⁹.

Al di là di simili aspetti, l'esigenza di munire i territori insulari di adeguate risorse è stata ribadita anche dal giudice costituzionale

In particolare, con la sentenza n. 6 del 2019²⁰, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 1, comma 851 della legge 27 dicembre 2017, n. 205 "nella parte in cui non prevede, nel triennio 2018-2020, adeguate risorse per consentire alla Regione autonoma Sardegna una fisiologica programmazione nelle more del compimento, secondo i canoni costituzionali, della trattativa finalizzata alla stipula dell'accordo di finanza pubblica"²¹.

Il giudice costituzionale, segnatamente, ha osservato che, nonostante l'espunzione dalla Carta del riferimento espresso alle isole, sia necessario assicurare adeguati meccanismi perequativi per il superamento degli squilibri territoriali, coerentemente peraltro con l'impianto tracciato dalla medesima legge sul federalismo fiscale²².

¹⁸ Su cui, *ex multis*, v. L. ANTONINI, *Il cosiddetto federalismo fiscale. Un giudizio di insieme su una riforma complessa*, in *Le Regioni*, 2014, n. 1-2/2014, pp. 15 ss. nonché F. GALLO, *I principi del federalismo fiscale*, in *Diritto e pratica tributaria*, n. 1/2012, pp. 1 ss.

¹⁹ Art. 16, comma 1, lett. c), legge 5 maggio 2009, n. 42. Si consideri altresì l'art. 22 che evoca la specificità insulare con riguardo al tema della perequazione infrastrutturale.

²⁰ Su tale pronuncia si vedano i commenti, fra gli altri, di G. DEMURO, *L'Isola, il giudice costituzionale e lo Stato disinformato*, in *Le Regioni*, n. 1/2019, pp. 325 ss.; di E. TALARICO, *Quando le sentenze costituzionali limitano la discrezionalità delle politiche di bilancio del legislatore. Note alla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2019*, in *Diritto & Conti. Bilancio Comunità Persona*, n. 1/2019, pp. 82 ss.; di A. RIVIEZZO, *Equilibrio di bilancio, leale collaborazione e sindrome di Pirro (breve annotazione a Corte costituzionale 11 gennaio 2019, n. 6)*, in *Dirittiregionali.it*, n. 2/2019, pp. 2 ss.; di F. GUELLA, *Incostituzionalità per insufficienza: la Corte censura la non previamente concertata quantificazione statale dei maggiori spazi di spesa regionale, con una sentenza additiva di principio che nondimeno abbisogna di futuro accordo*, in *Forumcostituzionale.it*, 7 maggio 2019, pp. 1 ss.; di C. FORTE, M. PIERONI, *Le sentenze n. 101/2018 e n. 6/2019 della Corte costituzionale: il rapporto tra legge e bilancio e gli effetti delle pronunce sui saldi di finanza pubblica*, in *Forumcostituzionale.it*, n. 2/2020, pp. 97 ss.; nonché di R. MONTALDO, *Dalla Corte una nuova sentenza "direttiva" in materia di accantonamenti, tra autonomia finanziaria regionale e inerzia del legislatore*, in *Giur. cost.*, n. 1/2019, pp. 56 ss.

²¹ Corte costituzionale, sentenza n. 6 del 2019, Considerato in diritto, punto 6.

²² Corte costituzionale, sentenza n. 6 del 2019, Considerato in diritto, punto 4.1.2. secondo cui "[i]n relazione alla mancata ridefinizione delle relazioni finanziarie tra Stato e Regione autonoma Sardegna secondo i canoni fissati dall'art. 27 della legge n. 42 del 2009, va sottolineato come, a quasi

Per la Corte, infatti, la definizione delle risorse da destinare ai territori maggiormente svantaggiati non può fondarsi su elementi arbitrari ma deve tenere in considerazione criteri puntuali che valorizzino, fra gli altri, proprio i costi dell'insularità e i relativi svantaggi strutturali permanenti²³.

L'interpretazione della Corte, pertanto, oltre ad assumere rilievo nella parte in cui postula per lo Stato di realizzare una leale collaborazione con le autonomie a livello di gestione del bilancio, possiede altresì pregnanza laddove riserva peculiare considerazione proprio al problema dell'insularità²⁴.

Malgrado infatti la stessa abbia avuto specifico riguardo all'esperienza sarda, le affermazioni nella stessa contenute possiedono inevitabili implicazioni di più ampio respiro sulle isole in generale²⁵.

L'insieme di aspetti rappresentati, così, rende agevole comprendere come si sia nel tempo consolidata la consapevolezza della necessità di un intervento di più ampia portata che permettesse di assegnare alle isole una rinnovata considerazione.

Esigenza, quest'ultima, che ha trovato una propria concretizzazione nella proposta di iniziativa popolare che ha condotto all'approvazione della l. cost. 7 novembre 2022, n. 2, recante la modifica dell'art. 119 Cost., ove è stato inserito un (nuovo) comma dopo il quinto.

La disposizione costituzionale, così, si vede oggi arricchita dell'esplicito riconoscimento della peculiarità delle isole e dell'impegno della Repubblica al superamento degli svantaggi derivanti dall'insularità.

dieci anni dall'emanazione di tale legge, il problema dell'insularità non sia mai stato preso in considerazione ai fini di ponderare complessivamente le componenti di entrata e di spesa dell'autonomia territoriale ricorrente. Eppure, lo schema di revisione delle relazioni finanziarie tra Stato e Regione autonoma Sardegna previsto dall'art. 27 detta [...] criteri sufficientemente chiari per risolvere questioni a tutt'oggi ancora non definite”.

²³ Nella fattispecie venuta all'attenzione del giudice costituzionale, la Corte, alla luce della disciplina di riferimento nonché degli orientamenti giurisprudenziali affermatasi sul punto, ha infatti individuato una serie di criteri che lo Stato deve osservare nella definizione del quantum da riconoscere alla Regione Sardegna, dovendo lo stesso tener conto, fra gli altri: “c) degli “svantaggi strutturali permanenti [...], dei costi dell'insularità e dei livelli di reddito pro capite” (art. 27 della legge n. 42 del 2009); [...] e) del finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, secondo comma, lettera m, Cost. e art. 27 della legge n. 42 del 2009 [...])”.

²⁴ V. sul punto il *report* elaborato dalla Regione Siciliana, *Stima e costi dell'insularità per la Sicilia*, cit., p. 7 s., ove si evidenzia l'importanza della pronuncia proprio in ragione della “considerazione che riserva alla condizione di insularità nell'ordinamento costituzionale, pur in assenza di un esplicito riconoscimento nel testo della Carta fondamentale” nonché per le implicazioni future “nelle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni insulari [...]” individuando “i costi dell'insularità” quale parametro ineludibile per delinearne la struttura in modo compiuto ed appropriato”.

²⁵ In tal senso, v. anche G.C. CARBONI, *La stagione dell'insularità*, in *Federalismi.it*, 10 agosto 2022, p. 23 s. e p. 29.

3. L'insularità oltre i confini nazionali

Prima di analizzare i contenuti e le implicazioni della recente riforma – che ha segnato, quindi, il “ritorno” delle isole in Costituzione – può essere utile soffermarci sulla considerazione della questione insulare al di là dell'esperienza italiana.

Una simile riflessione ci consente di comprendere che, con la cancellazione dal testo costituzionale delle isole nel 2001, l'ordinamento italiano sembra aver adottato una scelta in controtendenza rispetto alla graduale attenzione rivolta alle stesse oltre i confini nazionali.

Si pensi, fra gli atti maggiormente significativi sul piano internazionale, alla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982²⁶ che, affrontando il peculiare regime giuridico dell'isola, la definisce espressamente quale “distesa naturale di terra circondata dalle acque, che rimane al di sopra del livello del mare ad alta marea”²⁷.

Ancora, interessante appare la Dichiarazione delle Barbados del 1994 che, nel porre in rilievo la marcata vulnerabilità degli Stati insulari sotto il profilo della diversità biologica, della ridotta superficie e della contenuta disponibilità di risorse di acqua dolce, auspica l'adozione di apposite misure di sostegno per la sopravvivenza di simili territori²⁸.

Nel diritto europeo l'attenzione verso simili territori si è sviluppata progressivamente in quanto, al di là di iniziali riferimenti occasionali presenti nei vari Trattati che si sono succeduti, solo in seguito si è maturata una diversa consapevolezza verso le regioni insulari.

Si consideri, più specificamente, che il Trattato di Maastricht ha fatto esplicita menzione delle “regioni ultraperiferiche” della Comunità nella dichiarazione n. 26 allegata allo stesso; anche il Trattato di Amsterdam, all'art. 299, ha disposto misure speciali da intraprendere in favore di alcuni territori insulari in considerazione della loro peculiare situazione socioeconomica²⁹.

²⁶ Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS), firmata a Montego Bay il 10 dicembre 1982, ratificata e resa esecutiva dal nostro Paese ai sensi della legge 2 dicembre 1994, n. 689.

²⁷ Art. 121, par. 1. A mente del par. 2, inoltre, “il mare territoriale, la zona contigua, la zona economica esclusiva e la piattaforma continentale di un'isola vengono determinate conformemente alle disposizioni della presente Convenzione relative ad altri territori terrestri”. Secondo il par. 3 invece “gli scogli che non si prestano all'insediamento umano né hanno una vita economica autonoma non possono possedere né la zona economica esclusiva né la piattaforma continentale”.

²⁸ Ricorda i contenuti di tale provvedimento, in particolare, P. FOIS, *L'insularità nel diritto internazionale ed interno: orientamenti convergenti*, in T. E. FROSINI (a cura di), *Isole nel diritto pubblico comparato ed europeo. Atti del convegno dell'Associazione di Diritto pubblico comparato ed europeo, Sassari, Università degli Studi, 19 maggio 2006*, Torino, 2007, p. 192.

²⁹ Per un approfondimento sul punto v. sempre P. FOIS, *L'insularità nel diritto internazionale ed interno: orientamenti convergenti*, cit., p. 192 s. nonché T. E. FROSINI, “*Insularità*” e *Costituzione*, cit., p. 252.

Più di recente, l'interesse per l'insularità ha assunto una rilevanza indubbiamente più consistente.

Si pensi all'art. 174 del TFUE per il quale l'Unione, in una prospettiva di "promozione" e "sviluppo armonioso", persegue "la propria azione intesa a realizzare il rafforzamento della sua coesione economica, sociale e territoriale"³⁰.

Con l'obiettivo di "ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni ed il ritardo delle regioni meno favorite"³¹, difatti, essa annovera fra i territori interessati dalla politica di coesione quelli "che presentano gravi e permanenti svantaggi naturali o demografici, quali le regioni più settentrionali con bassissima densità demografica e le regioni insulari [...]"³².

Ancora, sempre all'interno del TFUE, può operarsi un riferimento al successivo art. 175³³, che individua appositi strumenti finanziari per la realizzazione di simili finalità, nonché all'art. 349 che, con specifico riferimento alle regioni ultraperiferiche (qualificate dalla lontananza dal continente europeo, dalle ridotte dimensioni nonché dall'insularità)³⁴, dispone l'adozione di specifiche misure volte a stabilire le condizioni di applicazione dei Trattati a questi territori³⁵.

Nel solco di una simile disciplina, molte sono state le iniziative che a vario titolo hanno preso in considerazione il problema degli svantaggi dell'insularità, fra cui può ricordarsi – tra le più recenti – la Risoluzione del

³⁰ Art. 174 TFUE, par. 1.

³¹ Art. 174 TFUE, par. 2.

³² Art. 174 TUE, par. 3.

³³ In base all'art. 175 TFUE, par. 1, infatti, "gli Stati membri conducono la loro politica economica e la coordinano anche al fine di raggiungere gli obiettivi dell'articolo 174. L'elaborazione e l'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, nonché l'attuazione del mercato interno tengono conto degli obiettivi dell'articolo 174 e concorrono alla loro realizzazione. L'Unione appoggia questa realizzazione anche con l'azione che essa svolge attraverso fondi a finalità strutturale (Fondo europeo agricolo di orientamento e di garanzia, sezione "orientamento", Fondo sociale europeo, Fondo europeo di sviluppo regionale), la Banca europea per gli investimenti e gli altri strumenti finanziari esistenti".

³⁴ L'art. 349 TFUE, par. 1, si riferisce in particolare alla situazione socioeconomica strutturale "della Guadalupa, della Guyana francese, della Martinica, della Riunione, di Saint Barthélemy, di Saint Martin, delle Azzorre, di Madera e delle isole Canarie, aggravata dalla loro grande distanza, dall'insularità, dalla superficie ridotta, dalla topografia e dal clima difficili, dalla dipendenza economica da alcuni prodotti, fattori la cui persistenza e il cui cumulo recano grave danno al loro sviluppo [...]".

³⁵ A tal fine la disposizione, sempre al par. 1, prevede che "il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, adotta misure specifiche volte, in particolare, a stabilire le condizioni di applicazione dei trattati a tali regioni, ivi comprese politiche comuni". A mente del par. 2, più specificamente, simili misure "riguardano in particolare politiche doganali e commerciali, politica fiscale, zone franche, politiche in materia di agricoltura e di pesca, condizioni di fornitura delle materie prime e di beni di consumo primari, aiuti di Stato e condizioni di accesso ai fondi strutturali e ai programmi orizzontali dell'Unione".

Parlamento europeo del 7 giugno 2022 su “isole dell’UE” e “politica di coesione: situazione attuale e sfide future”³⁶.

Tale documento, preceduto dalla Risoluzione dello stesso Parlamento europeo del 4 febbraio 2016 sulla condizione di insularità³⁷, prende le mosse in particolare dall’aggravamento delle condizioni di complessità delle regioni insulari dopo la crisi legata al *Covid-19*³⁸.

Vengono così illustrate le principali sfide per le isole europee connesse a importanti ambiti quali i cambiamenti climatici e la biodiversità, l’accesso all’acqua e la gestione idrica, la transizione energetica, lo sviluppo socioeconomico, la cultura, l’agricoltura e la pesca, il turismo, l’accesso ai servizi pubblici e l’immigrazione³⁹.

In ragione di ciò, il documento auspica un miglioramento nella raccolta di dati statistici⁴⁰ e una rivalutazione dei regimi di aiuti di Stato⁴¹, invitando la Commissione a elaborare un’agenda europea e una strategia di rilancio per la riduzione del divario di sviluppo di tali regioni⁴².

Malgrado le iniziative del Parlamento europeo, le problematiche connesse all’insularità non sembrano rappresentare una priorità nelle politiche di coesione dell’UE, registrandosi all’interno delle regioni insulari un peggioramento della loro situazione complessiva negli ultimi decenni⁴³.

Non casualmente il Comitato europeo delle Regioni, proprio prendendo spunto da una simile circostanza, ha da tempo sottoposto alle istituzioni europee un “Manifesto per le isole europee”⁴⁴, sollecitando un intervento su più fronti volto ad assicurare effettiva attuazione all’art. 174 TFUE⁴⁵.

³⁶ Reperibile all’indirizzo https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0225_IT.html

³⁷ V. nota 1.

³⁸ Lett. k) ss.

³⁹ Così come illustrati a partire dai punti 16 e ss. della Risoluzione.

⁴⁰ Punti 85 ss.

⁴¹ Punti 79 ss.

⁴² Punti 90 ss.

⁴³ Evidenzia una simile problematica, in particolare, G. ARMAO, *Condizioni di insularità ed oneri di servizio pubblico aereo*, in *Rivista di Diritto dell’Economia, dei Trasporti e dell’Ambiente*, vol. XVII-2020, p. 47 s. che sottolinea come la condizione di insularità “rimanga ancora marginale nelle politiche di coesione e di impiego dei fondi SIE”. Difatti, la “maggior parte di tali regioni insulari (classificate NUTS 2 e 3) non ha completato alcun processo di convergenza economica” in ragione di una molteplicità di fattori e, segnatamente, “a causa della crisi finanziaria, delle politiche di austerità adottate dagli Stati membri e della carenza di innovazione, dell’aggravarsi della situazione dei collegamenti e dei trasporti”.

⁴⁴ Il documento, approvato dall’Intergruppo regionale per l’Insularità del Comitato europeo delle Regioni su proposta del Presidente Prof. G. Armao nel dicembre 2019, è reperibile all’interno del volume di G. ARMAO (a cura di), *Condizione e costi dell’insularità in Italia ed in Europa*, cit., pp. 281 ss.

⁴⁵ Il Manifesto, in particolare, evidenzia che “l’Unione europea non ha ancora adottato norme sufficienti ad assicurare, ‘quell’attenzione particolare’ a favore delle isole europee, prevista dal terzo

Ciò posto sul fronte eurounitario, è interessante a tal punto soffermarci sulle scelte adottate dalle Costituzioni di alcuni Paesi europei che, in ragione delle relative caratteristiche territoriali, hanno dedicato un'apposita attenzione al fenomeno insulare⁴⁶.

Anche all'interno di simili contesti invero, sulla falsariga dell'originaria opzione abbracciata dalla Costituzione italiana, la peculiare condizione delle isole ha trovato specifica – sia pur diversa – considerazione a livello costituzionale.

Posta la variegata disciplina del fenomeno insulare nei diversi Stati europei⁴⁷ e al di là dell'ampia autonomia costituzionalmente riconosciuta alle danesi Groenlandia e Faroe⁴⁸ nonché alle finlandesi Isole Åland⁴⁹, è opportuno concentrarsi sui modelli portoghese e spagnolo a noi maggiormente affini.

Giova ricordare, ad esempio, che nel contesto portoghese un'apposita previsione costituzionale, l'art. 6.2, dispone che “gli arcipelaghi delle Azzorre e di Madera costituiscono regioni autonome dotate di statuti politico-amministrativi e di organi di governo”⁵⁰.

comma dell'art. 174 del TFUE”. A tal fine sono individuati all'interno dello stesso dieci punti per assicurare “adeguate compensazioni atte a superare gli svantaggi determinati dalla condizione di insularità”, segnatamente concernenti: 1) la “redazione e approvazione di un libro bianco sul terzo comma dell'art. 174 del TFUE con riguardo alle isole”; 2) il rafforzamento della “dimensione territoriale” attraverso la garanzia di “pari opportunità di sviluppo”; 3) la necessità di “porre le questioni dell'insularità e della discontinuità territoriale al centro della politica dei trasporti europea”; 4) l'esigenza di “dotare l'Europa di una politica di investimenti che preveda delle misure e degli strumenti specifici per i governi insulari”; 5) la modifica della “normativa vigente sugli aiuti di Stato a finalità regionale in maniera da armonizzare la disciplina dei territori insulari europei”; 6) la predisposizione di “misure che compensino la vulnerabilità specifica dei territori insulari di fronte agli effetti dei cambiamenti climatici”; 7) la necessità di “incentivare la transizione delle isole verso un modello di economia circolare”; 8) il miglioramento della “competitività dell'imprenditoria insulare”; 9) l'esigenza di “rinforzare gli strumenti europei di analisi territoriale tramite la creazione di una categoria statistica insulare”; 10) la creazione di “organi specifici competenti sulle questioni insulari in seno alle istituzioni europee”.

⁴⁶ Rappresenta i diversi approcci rispetto al fenomeno insulare negli Stati unitari e decentrati G.C. CARBONI, *L'insularità e i suoi costi*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1/2022, pp. 63 ss.

⁴⁷ Su cui si veda R. DERIU, C. SANNA, *Insularità: una nuova Autonomia attraverso la cooperazione tra le Regioni insulari euromediterranee*, in *Federalismi.it.*, n. 5/2020, pp. 22 ss.

⁴⁸ Per un approfondimento sul regime di specialità di tali isole, v. F. DURANTI, *La specialità insulare di Groenlandia e Faroe nell'ordinamento costituzionale danese*, in T. E. FROSINI (a cura di), *Isole nel diritto pubblico comparato ed europeo. Atti del convegno dell'Associazione di Diritto pubblico comparato ed europeo*, cit., pp. 41 ss.

⁴⁹ Su tale modello, v. specificamente R. ARIETTI, *Ripensare l'insularità nel sistema costituzionale italiano, tra suggestioni scandinave e rinegoziazione dei rapporti centro-periferia*, in *DPCE online*, 2022, pp. 637 ss.

⁵⁰ Con riguardo al contesto portoghese, v. R. ORRÙ, *Insularità e autonomia regionale nell'ordinamento portoghese*, in T. E. FROSINI (a cura di), *Isole nel diritto pubblico comparato ed europeo*, cit., pp. 153 ss.

In tale esperienza si configura pertanto una significativa differenziazione che, unitamente al riconoscimento di poteri anche di natura legislativa, ha consentito a simili territori, ad oggi, di beneficiare di rilevanti misure di sostegno per assicurare un adeguato godimento di diritti e servizi⁵¹.

Al di là del modello portoghese, particolarmente interessante si presenta poi quello spagnolo.

Nella Costituzione spagnola infatti – fondata, come noto, su un impianto autonomistico⁵² – il regime giuridico delle isole si presenta come profilo tutt’altro che sfumato, riservandosi alla loro condizione un ruolo considerevole.

Esse vengono disciplinate, anzitutto, assieme alle province nell’ambito dell’organizzazione territoriale dello Stato, prevedendosi che “negli arcipelaghi, le isole avranno [...] proprie amministrazioni sotto forma di Capitoli o Consigli”⁵³; ai territori insulari, in aggiunta, è consentito di poter “accedere all’autogoverno e costituirsi in Comunità Autonome [...]”⁵⁴.

Le isole peraltro, oltre rilevare quali circoscrizioni elettorali⁵⁵, assumono specifica pregnanza anche nella prospettiva del principio solidaristico, laddove la Carta fondamentale impone allo Stato di garantirne l’effettiva realizzazione sovrintendendo all’instaurazione di un adeguato equilibrio economico tra le diverse componenti del territorio spagnolo, “tenendo conto in particolare delle circostanze connesse alle situazioni delle isole”⁵⁶.

La realtà spagnola quindi presenta notevoli spunti d’interesse in quanto, lungi dall’effettuare un richiamo meramente formale alle isole, individua piuttosto un vero e proprio statuto costituzionale dell’insularità quale condizione

⁵¹ Sottolinea la centralità dell’apporto finanziario nonché il ruolo degli attori istituzionali nello sviluppo dell’esperienza di specialità insulare portoghese C. BASSU, *Isole del Sud nell’Europa delle Regioni. Il principio di insularità negli ordinamenti di Italia, Spagna e Portogallo come “questione insulare”*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1/2022 p. 88 s.

⁵² Su cui si veda, *ex multis*, D. CAMONI, *Il sistema costituzionale delle Comunidades Autónomas spagnole: un breve confronto con l’ordinamento regionale italiano*, in C. BERTOLINO, A. MORELLI, G. SOBRINO (a cura di), *Regionalismo differenziato e specialità regionale: problemi e prospettive*, Torino, 2020, pp. 151 ss.

⁵³ Art. 141, comma 4, Costituzione spagnola.

⁵⁴ Art. 143, comma 1, Costituzione spagnola.

⁵⁵ Art. 69, comma 3, Costituzione spagnola, ove si afferma che “nelle province insulari, ogni isola o loro raggruppamento, con Capitolo o Consiglio Insulare, costituirà una circoscrizione agli effetti dell’elezione dei Senatori, spettandone tre a ciascuna delle isole maggiori – Gran Canaria, Maiorca e Tenerife – e uno per ognuna delle seguenti isole o raggruppamenti: Ibiza, Formentera, Menorca, Fuerteventura, Gomera, Hierro, Lanzarote e La Palma”.

⁵⁶ Art. 138, comma 1, Costituzione spagnola. Per completezza, giova inoltre ricordare che anche nella terza “Disposizione aggiuntiva” alla Costituzione spagnola è presente un riferimento alle realtà insulari, laddove si precisa che la riforma del regime economico e fiscale dell’arcipelago delle Canarie implica la preventiva consultazione della Comunità autonoma.

che non costituisce sinonimo di mero svantaggio ma elemento in grado di dar corpo a una vera e propria “identità” da valorizzare e sostenere.

Ecco che, nell’assegnare una “funzione strategica”⁵⁷ alle isole, tale Costituzione offre una copertura costituzionale al c.d. “hecio insular”⁵⁸, ovvero sia a quel “fattore insulare” in grado di identificare l’insieme di caratteristiche – economiche, sociali e culturali – connotanti simili territori.

Il riferimento alle principali esperienze europee che hanno conferito rilevanza costituzionale alle isole e alla loro peculiare condizione rappresenta dunque un utile termine di confronto per comprendere le novità accolte dalla nostra Costituzione.

L’esigenza di offrire un riconoscimento alla condizione insulare, attraverso un’attenzione verso gli aspetti globalmente qualificanti le isole, ha costituito infatti il substrato su cui ha potuto svilupparsi l’iniziativa che ha condotto alla recente modifica costituzionale dell’art. 119 Cost.

L’esperienza italiana – che per prima aveva operato un riferimento alle isole nella sua formulazione del ’48, poi espunto – sembra così (ri)avvicinarsi alle principali esperienze costituzionali europee, collocandosi al contempo nel solco di quella sempre più marcata attenzione verso il fenomeno insulare emersa progressivamente nell’Unione europea e a livello internazionale.

4. La l. cost. 7 novembre 2022, n. 2 di modifica dell’art. 119 della Carta

È a tal punto opportuno soffermarsi sulle novità introdotte dall’evocata modifica additiva dell’art. 119 Cost., recata dalla l. cost. 7 novembre 2022, n. 2, onde verificare il modo in cui il legislatore costituzionale ha disciplinato il fenomeno insulare all’interno della Carta.

Secondo quanto anticipato, in virtù della stessa, è stato aggiunto all’interno di tale articolo un ulteriore comma dopo il quinto, a mente del quale “[l]a Repubblica riconosce le peculiarità delle isole e promuove le misure necessarie a rimuovere gli svantaggi derivanti dall’insularità”.

Il testo è stato approvato in seconda deliberazione a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna camera e più precisamente dal Senato della Repubblica nella seduta del 27 aprile 2022⁵⁹ nonché dalla Camera dei deputati nella seduta del 28 luglio 2022⁶⁰.

⁵⁷ Così T.E. FROSINI, *“Insularità” e Costituzione*, cit., p. 250.

⁵⁸ Si sofferma sull’hecio insular, fra gli altri, M. IACOMETTI, *Le isole Baleari e Canarie: die diversi tipi di “insularità” nell’Estatò autonòmico spagnòlo*, in T. E. FROSINI (a cura di), *Isole nel diritto pubblico comparato ed europeo*, cit., p. 72.

⁵⁹ AS.865-B.

⁶⁰ AC.3353-B.

La legge costituzionale è stata pubblicata decorso il termine di tre mesi previsto dall'art. 138, comma secondo, Cost. senza che sia intervenuta richiesta alcuna di referendum⁶¹.

Prima di procedere alla disamina dei contenuti e dei possibili aspetti di problematicità del testo, è opportuno sviluppare alcune considerazioni preliminari utili a meglio contestualizzare l'intervento in esame.

Interessanti spunti di riflessione emergono anzitutto dallo stesso *iter* che ha condotto all'approvazione della riforma, che si presenta suggestivo sia dal punto di vista dell'iniziativa che con riguardo all'originaria formulazione della proposta di modifica costituzionale.

Un primo elemento di interesse attiene infatti alla circostanza per cui tale legge nasce da un'iniziativa popolare e quindi in virtù di un istituto di scarso impatto nel nostro ordinamento, men che meno a livello costituzionale.

Circostanza, questa, indubbiamente inedita nella storia del nostro Parlamento e frutto della perseveranza dei territori insulari – primi su tutti quelli di Sicilia⁶² e Sardegna⁶³ – che hanno con forza condotto una campagna per il riconoscimento delle isole e della loro condizione in Costituzione.

Stimolante appare poi il dibattito sviluppatosi a partire dal testo iniziale della proposta che, rispetto alla versione poi approvata in via definitiva, ha assistito a variazioni significative.

In particolare, nella formulazione originaria si prevedeva l'introduzione, dopo il quinto comma dell'art. 119 Cost., di un comma aggiuntivo che demandava allo Stato di riconoscere “il grave e permanente svantaggio naturale derivante dall'insularità” nonché di disporre “le misure necessarie a garantire un'effettiva parità e un reale godimento dei diritti individuali e inalienabili”.

Nel corso dei lavori parlamentari, caratterizzati da un nutrito ciclo di audizioni informali⁶⁴, tale enunciato è stato sottoposto ad alcune osservazioni critiche tese a porre in evidenza possibili problematicità sia terminologiche che contenutistiche.

In effetti dal testo originario della proposta si traeva una declinazione dell'insularità nella sua dimensione di svantaggio piuttosto che di risorsa, operandosi un esclusivo riferimento alla grave situazione di difficoltà morfologica caratterizzante simili territori.

⁶¹ Termine scaduto il 30 ottobre 2022, con pubblicazione della legge in G.U. n. 267 del 15 novembre 2022.

⁶² Sulla centralità del tema all'interno di tale contesto regionale si veda il recente *Dossier* concernente *Il riconoscimento degli svantaggi derivanti dalla condizione di insularità*, doc. n. 3/2023, elaborato dal Servizio Studi dell'Assemblea Regionale Siciliana, reperibile all'indirizzo *Ars.sicilia.it*.

⁶³ Si pensi che nella sola Sardegna sono state raccolte centomila firme, così come osservato da T.E. FROSINI, “*Insularità e Costituzione*”, cit., p. 253.

⁶⁴ Reperibili all'indirizzo https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/documenti/50760_documenti.htm

Non sono così mancate le osservazioni di coloro che hanno rilevato che l'insularità non costituisce una caratterizzazione prettamente naturalistica e di solo svantaggio, rappresentando piuttosto una condizione ricca di peculiarità storiche, istituzionali e linguistiche che concorrono significativamente ad accrescere il patrimonio culturale del nostro Paese⁶⁵.

Pertanto, lungi da poter essere considerata esclusivamente in una prospettiva di sostegno economico-finanziario, si è ritenuto doverla valutare “in un’accezione più ampia” e tale da assicurare una “valorizzazione delle specificità di carattere culturale, storico, naturalistico di tali territori”⁶⁶.

Oltretutto, anche sul piano soggettivo, l’ente preposto all’adozione di misure necessarie a superare le condizioni di svantaggio veniva individuato esclusivamente nello Stato e non nella Repubblica, termine che, evocando un concetto ben più ampio e comprensivo di tutti gli enti costitutivi della stessa mente dell’art. 114, comma 1, Cost., sarebbe risultato verosimilmente più appropriato.

Ancora, un ulteriore elemento di opacità riguardava il riferimento ai “diritti individuali e inalienabili”, formula indubbiamente sconosciuta non soltanto al complessivo disposto dell’art. 119 Cost. ma, più generalmente, all’intera trama costituzionale.

Se infatti l’art. 119, al quinto comma, opera un riferimento ai “diritti della persona”, la Costituzione nel suo insieme richiama semmai espressioni quali i diritti fondamentali e i diritti inviolabili⁶⁷.

La Carta infatti adopera l’espressione “fondamentale” all’art. 32 Cost., laddove qualifica la salute come “fondamentale diritto” dell’individuo oltre che interesse della collettività. Ancora, l’“inviolabilità” viene richiamata nei principi fondamentali all’art. 2 Cost. che utilizza la celebre formula dei diritti inviolabili; così come all’art. 24 Cost. che riconduce l’inviolabilità al diritto di difesa; oppure all’interno della disciplina costituzionale delle libertà, laddove si qualificano come inviolabili la libertà personale (art. 13 Cost.), il domicilio (art. 14 Cost.) e la libertà e segretezza della corrispondenza (art. 15)⁶⁸.

⁶⁵ In questo senso vanno, specificamente, le *Osservazioni e proposta del Prof. Andrea Pabusca*, p. 1, raccolte dalla Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica durante il ciclo di audizioni informali sul Disegno di legge costituzionale A.S.865, reperibili all’indirizzo https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/documenti/50760_documenti.htm

⁶⁶ Sul punto si veda il *Dossier del 28 giugno 2022, Modifica all’articolo 119 della Costituzione, concernente il riconoscimento delle peculiarità delle Isole e il superamento degli svantaggi derivanti dall’insularità*, A.C. 3353-B, p. 5, reperibile all’indirizzo <https://documenti.camera.it/Leg18/Dossier/Pdf/AC0541d.Pdf>

⁶⁷ Al riguardo si veda anche il *Dossier del 28 giugno 2022, Modifica all’articolo 119 della Costituzione*, cit., p. 5.

⁶⁸ *Ibidem*.

Peraltro, nel richiamare i diritti “individuali”, la proposta finiva per accogliere un significato di insularità riferibile essenzialmente alla singola persona, riguardando però tale condizione, più globalmente, la collettività insulare.

L’iniziale proposta perciò, pur nella sua rilevanza e portata innovativa, poneva alcuni interrogativi di non marginale rilievo, ragion per cui il testo finale – poi entrato in vigore – ha innovato sensibilmente l’impostazione originaria.

Difatti, secondo la formulazione definitiva, come anticipato, la Repubblica è tenuta a “riconosce[re] le peculiarità delle isole e promuove[re] le misure necessarie a rimuovere gli svantaggi derivanti dall’insularità”.

La modifica costituzionale, quindi, ha cercato anzitutto di superare quell’accezione “negativa” poco sopra ricordata e incentrata sugli aspetti di svantaggio connessi all’insularità, quale condizione implicante per lo più un sostegno di natura esclusivamente finanziaria.

Si è preferito così accordare un riconoscimento costituzionale alla “peculiarità” delle isole⁶⁹, operandosi un riferimento a un concetto ben più complesso e onnicomprensivo in grado di cogliere le caratteristiche globalmente qualificanti simili territori.

Le isole, perciò, sono entrate nel fuoco della tutela costituzionale non soltanto in quanto necessitanti di particolari risorse economiche ma come realtà da considerare nel loro insieme, attraverso il riconoscimento di tutti gli elementi qualificanti a livello sociale, culturale e naturalistico.

La riforma nondimeno, oltre a valorizzare la dimensione “positiva” dei contesti insulari, ha utilizzato un’espressione – “riconosce” – che, nel postulare la preesistenza rispetto alla Carta della specificità insulare, pare al contempo conferire maggiore solennità al tenore letterale della disposizione.

Dal punto di vista soggettivo, in più, la formulazione del testo sembra esibire un maggior grado di attenzione atteso che non è più lo Stato, quanto piuttosto la Repubblica nel suo complesso, a dover riconoscere la peculiarità delle isole e a promuovere un intervento pubblico di sostegno mirato.

Pur essendo verosimile, anche in ragione della collocazione sistematica della disposizione⁷⁰, che sarà lo Stato a (dover) assumere un ruolo preponderante nel supporto di simili territori, sono tutti gli enti costitutivi della Re-

⁶⁹ Secondo alcuni interpreti il mancato riferimento alla “gravità e permanenza” degli svantaggi connessi all’insularità potrebbe recare il rischio di “accreditare l’interpretazione secondo cui tali svantaggi debbono intendersi come eventuali e non certi, sicché la Repubblica potrebbe promuovere le misure necessarie solo se è accertato di volta in volta che l’insularità abbia comportato o stia comportando uno svantaggio”. Così, O. CHESSA, *Insularità e autonomia come battaglie distinte ma complementari*, in G. ARMAO, *Condizione e costi dell’insularità in Italia ed in Europa*, cit., p. 41.

⁷⁰ Collocata, si ricorda, immediatamente dopo il quinto comma dell’art. 119 Cost., dedicato alle risorse statali aggiuntive.

pubblica, oggi, ad essere chiamati a dover farsi carico dell'effettiva crescita e sviluppo degli stessi.

Si consideri, infatti, che assieme al riconoscimento della peculiarità delle isole la nuova previsione costituzionale ha imposto proprio a quest'ultima di "promuovere" – e non più di "disporre" come nella proposta iniziale – quelle "misure necessarie a rimuovere gli svantaggi derivanti dall'insularità".

Scompare quindi l'originario riferimento all'"effettiva parità" e al "reale godimento dei diritti individuali e inalienabili" in favore di una formula promozionale di portata più ampia e nel complesso forse meno ridondante, oltre che coerente con il disposto dell'art. 3, comma 2, Cost.

Si tratta pertanto di una modifica costituzionale che, alla luce delle "migliorie" redazionali apportate in corso d'opera, consacra all'interno della Carta fondamentale un enunciato piuttosto chiaro, volta a garantire un pari godimento di diritti e servizi anche da parte dei cittadini isolani.

Oltre a riconoscere la peculiare caratterizzazione – geografica e non soltanto – delle isole⁷¹, invero, la riforma impone un preciso indirizzo per la Repubblica⁷², chiamata a tutti i livelli ad adottare politiche pubbliche di contrasto agli svantaggi derivanti dalla condizione di insularità⁷³.

La pregnanza delle novità apportate al testo costituzionale, tuttavia, induce a chiederci se, oltre all'art. 119 Cost., potevano essere valutate soluzioni sistematiche differenti.

⁷¹ Sul punto si veda G. ARMAO, *La riemersione della condizione di insularità nell'ordinamento giuridico italiano ed europeo*, in ID., *Condizione e costi dell'insularità in Italia ed in Europa*, cit., p. 170, secondo cui il riconoscimento delle peculiarità delle isole "impone una loro partizione tra peculiarità caratterizzanti un valore, una storia, una tradizione, una cultura, un paesaggio e come tali da tutelare e proteggere e connotazioni che invece si concretano in svantaggi e divari permanenti che debbono essere progressivamente risolti mediante interventi finanziari (fiscali di sviluppo), infrastrutturali (energia, digitale, porti ed aeroporti), ma anche sociali con riguardo alle fasce deboli della popolazione".

⁷² Osserva A. BERLINGUER, *Isole, mezzogiorno e mediterraneo: una sfida europea*, in G. ARMAO, *Condizione e costi dell'insularità in Italia ed in Europa*, cit., p. 56, che "[i]n buona sostanza, abbiamo un principio, una norma programmatica, inserita in Costituzione, che tenterà di compensare il divario di sviluppo derivante dalla condizione di insularità. Cioè un contenitore che però andrà da una parte, riempito di contenuti, dall'altra armonizzato con quanto già previsto in sede europea, in particolare all'art. 174 TFUE, ove la condizione insulare è contemplata tra gli elementi 'attenzionati' ai fini della riduzione del divario nello sviluppo economico e sociale delle regioni meno favorite".

⁷³ Sotto tale aspetto v., fra gli altri, G. DEMURO, *Il principio di insularità ritorna in Costituzione: opportunità e vantaggi*, in *laCostituzione.info*, 18 maggio 2022, pp. 1 ss. laddove osserva che "con il nuovo testo la Repubblica riconosce una evidente differenza dovuta al fattore insulare, un *becio insular* potremmo dire alla spagnola. L'uso del verbo all'indicativo rappresenta l'ingresso della diversità e delle peculiarità che sono collegate al fattore geografico isolano. Diversità e peculiarità che la Repubblica dichiara di rispettare e pone su di sé la promozione di tutti i provvedimenti che possano rimuovere gli svantaggi che sono patiti da coloro che vivono o che lavorano nell'isola".

Una modifica come quella recata dalla l. cost. n. 2/2022 che aspira a una valorizzazione del fattore insulare al di là della logica del mero sostegno economico, difatti, avrebbe potuto essere collocata forse anche altrove.

L'intima connessione dell'art. 119 Cost. con profili eminentemente finanziari, invero, rischia di non apparire il naturale alveo di una previsione, come quella recata dalla riforma, che secondo quanto abbiamo potuto verificare abbraccia in realtà un concetto ampio di insularità, che va quindi al di là di una logica di mero sostegno economico.

La peculiare condizione delle isole, così, avrebbe potuto trovare una valorizzazione persino all'interno dei principi fondamentali⁷⁴, come ad esempio l'art. 5 Cost.⁷⁵ – visto anche l'esperimento “pilota”, andato a buon fine, della recente modifica dell'art. 9 Cost. – oppure ancora in apertura del Titolo V all'interno dell'art. 114 Cost.⁷⁶.

In disparte quella che avrebbe potuto essere la possibile diversa collocazione sistematica del “rilancio” delle isole in Costituzione, resta l'importanza della modifica in esame che si auspica possa trovare attuazione nell'ambito di una visione strategica che, nel ristabilire un riequilibrio attraverso la rimozione delle disuguaglianze, sappia concretamente valorizzare i territori insulari.

5. Riflessioni conclusive: il riconoscimento costituzionale dell'insularità alla prova dell'attuazione

Conclusa la disamina degli aspetti maggiormente suggestivi della riforma è opportuno sviluppare alcune considerazioni conclusive.

La modifica costituzionale, secondo quanto si è potuto osservare, presenta elementi d'interesse sia sotto il profilo del percorso che ha condotto alla sua approvazione che con riguardo ai relativi contenuti.

⁷⁴ Sul punto, v. ad esempio G. TROMBETTA, *Il principio di insularità in Costituzione. Un ritorno (dimezzato) al passato?*, in *Federalismi.it*, n. 1/2022, p. 199 s.

⁷⁵ Al riguardo si considerino però le osservazioni di O. CHESSA, *Insularità e autonomia come battaglie distinte ma complementari*, cit., p. 44, ove si sottolinea che la “battaglia per l'insularità” è “diversa da quella dell'autonomia”. Per l'Autore infatti se la prima “ha il suo titolo giustificativo nell'art. 5 della Costituzione, il quale codifica il principio autonomistico come valore supremo della Repubblica”, la seconda invece “è una declinazione particolare dei principi di cui al secondo comma dell'art. 3, poiché impegna la Repubblica a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e uguaglianza, impediscono il pieno sviluppo della persona umana”.

⁷⁶ Si osserva come in sede di audizione informale fosse stato prospettato altresì il possibile inserimento di un art. 118-bis Cost. così formulato: “La Repubblica riconosce le peculiarità culturali delle isole e ne promuove lo sviluppo. Lo Stato adotta le misure necessarie a rimuovere gli svantaggi derivanti dall'insularità e a garantire l'effettiva parità e il reale godimento dei diritti fondamentali e inalienabili”. In tal senso, specificamente, si sono espresse le *Osservazioni e proposta del Prof. Andrea Pubusa*, cit., p. 1.

Dal primo punto di vista abbiamo potuto verificare come la stessa sia nata da un'iniziativa legislativa popolare, rappresentando questo un precedente insolito per la storia costituzionale italiana.

Mai, infatti, era accaduto che un'iniziativa di tal genere fosse portata effettivamente a compimento con riferimento a modifiche riguardanti la Carta fondamentale.

La nuova previsione oltretutto, nel configurare in capo alla Repubblica un preciso ruolo "propulsivo" in termini di adozione di misure di concreta rimozione di quei pregiudizi cui sono attinti simili territori, esibisce un'intima connessione con l'art. 3, comma 2, Cost.

Anzi potremmo affermare che tale ultima previsione trova oggi un riflesso tangibile all'interno del Titolo V, risultando la nuova formulazione dell'art. 119 Cost. protesa a rimuovere gli ostacoli che impediscono la pari dignità ed eguaglianza dei cittadini insulari rispetto agli abitanti della terraferma.

La riforma costituzionale, così, non può essere considerata come una mera riproposizione del testo originario della Carta del '48, laddove si chiedeva allo Stato – e a nessun altro ente – di destinare contributi speciali al Mezzogiorno e alle isole.

Essa invero postula un obiettivo ben più ambizioso che si sostanzia nel riconoscimento effettivo di quello che può essere definito come il "fattore insulare", spingendosi la sfera di operatività della tutela costituzionale ben oltre una logica di mero sostegno finanziario.

Accanto a misure di carattere economico la Repubblica, invero, è oggi chiamata a promuovere politiche di concreto sostegno anche a livello sociale, assicurando un eguale godimento di diritti e servizi in tutti quegli ambiti – si pensi all'istruzione, al lavoro, all'assistenza sanitaria – in cui i territori insulari presentano maggiore vulnerabilità.

Un compito particolarmente importante, a tal fine, è riservato inevitabilmente al legislatore, chiamato ad approntare quegli interventi in grado di rimuovere simili ostacoli preservando al contempo le specificità identitarie delle isole, quali tradizioni e costumi.

Compito, quest'ultimo, gravante non soltanto sul legislatore statale ma anche, nei limiti delle competenze costituzionalmente riconosciute, su quello delle singole Regioni che presentino una caratterizzazione insulare.

Un ulteriore elemento d'interesse poi attiene al fatto che, grazie alla riforma, la Costituzione si arricchisce oggi di un nuovo parametro di costituzionalità.

In base al nuovo sesto comma dell'art. 119 Cost., invero, tutte quelle discipline potenzialmente lesive del principio della necessaria valorizzazione delle isole attraverso la "rimozione degli svantaggi derivanti dall'insularità" potranno essere soggette al sindacato della Corte costituzionale.

Quest'ultima, così, potrà intervenire su quelle leggi – si pensi, ad esempio, a quelle recanti misure finanziarie o di bilancio – che non concorrano (o non contribuiscano adeguatamente) al superamento delle condizioni di sfavore connesse all'insularità.

Sarà interessante verificare il modo in cui il giudice costituzionale andrà ad effettuare un simile sindacato che, non potendo comunque sostanzarsi in valutazioni suppletive di natura discrezionale rispetto alle scelte del legislatore, si preannuncia tutt'altro che semplice o dall'esito scontato⁷⁷.

Ciò, giova ripeterlo, non soltanto con riguardo alle leggi dello Stato ma anche delle Regioni, del pari chiamate ad approntare misure (anche) di natura legislativa che nei limiti delle loro competenze siano in grado di riconoscere la specificità delle isole mitigandone gli svantaggi.

La riforma, peraltro, oltre a porsi nel solco della ricordata giurisprudenza costituzionale espressasi in ordine alla necessità di assicurare adeguata valorizzazione ai territori insulari, pare altresì presentare profili di convergenza rispetto al quadro di disciplina sovranazionale.

Si è avuto modo di ricordare, invero, come a livello europeo la questione insulare posseda un autonomo rilievo sul piano normativo, a partire dal dettato del TFUE che assume fra i compiti dell'Unione proprio quello di ridurre il divario nello sviluppo delle regioni meno favorite, tra cui quelle insulari.

La nuova disposizione costituzionale si presenta in sintonia anche con quelle previsioni europee in materia di continuità territoriale, che rinviengono un saldo riferimento nell'art. 45 della Carta di Nizza e nell'art. 21, par. 1, del medesimo TFUE sulla libertà di circolazione e soggiorno.

La modifica dell'art. 119 Cost. ha nondimeno segnato un avvicinamento dell'esperienza italiana rispetto alla scelta operata dalle Costituzioni di quegli Stati europei che, da tempo, hanno riservato un'apposita disciplina alle isole.

Fra queste, si è visto essere particolarmente interessante quella spagnola che attraverso i molteplici riferimenti alle isole in essa contenuti ha dotato di copertura costituzionale l'*heccio insular*, ossia il fattore insulare, garantendo così un riconoscimento tanto economico quanto "identitario" a tale peculiare condizione.

⁷⁷ Sottolinea un'interessante potenzialità connessa alla declaratoria di incostituzionalità per violazione dell'art. 119, comma 6, Cost. nella nuova formulazione T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale all'insularità*, in *Federalismi.it, Paper - 16 novembre 2022*, p. 13, laddove l'Autore evidenzia che "quella dell'impugnativa davanti alla Corte costituzionale, attraverso un parametro definito e circoscritto costituzionalmente, può diventare lo strumento per superare l'eventuale *impasse* derivante dall'inerzia legislativa. Avrebbe altresì lo scopo di 'educare' il legislatore a rispettare e applicare la norma costituzionale che prescrive il fattore insulare".

Alla luce delle considerazioni svolte, in conclusione, molti sono gli elementi d'interesse legati alla riforma, andando la stessa a intercettare un'esigenza di tutela effettiva e non più procrastinabile.

Già si sono evidenziati i possibili elementi di criticità connessi alla collocazione sistematica di una disposizione come quella approvata che, secondo quanto osservato, non si limita a voler fornire un supporto meramente finanziario quanto piuttosto un riconoscimento globale all'insularità.

Da qui il rilievo per cui una diversa ubicazione all'interno della trama costituzionale – nei principi fondamentali o, forse meno problematicamente, in apertura del Titolo V nell'art. 114 Cost. – avrebbe potuto rappresentare una possibile alternativa.

Rimane in conclusione da chiedersi se una riforma di tal genere fosse realmente necessaria o se la stessa possa ritenersi di scarsa utilità, anche in considerazione delle tutele accordate dal previgente testo costituzionale.

Sul punto non può sottacersi che le isole, sulla base del quinto comma dell'art. 119 Cost.⁷⁸, potessero già ritenersi potenziali beneficiarie – quanto meno sulla carta – di apposite misure di sostegno utili a superare condizioni di squilibrio a livello economico e sociale.

Ciò non toglie che, in considerazione del grave e permanente svantaggio che una simile previsione non è riuscita a mitigare, un'autonoma considerazione nel testo costituzionale della loro peculiare condizione configuri un più circostanziato impegno per la Repubblica, oggi priva di alibi nel fornire misure di effettivo sostegno alle isole.

L'inserimento di un comma aggiuntivo dopo il quinto, pertanto, non fa che rafforzare la posizione delle isole e la necessità di assicurare effettiva operatività al (rinnovato) impegno costituzionale per la garanzia di eguali condizioni di godimento di diritti e, più in genere, di opportunità di sviluppo.

La legge 29 dicembre 2022, n. 197⁷⁹ non sembra aver lanciato segnali troppo incoraggianti al riguardo, come puntualmente osservato nei rilievi della regione Sardegna che ha censurato⁸⁰ la disciplina di bilancio⁸¹ dinanzi al

⁷⁸ A mente del quale, si ricorda, lo Stato è chiamato a destinare “risorse aggiuntive” e “interventi speciali” in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni per finalità espressamente elencate e, segnatamente, “per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona [...]”.

⁷⁹ Recante “Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025”.

⁸⁰ Con ricorso n. 9 del 2023 pubblicato nella G.U. del 29 marzo 2023, n. 13.

⁸¹ Si tratta, segnatamente, dell'art. 1, commi 494, 495 e 496.

giudice costituzionale anche per violazione del nuovo art. 119 Cost. in considerazione dell'esiguità di risorse stanziare in favore dei territori insulari⁸².

In disparte ogni ulteriore valutazione, sarà comunque il banco di prova dell'esperienza a dirci se la riforma avrà trovato un seguito positivo e se tutti gli attori istituzionali saranno riusciti a realizzare l'ambizioso – ma possibile, anzi doveroso – obiettivo di assicurare un'attuazione effettiva di tale disposizione costituzionale.

Resta infatti il rilievo di una previsione che, al netto di ogni eventuale aspetto di problematicità, costituisce un primo importante tassello nel percorso di rilancio di territori, quali le isole, che rappresentano un patrimonio di inestimabile valore per il nostro Paese.

⁸² Il comma 494 dell'art. 1 dell'evocata disciplina, in particolare, prevede che “[i]n attuazione dell'art. 119 della Costituzione, al fine di riconoscere la peculiarità delle isole e promuovere le misure necessarie a rimuovere gli svantaggi derivanti dall'insularità, è istituito nello stato di previsione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti un fondo per garantire un completo ed efficace sistema di collegamenti aerei da e per la Sicilia e da e per la Sardegna, con una dotazione di 5 milioni di euro per l'anno 2023 e di 15 milioni di euro a decorrere dall'anno 2024”.

RAGION (DI STATO) DI DIRITTO. PROFILI DI ILLEGITTIMITÀ DEGLI ACCORDI “*SEGRETI*” IN MATERIA DI MIGRAZIONE NEL QUADRO DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO

FRANCESCA TAMMONE*

Sommario

1. Premessa. Rilevanza e attualità dei trattati “segreti” nell’ordinamento internazionale e nell’ordinamento italiano. – 2. La pubblicità dei trattati internazionali nell’ordinamento italiano tra regime normativo e prassi elusiva; 2.1. *Segue*. Sviluppi recenti riguardo agli accordi finalizzati al controllo dell’immigrazione irregolare. – 3. L’incidenza della mancata ostensione dei trattati internazionali sulla libertà di espressione: il diritto a ricevere informazioni detenute dallo Stato. – 4. La correlazione tra accordi segreti e diritto ad un rimedio effettivo. Spunti di riflessione sulla tutela del diritto di accesso alla giustizia in senso ampio. – 5. Conclusioni.

Abstract

This article intends to examine the impact of secrecy (broadly understood as non-transparency) of international treaties on human rights. Moving from the assumption that Italy has over time concluded numerous agreements that can be qualified as “secret treaties”, it investigates the regime of secrecy and publicity of international treaties both in international and Italian legal order. In particular, the analysis aims at illustrating that States do have not unlimited power to use secrecy in their relations with third States when they may affect individuals’ fundamental rights. This is the case of treaties recently concluded by Italy in “simplified forms” to control irregular migratory flows arriving at Italian borders. By using such treaties as a “case study”, it will be underlined that the lack of publicity of these texts may trigger litigation before the European Court of Human Rights. For this purpose, the case-law on the freedom of expression (Article 10 ECHR) and the right to an effective remedy (Article 13 ECHR) will be analysed.

Suggerimento di citazione

F. TAMMONE, *Ragion (di Stato) di diritto. Profili di illegittimità degli accordi “segreti” in materia di migrazione nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2023. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Assegnista di ricerca in Diritto internazionale nell’ Università degli Studi di Firenze.
Contatto: francesca.tammone@unifi.it

1. Premessa. Rilevanza e attualità dei trattati “segreti” nell’ordinamento internazionale e nell’ordinamento italiano

In un noto passo degli *Annales*, Tacito raccontava dei «segreti disegni del potere» («*arcana imperii*») che, già ai tempi della Roma imperiale, condizionavano inevitabilmente il corso della storia¹. Nei secoli successivi, il binomio *inestricabile* tra potere e segretezza, quale corollario della ragion di Stato, sarebbe poi divenuto oggetto della letteratura, della storiografia e della filosofia politica², financo, in tempi recenti, della dottrina giuridica contemporanea. Da tale ultima prospettiva, pochi quesiti sembra aver suscitato la definizione di *segreto* in sé – esso, per citare Capotorti, non è che *il contrario della pubblicità*³ –; assai più problematiche, infatti, sono state ritenute le sue implicazioni per la tenuta dello Stato di diritto. Il ricorso alla segretezza – seppur funzionale alle prerogative sovrane – risulta infatti difficilmente conciliabile con la forma di governo democratica, in cui solo la conoscibilità delle scelte di governo dei propri rappresentanti consente ai governati di poter scegliere, contestare o eventualmente rideterminare l’indirizzo politico⁴.

Nell’attuale scenario socio-economico, il delicato bilanciamento tra segretezza dell’attività politica e doveri di trasparenza nei confronti dei cittadini investe, sempre più spesso, anche le relazioni internazionali. Le scelte riguardanti la politica estera e i rapporti con gli Stati stranieri sono di fatto divenuti determinanti per l’attività di governo, ormai largamente condizionata da decisioni assunte a livello sovranazionale. In questo contesto, la centralità acquisita in quest’ambito dal trattato internazionale, quale fonte di diritti e obblighi reciproci, accresce dunque di importanza tutti gli aspetti che ne regolano l’utilizzo, incluso il suo regime di pubblicità, o, viceversa, di *segretezza*. Dei

¹ Publio Cornelio Tacito, *Annales*, Libro II, par. 36. Il riferimento agli “*arcana imperii*” è contenuto anche nelle *Storie*, Libro I, par. 4.

² Come efficacemente reso da N. BOBBIO, *Democrazia e segreto*, in P. FOIS (a cura di), *Il trattato segreto: profili storico-diplomatici e regime giuridico*, CEDAM, Padova, 1990, p. 16, «Il segreto è l’essenza del potere». Il legame a doppio filo tra esercizio dei poteri sovrani e segreto relativo dell’attività politica è venuto in rilievo nella letteratura di grandi Autori come Machiavelli, Hegel, Kant, Bentham, Hobbes, Foucault. Muovendo dalle tali teorie, la filosofia politica più recente ha osservato come il ricorso al segreto sia tipico dei governi autoritari, ossia dei “governi del potere invisibile”, e si contrapponga decisamente alla democrazia, come “governo del potere visibile”; sul punto, N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Rivista italiana di scienze politiche*, 1980, n. 2, 181 ss. Sempre sul problematico rapporto tra segreto e democrazia, si vedano, *inter alia*, P. BARI-LE, *Democrazia e segreto*, in *Quaderni costituzionali*, 1987, n. 1, 29 ss.; M. G. LOSANO, *Trasparenza e segreto: una convivenza difficile nello Stato democratico*, in *Diritto pubblico*, Fasc. 3, 2017, 657 ss.

³ F. CAPOTORTI, nella sezione Interventi de *Il trattato segreto: profili storico-diplomatici e regime giuridico*, cit. p. 76.

⁴ Si veda, a tal proposito, V. PUPO, *Prime note sul segreto di Stato nella dimensione della democrazia rappresentativa*, su *Consulta Online*, fasc. 1, 2015, 152 ss., in particolare p. 154. Nello stesso senso, M.A. SANDULLI, L. DROGHINI, *La trasparenza amministrativa nel FOIA italiano. Il principio della conoscibilità generalizzata e la sua difficile attuazione*, su *Federalismi.it*, n. 19/2020, 401 ss.

trattati *segreti*, e cioè di quei trattati «caratterizzati dall'assenza di notorietà e pubblicità»⁵, si sono del resto già occupati – seppur raramente – sia studiosi di diritto internazionale che di diritto costituzionale. In entrambi i casi, le analisi muovono dal comune assunto per cui la segretezza di un accordo è pacificamente ammessa dal diritto internazionale generale, che, peraltro, consente agli Stati persino di disciplinarne il dovere di segretezza in clausole *ad hoc*⁶. Com'è noto, infatti, la violazione dell'art. 102 Carta ONU, che prescrive la registrazione dei trattati internazionali presso il Segretariato, non può considerarsi causa di invalidità di un trattato, che mantiene la propria forza obbligatoria anche in caso di mancata iscrizione nel registro⁷.

Con tali premesse, si è osservato che l'eventuale divieto di conclusione di trattati segreti andrebbe più propriamente ricercato nelle norme *nazionali*⁸. Nell'ordinamento italiano, a tal riguardo rilevarebbero non solo gli obblighi in materia di pubblicità dei trattati (sui quali, ampiamente, *infra*), ma anche le norme in materia di competenza a stipulare, dal momento che i trattati riconducibili alle categorie di cui all'art. 80 Cost., necessitando dell'autorizzazione del Parlamento con legge di ratifica, sono *a fortiori* sottoposti all'obbligo di pubblicazione⁹. Occorre tuttavia prendere atto della prassi che, a partire dal Secondo dopoguerra, ha costantemente disatteso il dato costituzionale, dando luogo alla conclusione di un numero non irrilevante di accordi in forma semplificata¹⁰, e, cioè, idonei ad impegnare lo Stato per il tramite della sola sottoscrizione¹¹. La sostanziale e costante *acquiescenza* dell'Italia rispetto a tali ac-

⁵ S. MARCHISIO, *La natura giuridica del trattato segreto*, in P. FOIS (a cura di), *Il trattato segreto. Profili storico-diplomatici e regime giuridico*, cit., p. 100. Come efficacemente riportato *ivi*, «un trattato è notorio o segreto: *tertium non datur*».

⁶ G. GAJA, *Alcune riflessioni sull'obbligo di segretezza rispetto ad accordi internazionali*, in P. FOIS (a cura di), *Il trattato segreto. Profili storico-diplomatici e regime giuridico*, cit., pp. 121-122. Più di recente, anche E. CARPANELLI, *State Secrecy and International Human Rights Law*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 84.

⁷ D. CARREAU, F. MARRELLA, *Diritto internazionale*, seconda edizione, Giuffrè, 2018, p. 159.

⁸ B. CONFORTI, M. IOVANE, *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, p. 84.

⁹ Ne discende, secondo C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, Quarta edizione, CEDAM, Padova, 2017, pp. 133-134, che lo Stato possa segretare i trattati internazionali ad eccezione dei trattati riconducibili di cui alle categorie dell'art. 80 Cost., che stabilisce che «Le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi». Per alcuni riferimenti dottrinali circa la relazione – estremamente complessa tra accordi in forma semplificata e disciplina di cui all'art. 80 Cost., v. *infra*, nota 12.

¹⁰ Per una ricostruzione completa del numero dei trattati conclusi in forma semplificata dal Governo italiano dal 1946 al 2021, M. GIANNELLI, *Gli accordi in forma semplificata tra questioni di costituzionalità ed evoluzione della forma di governo*, 2021, in *open access* su <https://flore.unifi.it/handle/2158/1247496>.

¹¹ Gli accordi in forma semplificata trovano espressa disciplina all'Art. 12 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 (d'ora in avanti "CVDT"), che codifica il diritto consuetudinario formatosi in relazione alla conclusione e gli effetti dei trattati internazionali. In base all'art. 12

cordi depone tuttavia a favore della loro validità quantomeno sul piano delle relazioni internazionali¹², e, pertanto, dell'opportunità di indagarne i potenziali effetti. Compito, quest'ultimo, non agevole, atteso che è proprio nei casi riconducibili all'art. 80 Cost. che si è più spesso registrata l'elusione degli obblighi di pubblicità dei trattati internazionali. Molteplici sono infatti gli esempi di accordi non pubblici implicanti modifiche del territorio, come accaduto nel caso dei trattati attinenti all'installazione di basi militari e missilistiche¹³. I settori in cui hanno operato i trattati segreti sono tuttavia i più va-

CVDT, la sottoscrizione di un trattato internazionale può vincolare le Parti al suo contenuto anche in assenza di ratifica, quando il trattato prevede che la firma abbia tale effetto o quando sia stato accertato che gli Stati che hanno partecipato ai negoziati avevano convenuto che la firma avrebbe avuto tale effetto; o quando l'intenzione dello Stato di dare tale effetto alla firma risulti dai pieni poteri del suo rappresentante o sia stata espressa nel corso dei negoziati.

¹² Il valore giuridico dei trattati stipulati in forma semplificata stipulati dal Governo in violazione all'art. 80 Cost. ha prodotto un amplissimo dibattito e una vastissima quantità di commenti da parte della dottrina. Secondo Autorevole parte di essa, la conclusione di un accordo in f.s. nelle materie di cui all'art. 80 Cost. sarebbe del tutto irrispettosa del dettato costituzionale: in questo senso, soprattutto A. CASSESE, *Art. 80*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. La formazione delle leggi*, II, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 187 e 191). Altri Autori, invece, prendendo atto della prassi elusiva del dettato costituzionale, hanno sostenuto che, sul punto, si sia generata una discrasia tra "Costituzione formale" e "Costituzione materiale" (tesi, ad esempio, sostenuta F.M. PALOMBINO nello scritto *Sui pretesi limiti costituzionali al potere di governo di stipulare accordi in forma semplificata*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3/2018, pp. 870 – 871). Per una ricostruzione del dibattito e per i relativi riferimenti bibliografici, si rinvia a M. GIANNELLI, *Gli accordi in forma semplificata tra questioni di costituzionalità ed evoluzione della forma di governo*, cit., pp. 33-34.

È d'uopo precisare che la violazione o meno dell'art. 80 Cost. è rilevante soprattutto ai fini della validità dell'accordo sul piano internazionale. Com'è noto, la violazione delle norme interne sulla competenza a stipulare può rappresentare causa di invalidità di un trattato, se, a norma dell'art. 46 CVDT, tale violazione è *manifesta* e riguarda una norma di *importanza fondamentale*. Per quanto la violazione dell'art. 80 Cost. vada senz'altro ritenuta tale, con riferimento all'ordinamento italiano, da travolgere gli effetti del trattato anche sul piano internazionale (v. B. CONFORTI, M. IOVANE, *Diritto internazionale*, cit., pp. 84- 85), lo Stato perde il diritto di invocare una simile causa di invalidità nei casi riportati dall'art. 45 CVDT, e cioè, se abbia *esplicitamente* o *implicitamente* accettato la conclusione, l'entrata in vigore e l'esecuzione del trattato. Al riguardo, v. A. TANCREDI, *Nullité absolue des traites et inapplication de la Convention de Vienne*, in T. GARCIA, L. CHAN-TUNG (a cura di), *La Convention de Vienne sur le droit de traités: bilan et perspectives 50 ans après son adoption*, Pedone, Parigi, 2019, 77 ss. Sulla prassi applicativa dell'art. 46 CVDT, D. MAURI, *Litigating Treaties by Means of Art 46 of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, in G. PASCALE, S. TONOLO, *The Vienna Convention on the Law of Treaties: the Role of the Treaty on the Treaties in Contemporary International Law*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 103 ss.

¹³ Sono ad esempio stati oggetto di analisi l'accordo del 1972 concluso con gli Stati Uniti ai fini della cessione di una base navale nell'isola della Maddalena, l'Accordo di cooperazione del 1986 sull'adesione dell'Italia alla difesa strategica degli Stati Uniti (sul quale, G. SANNA, *La natura politica dell'accordo di cooperazione tra Italia e Stati Uniti nell'ambito del programma di Iniziativa di Difesa Strategica*, in P. FOIS (a cura di), *Il trattato segreto. Profili storico-diplomatici e regime giuridico*, cit. 149 ss.) e l'accordo ombrello del 1954 sull'installazione e il funzionamento di basi militari in Italia. Al riguardo, D. TESTA, *Le basi militari statunitensi sul territorio italiano: attualità delle questioni costituzionali dopo l'uccisione del generale Soleimani*, su *Ius in itinere*, 7 febbraio 2020, su www.iusinitinere.it.

riabili, come accaduto, ad esempio, nell'accordo tra Italia e Tunisia per la cooperazione in materia di pesca del 1963¹⁴. Da qui, si dovrebbe dedurre che il minimo comun denominatore degli accordi segreti risiederebbe non tanto nella materia che disciplinano, quanto, piuttosto, nella volontà dei sottoscrittori di non divulgarne il contenuto, manifestata o per il tramite di una dichiarazione ufficiale da parte del Governo, o, viceversa, per *fatti concludenti*¹⁵.

Da ultimo, gli esempi più recenti di trattati segreti "di fatto"¹⁶ riguardano gli accordi conclusi dal Governo italiano in forma semplificata con finalità di controllo della migrazione irregolare, sempre più spesso sottratti al regime di pubblicità prescritto dalla legge ordinaria¹⁷. La crescente difficoltà di accesso a tali accordi da parte della società civile, anche alla luce delle loro gravi ripercussioni sui diritti fondamentali dei migranti, impone un chiarimento sull'effettiva portata dell'obbligo di trasparenza da parte delle istituzioni, innanzitutto nell'ordinamento italiano. L'evidenza delle distorsioni delineatesi a livello nazionale in relazione a questo genere di accordi stimolano tuttavia anche una rinnovata riflessione sull'attuale rapporto tra politica e segretezza e sugli *effetti* della mancata ostensione dei trattati internazionali sui diritti umani. Lo sviluppo degli obblighi internazionali a tutela dei diritti fondamentali ha infatti indotto una progressiva erosione del dominio riservato degli Stati, tale da poter riconsiderare gli attuali contorni della libertà di stipulare accordi segreti ad essi riconosciuta¹⁸.

Da questa prospettiva, il presente contributo, muovendo dagli sviluppi più recenti della prassi, intende esaminare l'impatto della *segretezza* (intesa, in senso ampio, come *mancata pubblicazione*) dei trattati internazionali sui diritti convenzionalmente garantiti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU). A tal fine, sarà dapprima necessario esaminare in detta-

¹⁴ L'accordo in questione è citato da sia G. GAJA, *Alcune riflessioni sull'obbligo di segretezza rispetto ad accordi internazionali*, cit., p. 121, che a sua volta cita T. TREVES, *L'informazione sulla politica estera dell'Italia in Studi in onore di G. Balladore Pallieri*, Vol. II, Vita e Pensiero, Milano, 1978, p. 622.

¹⁵ In questo senso, G. GAJA, v. *supra*, nota precedente.

¹⁶ L'espressione tratta da F.V. VIRZÌ, *L'effettività dell'accesso civico generalizzato: il caso degli accordi in forma semplificata*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2019, p. 642.

¹⁷ Per una ricostruzione di tale prassi nell'ordinamento italiano, si veda, invece, A. SPAGNOLO, *The conclusion of bilateral agreements and technical arrangements for the management of migration flows, an overview of the Italian practice*, in *Italian Yearbook of International Law*, vol. 28, n. 1/2019, 215 ss. Per una prospettiva di Diritto costituzionale sulla stessa tematica, v. E. OLIVITO, *The Constitutional Fallouts of Border Management through Informal and Deformalised External Action: the Case of Italy and the EU*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2020, 114 ss.

¹⁸ Come rilevato da A. BIANCHI, *On Power and Illusion: The Concept of Transparency in International Law*, in A. BIANCHI, A. PETERS (a cura di), *Transparency in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 3, è pur vero che le relazioni internazionali continuano ad essere circondate da un'aura di enigmaticità e segretezza, ma rispetto al passato, «the culture all around has changed».

glio il regime giuridico di pubblicità dei trattati internazionali previsto dall'ordinamento italiano (par. 2), nonché i casi di violazione di tali obblighi nel settore degli accordi internazionali in materia di migrazione (par. 2.1.). Successivamente, si esamineranno i possibili punti di contatto tra trattati segreti e diritti umani convenzionalmente tutelati, con particolare riguardo agli eventuali profili di compressione del diritto alla libertà di espressione (par. 3) e del diritto di accesso alla giustizia nel sistema CEDU (par. 4). Infine, verranno sinteticamente tracciate alcune conclusioni (par. 5).

2. La pubblicità dei trattati internazionali nell'ordinamento italiano tra regime normativo e prassi elusiva

Nel Secondo Dopoguerra, reduci dall'esperienza fascista, i Costituenti inizialmente ripudiarono del tutto l'idea di un ricorso al segreto nelle relazioni internazionali. Dai lavoratori preparatori alla Costituzione, si evince infatti come l'art. 10 Cost. prevedesse, inizialmente la nullità dei trattati segreti¹⁹. Com'è noto, tuttavia, la disposizione venne successivamente espunta, e l'utilizzo del segreto nell'attività politica nell'ordinamento italiano non fu proibito, ma *regolato e limitato* in modo tale da garantirne un controllo istituzionale. Una simile disciplina è stata rimessa alla legge ordinaria, dapprima con la L. 801/1977, poi con la L. 124/2007 sul segreto di Stato²⁰, il cui art. 39 stabilisce che il segreto può essere «*annotato, su espressa disposizione del Presidente del Consiglio dei ministri*» su tutti gli atti che ne sono oggetto, e che possono includere:

gli atti, i documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recare danno all'integrità della Repubblica, *anche in relazione ad accordi internazionali*, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, all'indipendenza dello Stato rispetto *agli altri Stati e alle relazioni con essi*, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato.

¹⁹ Per aver accesso al dibattito parlamentare che ebbe ad oggetto le ragioni per eliminare il riferimento alla nullità dei trattati segreti nell'art. 10, v. <https://www.nascitacostituzione.it/03p2/01t1/s2/080/index.htm?art080-004.htm&2>.

²⁰ La L. 24 ottobre 1977 n. 81 (*Istituzione e ordinamento del Servizio per le informazioni e la sicurezza e disciplina del segreto di Stato*), pubblicata in G.U. contemplava un ambito applicativo del segreto di Stato pressoché analogo a quella dell'art. 39 della L. 3 agosto 2007, n. 124 (*Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto*), pubblicata in G.U. n. 187/2007, con la differenza che quest'ultima include espressamente l'espressione «indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi». L'espressione della riforma del 2007 è meno ambigua della formulazione precedente, che aveva indotto parte della dottrina a ritenere che il segreto di Stato non potesse coprire anche gli accordi internazionali, v. P. BARILE, *Democrazia e segreto*, cit., p. 44.

Per espressa previsione normativa, pertanto, il segreto può essere esteso anche alle relazioni internazionali, nonostante l'apparente inconciliabilità con gli artt. 4 della L. 839 del 1984 e l'art. 13 comma 2 della L. n. 1092/1985 che, stando ad un'interpretazione letterale, implicherebbero l'ostensione di *tutti* gli atti che *impegnano lo Stato nelle relazioni internazionali*²¹.

Dal combinato disposto delle norme succitate discendono, in ogni caso, due importanti circostanze. In primo luogo, occorre osservare che, stando al quadro normativo, un trattato internazionale, *salva l'apposizione del segreto di Stato*, debba essere soggetto alle ordinarie forme di pubblicità²².

In secondo luogo, va evidenziato che l'obbligo di cui all'art. 4 della L. 839/84, in quanto applicabile ai soli atti che *impegnano* lo Stato, non si estende alle intese di carattere meramente tecnico o amministrativo. Ai fini della violazione dell'obbligo di trasparenza dei trattati internazionali, hanno infatti rilevanza solo gli accordi che fungono da fonte di diritti e obblighi reciproci, e non, viceversa, le intese prive di carattere giuridico.

Nella prassi, tuttavia, la linea di demarcazione tra trattato internazionale e intesa non giuridica può risultare particolarmente sottile se il trattato viene concluso in *forma semplificata*, e cioè in assenza di ratifica²³. Da questo punto di vista, assume pertanto importanza dirimente il ruolo dell'*interprete*, che, sulla base del contesto, dell'oggetto e dello scopo di un accordo internazionale, nonché della prassi successiva alla sua conclusione, potrà stabilirne la natura obbligatoria a prescindere dalla sua denominazione²⁴. In questo senso depongono, appunto, le regole previste dal diritto internazionale consuetudinario in tema di interpretazione dei trattati internazionali, così come codificato dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 (CVDT)²⁵.

²¹ A. CASSESE, *Diritto internazionale* (a cura di M. FRULLI), Il Mulino, Bologna, Quarta edizione, p. 270.

²² In questo senso, M. GIANNELLI, *Gli accordi in forma semplificata tra questioni di costituzionalità ed evoluzione della forma di governo*, cit., p. 54.

²³ Si veda, a tal riguardo, B. CONFORTI, M. IOVANE, *Diritto internazionale*, cit., pp. 82- 83.

²⁴ Ciò, stando al dettato della più volte citata Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. In particolare, l'art. 2 CVDT definisce un trattato internazionale «un accordo internazionale concluso per iscritto tra Stati e regolato dal diritto internazionale, che sia costituito da un solo strumento o da due o più strumenti connessi, qualunque ne sia la particolare denominazione». Secondo il diritto internazionale generale, pertanto, la conclusione di un trattato in forma solenne non costituisce un requisito *essenziale* di un trattato internazionale. In questo senso si è più volte pronunciata anche la Corte Internazionale di Giustizia (CIG), v., ad es., *Piattaforma continentale nel Mar Egeo (Grecia c. Turchia)*, 19 dicembre 1978, par. 24; *Delimitazione marittima e questioni territoriali tra Qatar e Bahrain (competenza e ricevibilità)/Qatar c. Bahrain*, 1 luglio 1994, par. 23.

²⁵ Ciò, sulla base che regolano l'interpretazione dei trattati internazionali a norma degli Artt. 31 - 33 CVDT. In particolare, secondo l'art. 31 CVDT «un trattato deve essere interpretato in buona fede secondo il significato ordinario da attribuirsi ai termini del trattato alla luce del contesto e alla luce dell'oggetto e dello scopo del trattato stesso». Tale disposizione sembrerebbe pertanto privilegiare un metodo di tipo obbiettivistico, e cioè fondato sul contenuto oggettivo dell'accordo.

Il ruolo dell'interprete risulta fondamentale, *a fortiori*, nell'ipotesi di *omessa pubblicazione* di un documento di rilievo internazionale. Nel caso in cui un atto o un documento ufficiale (e, dunque, anche un accordo internazionale) sottoposto all'obbligo di pubblicazione non sia reso pubblico, infatti, *chiunque* potrà presentare all'amministrazione competente, l'accesso *civico semplice* a norma dell'art. 5 del D.lgs. 33/2013 co. 1. Viceversa, laddove la stessa ipotesi si verifichi per un atto non sottoposto all'obbligo di pubblicazione, *chiunque* potrà ricorrere allo strumento dell'accesso civico c.d. *generalizzato* di cui al D.lgs. 33/2013 co. 2, che ricalca il modello statunitense del *Freedom of Information Act* (FOIA)²⁶. Diversamente dall'accesso semplice, quest'ultimo è sottoposto a specifici limiti a norma dei commi 1, 2 e 3 dell'art. 5-*bis* D.lgs. 33/2013, e potrà essere escluso sia nei casi in cui le informazioni richieste siano coperte da segreto di Stato o da altri divieti di divulgazione previsti dalla legge (comma 3), sia nei casi in cui l'accesso possa arrecare pregiudizio a interessi privati o pubblici (commi 1 e 2), quali, ad esempio, la sicurezza pubblica o la salvaguardia delle relazioni internazionali. L'eventuale diniego di accesso al documento richiesto per il tramite dell'accesso pubblico generalizzato potrà tuttavia essere motivato solo a fronte di un adeguato bilanciamento tra interessi contrapposti: da un lato, quello alla mancata divulgazione dell'informazione; dall'altro, quello dell'interesse pubblico alla conoscibilità²⁷.

Pertanto, la qualificazione di un documento come trattato internazionale risulterà decisiva anche i fini dell'applicabilità dell'*una* o dell'*altra* forma di accesso civico, con conseguenze non di poco conto.

È evidente che il Legislatore del 1984 abbia inteso sottrarre a monte la pubblicità di tutti i trattati internazionali non coperti dal segreto di Stato da siffatto bilanciamento, statuendone implicitamente la prevalenza su qualsivoglia interesse statale. Secondo la dottrina, tali considerazioni valgono anche per gli accordi che, seppur conclusi *in forma semplificata*, intendono creare diritti e obblighi reciproci per le parti²⁸. È tuttavia evidente che, in presenza di un accordo in forma semplificata, la natura vincolante dell'accordo vada dedotta in via interpretativa, e, spesso, sulla base del contenuto stesso del te-

²⁶ Il *Freedom of Information Act* costituisce una legge adottata nel 1966 negli Stati Uniti a tutela della libertà di informazione e accesso agli atti amministrativi. Il vasto ambito applicativo di tale normativa, che consente al cittadino l'accesso a una quantità notevole di atti e documenti amministrativi, ha costituito un modello per più di 100 Paesi, che hanno progressivamente adeguato la propria normativa in materia a standard sempre più ampi di trasparenza, cfr. M.A. SANDULLI, L. DROGHINI, *La trasparenza amministrativa nel FOIA italiano. Il principio della conoscibilità generalizzata e la sua difficile attuazione*, cit., p. 405, nota 14.

²⁷ F.V. VIRZÌ, *L'effettività dell'accesso civico generalizzato: il caso degli accordi in forma semplificata*, cit. p. 645.

²⁸ F. M. PALOMBINO, *Sui pretesi limiti costituzionali al potere del Governo di stipulare accordi in forma semplificata*, cit., p. 871.

sto. L'omessa pubblicazione di un accordo in forma semplificata può dunque innescare una sorta di "corto circuito": da un lato, occorre l'accesso al testo per comprendere se l'accordo intende stabilire un quadro di diritti e obblighi reciproci; dall'altro, le regole dell'accesso civico semplice presuppongono che l'atto di cui è richiesto l'accesso sia vincolante²⁹. Laddove si esorbiti dall'ambito applicativo dell'accesso civico semplice, infatti, lo Stato potrà sempre opporre i motivi che, secondo l'art. 5-bis, ostano alla divulgazione del documento.

Nella prassi, l'applicazione in concreto del quadro regolatorio così descritto agli accordi in forma semplificata ha in effetti generato un gran numero di dubbi e incertezze. Ci si riferisce, in particolar modo, alle vicende degli accordi conclusi dallo Stato italiano con finalità di controllo delle frontiere, sui quali sembra opportuno soffermarsi.

2.1. *Segue.* Sviluppi recenti riguardo agli accordi finalizzati al controllo dell'immigrazione irregolare

Per il Governo italiano, la prassi di concordare con i Paesi di origine e transito dei migranti modalità congiunte di gestione dei flussi è ormai piuttosto consolidata. Negli ultimi due decenni, la cooperazione con gli Stati terzi ha infatti più volte agevolato l'Italia nell'esecuzione di meccanismi di contenimento delle ondate migratorie in arrivo sulle proprie coste, quali, ad esempio, l'intercettazione delle imbarcazioni in mare e il loro respingimento, nonché l'applicazione di procedure di identificazione o riammissione semplificate e/o accelerate³⁰. La contrarietà di tali operazioni a diversi obblighi internazionali – *in primis*, il principio di *non-refoulement* ed il divieto di trattamento inuma-

²⁹ Come rilevato da C. FAVILLI, *Quali modalità di conclusione per gli accordi internazionale in materia di migrazione?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 159: «Solo dalla conoscenza diretta degli accordi o delle intese esecutive sarebbe possibile coglierne l'esatta portata ai fini della riconduzione o dell'esclusione ad una delle categorie contemplate dall'art. 80 Cost.».

³⁰ Il fenomeno, nel dibattito scientifico, è noto come "esternalizzazione delle frontiere", poiché, per il tramite dell'adozione di misure simili, gli Stati tendono a delegare una prerogativa sovrana d'importanza fondamentale, come il controllo degli ingressi degli stranieri all'interno del proprio territorio, a Stati terzi. Sul tema, *inter alia*, F. DE VITTOR, *Respingimenti in mare ed "esternalizzazione" della protezione: il confine territoriale come limite agli obblighi di tutela*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Ius peregrinandi: il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Edizioni università di Macerata, Macerata, 2012, 183 ss.; V. MORENO-LAX, M. LEMBERG-PEDERSEN, *Border-induced displacement: The ethical and legal implications of distance-creation through externalization*, in *Questions of International Law, Zoom-in*, pp. 5-33 e V. MORENO-LAX, *The Interdiction of Asylum Seekers at Sea: Law and (mal)practice in Europe and Australia*, in *Kaldor Centre for International Refugee Law Policy Brief*, n. 4, al link: <https://www.kaldorcentre.unsw.edu.au/publication/policy-brief-4-interdiction-asylum-seekers-sea-law-andmalpractice-europe-and-australia>.

ni e degradanti³¹ – ha pertanto stimolato diversi approfondimenti sugli strumenti con cui la cooperazione viene formalizzata: nello specifico, intese informali e non standardizzate, variabili tanto nella denominazione quanto nel contenuto³². Esempi significativi, in tal senso, sono i noti *Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione* (2008)³³ e il *Memorandum d'intesa* conclusi con la Libia (2017)³⁴, l'*Accordo tecnico con la Tunisia* (2011)³⁵, il *Memorandum d'intesa* con il Sudan (2016)³⁶ e l'*Accordo di cooperazione in materia di difesa* con il Niger (2017)³⁷, ritenuti dalla dottrina maggioritaria veri e propri *trattati* conclusi dall'Esecutivo in forma semplificata³⁸. Un'analisi specifica sul contenuto e sugli effetti di *ciascuno* di essi evidenzia infatti la volontà delle Parti di *dare esecuzione* a quanto concordato per iscritto, e, pertanto, di voler instau-

³¹ F. DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di 'accordi' per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, n. 1/2018, 5 ss.; G. PASCALE, *Esternalizzazione delle frontiere in chiave antimigratoria e responsabilità internazionale dell'Italia e dell'UE per complicità nelle gross violations dei diritti umani commesse in Libia*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. XIII, 2018, 413 ss.; A. RICCARDI, *Esternalizzazione delle frontiere italiane in Libia e Niger: una prospettiva di diritto internazionale*, in *Questione Giustizia*, 1/2020, 163 ss.; V. MORENO-LAX, *The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control—On Public Powers, S.S. and Others v. Italy, and the "Operational Model*, in *German Law Journal*, vol. 21, 2020, 385 ss.; V. MORENO-LAX, M.G. GIUFFRÉ, *The Rise of Consensual Containment: From 'Contactless Control' to 'Contactless Responsibility' for Forced Migration Flows*, in S. JUSS (a cura di) *The Research Handbook on International Refugee Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, 82 ss.

³² Per uno studio monografico recente sulla natura giuridica e gli effetti di simili accordi, M.G. GIUFFRÉ, *Readmission of Asylum Seekers*, Hart Publishing, Oxford, 2020.

³³ Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione, concluso a Bengasi il 30 agosto 2008, ratificato con legge del 6 febbraio 2009, n. 7 (Ratifica ed esecuzione del Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamahiria araba libica popolare socialista, fatto a Bengasi il 30 agosto 2008), in GU Serie Generale n.40 del 18-02-2009.

³⁴ Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana, firmato a Roma il 2 febbraio 2017 disponibile su www.asgi.it.

³⁵ Tale accordo, concluso in data 5 aprile 2011, non è mai stato pubblicato nella versione integrale, ma reso noto tramite comunicato stampa del Ministero dell'Interno (v. *Immigrazione, siglato l'accordo tra Italia e Tunisia*, 6 aprile 2011, su: https://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/sala_stampa/notizie/immigrazione/000073_2011_04_06_accordo_Italia-Tunisia.html).

³⁶ Memorandum d'intesa tra il Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno italiano e la Polizia nazionale del Ministero dell'interno sudanese per la lotta alla criminalità, gestione delle frontiere e dei flussi migratori ed in materia di rimpatrio, firmato il 3 agosto 2016 a Roma, disponibile online su www.asgi.it.

³⁷ Come si spiegherà meglio infra, tale accordo, concluso e non immediatamente reso pubblico, verrà poi ratificato con Legge n. 80/2019, Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 188 del 12 agosto 2019.

³⁸ F.M. PALOMBINO, *Sui pretesi limiti costituzionali al potere di governo di stipulare accordi in forma semplificata*, cit., p. 870.

rare una vera e propria cornice di situazioni giuridiche attive e passive³⁹. In tal senso, depongono, la pronta esecuzione di tali accordi immediatamente dopo la loro conclusione⁴⁰, nonché l'espressa previsione, all'interno di alcuni di essi, dei meccanismi di composizione delle controversie derivanti dal trattato⁴¹. Inoltre, la difesa italiana ha talvolta invocato il carattere obbligatorio di tali strumenti nell'ambito di alcune controversie, come accaduto, ad esempio, nel caso *Kblaifia c. Italia* deciso dalla Corte EDU. Qui, la difesa italiana si era infatti appellata all'accordo tecnico tra Italia e Tunisia del 2011 per giustificare le modalità 'semplificate' e accelerate di espulsione dei tre ricorrenti tunisini, dapprima trattenuti per alcuni giorni in un centro di identificazione ed espulsione per migranti a Lampedusa, poi espulsi verso il Paese d'origine in assenza di approfondite indagini sulla propria situazione individuale⁴². Nondimeno, nel medesimo caso, la Corte EDU ha rilevato come un accordo *mai reso pubblico* come quello tra Italia e Tunisia non potesse costituire una base legale sufficiente per giustificare le modalità di trattenimento dei tre ricorrenti – di fatto detentive – presso la struttura in questione⁴³.

Una tale incidenza degli accordi menzionati sui diritti fondamentali dei migranti ha spesso reso necessaria, da parte degli operatori giuridici, un'indagine circa la loro legittimità, specialmente rispetto all'art. 80 Cost. Alcuni di questi prevedono, infatti, la cessione di risorse materiali e finanziarie da parte dello Stato italiano allo Stato *partner*, affinché si possa provvedere sia alla formazione del personale straniero per le procedure di identificazione

³⁹ F. DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di 'accordi' per il controllo extraterritoriale della migrazione*, cit., relativamente agli accordi conclusi dall'Italia con Libia e Tunisia. Per quel che riguarda l'accordo tra Italia e Niger, v. A. SPAGNOLO, *Di intese segrete e alibi parlamentari: tra la decisione del TAR sull'Accordo col Niger e il Global Compact sulle migrazioni*, 5 dicembre 2018, su *SIDIBlog*, disponibile su www.sidiblog.org; per quel che riguarda il MoU con il Sudan, invece, sia consentito rinviare a F. TAMMONE, *Testing the Memorandum of Understanding between Italy and Sudan against Anti-trafficking Treaties: issues of incompatibility in light of the Vienna Convention on the Law of treaties*, in S. TONOLO, G. PASCALE (a cura di) *The Vienna Convention on the Law of Treaties The Role of the Treaty on Treaties in Contemporary International Law*, cit., 287 ss.

⁴⁰ Questo elemento è spesso menzionato a supporto delle analisi di cui alla nota precedente sulla base delle regole in tema di interpretazione dei trattati *supra* citate alla nota 25.

⁴¹ È il caso, ad esempio, del Memorandum concluso tra Italia e Sudan, il cui Articolo 19 stabilisce che «Eventuali controversie derivanti dall'interpretazione o dall'attuazione del presente Memorandum sono risolte tra le Parti in via amichevole, attraverso consultazioni e negoziati».

⁴² *Kblaifia c. Italia* [GC], ric. n. 16483/12, sentenza del 15 dicembre 2016, par. 10 - 31.

⁴³ *Ibidem*, par. 102 - 103. In questo senso, anche la sentenza di Camera, v. *Kblaifia e altri c. Italia*, Seconda sezione, ric. n. 16483/12, sentenza del 1° settembre 2015, par. 29 e par. 71 (trad. italiana). Nello specifico, veniva lamentata la violazione dell'art. 5 par. 1, lett. f) CEDU, che recita: «1. Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge: [...] f) se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione».

e riammissione che all'impiego di mezzi appropriati per operazioni di *border management*⁴⁴. In generale, tuttavia, anche in mancanza di indicazioni specifiche circa eventuali oneri per lo Stato italiano, la totalità dei trattati in questione potrebbe senza difficoltà essere ascritta alla categoria di "trattati di natura politica". La cooperazione con i Paesi terzi nel settore sembra infatti aver assunto i caratteri di una vera e propria *strategia politica*, peraltro incentivata dalle declamazioni politiche e da atti di indirizzo di natura euro-unitaria che, fin dai primi anni Duemila, sottolineano il carattere fondamentale delle relazioni bilaterali ai fini del contrasto all'immigrazione irregolare⁴⁵. Inoltre, per

⁴⁴ Da questo punto di vista, è emblematico l'art. 1 del Memorandum d'intesa tra Italia e Libia del 2017, il quale, alla lett. B) stabilisce che «la parte italiana fornisce sostegno e finanziamento a programmi di crescita nelle regioni colpite dal fenomeno dell'immigrazione illegale, quali [...], la formazione del personale e la ricerca scientifica» e alla lett. C) che «la parte italiana si impegna a fornire supporto tecnico e tecnologico agli organismi libici incaricati della lotta contro l'immigrazione clandestina, e che sono rappresentati dalla guardia di frontiera e dalla guardia costiera del Ministero della Difesa, e dagli organi e dipartimenti competenti presso il Ministero dell'Interno». L'art. 8 del Memorandum con il Sudan, invece, parla più genericamente di assistenza tecnica nella gestione delle frontiere e del rimpatrio, anche in materia di formazione.

⁴⁵ L'Unione Europea ha per la prima volta incoraggiato gli Stati alla cooperazione in ambito migratorio con i Paesi terzi nell'ambito della dichiarazione finale al Consiglio europeo di Siviglia del giugno 2002 (v. Consiglio dell'Unione Europea, *Nota di trasmissione del Consiglio europeo di Siviglia del 21-22 giugno 2002, Conclusioni della Presidenza*, par. 33, su www.consilium.europa.eu). Successivamente, la cooperazione con gli Stati terzi è divenuta oggetto anche della nota Conferenza di Khartoum del 2014, che avrebbe poi dato luogo al c.d. Processo di Khartoum (v. Declaration of the Ministerial Conference of the Khartoum Process (EU-Horn of Africa Migration Route Initiative), Roma, 28 novembre 2014, disponibile su: <http://italia2014.eu/media/3785/declaration-of-the-ministerial-conference-of-the-khartoum-process.pdf>). Una svolta, in tal senso, è tuttavia rappresentata dall'Agenda Europea sulla Migrazione del 13 maggio 2015, disponibile su www.eur-lex.europa.eu. Quest'ultima costituisce un ampio documento programmatico che individua alcune strategie essenziali per rimediare ai limiti strutturali della politica migratoria dell'Unione: fra queste, sono incluse la cooperazione con i Paesi terzi di origine e transito dei flussi e i conseguenti rimpatri. Per una ricostruzione dei rapporti storico-politici tra UE e Stati membri, e un *focus* sulla stratificazione dei provvedimenti euro-unitari e degli strumenti di cooperazione bilaterale, si veda il lavoro di L. GABRIELLI, *Multilevel inter-regional governance of mobility between Africa and Europe. Towards a deeper and broader externalization*, in *GRITIM Working Series*, n. 30/2016, disponibile al link: <https://www.upf.edu/documents/3329791/0/L.+Gabrielli+GRITIM+WP+30+2016.pdf>.

Occorre poi evidenziare che è la stessa Unione Europea a cooperare con i Paesi terzi con finalità di controllo della migrazione irregolare. A tal proposito, va innanzitutto ricordato il controverso *EU-Turkey Statement*, concluso nel marzo 2016, che ha costituito la base giuridica dei respingimenti verso la Turchia per i successivi cinque anni (in commento, C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 10, n. 2/2016, 405 ss.; M. MARCHEGIANI, L. MAROTTI, *L'accordo tra l'Unione europea e la Turchia per la gestione dei flussi migratori: cronaca di una morte annunciata?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2016, 59 ss.). Risale inoltre a pochi giorni fa la notizia dell'avvio di una cooperazione tra Unione Europea e Tunisia, per finalità che includono anche la gestione congiunta dei flussi migratori. A tal proposito, si rinvia a F. PERRINI, *Strumenti giuridici efficaci per una cooperazione efficace: il negoziato del Team Europa con la Tunisia in quale direzione va?*, su *SIDIBlog*, 25 giugno 2023, disponibile su www.sidiblog.org.

quanto l'espressione "natura politica" di cui all'art. 80 Cost. possa risultare oscura⁴⁶, difficilmente non potrebbe attrarre trattati relativi a una materia come il controllo dei flussi migratori⁴⁷, fortemente influenzata dall'indirizzo politico. La necessità di un intervento parlamentare in quest'ambito sarebbe poi ulteriormente suffragata dalla riserva di legge prevista, per tutti gli atti che incidano sul trattamento dello straniero, dall'art. 10 comma 2 Cost.⁴⁸.

Amnesso, dunque, che i trattati in forma semplificata in materia di migrazione siano contrari all'art. 80 Cost., pare ancor più macroscopica la sistematica elusione del regime di pubblicità che li riguarda. In nessuno dei casi menzionati, infatti, si è provveduto alla pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale nelle modalità prescritte dalla legge del 1984. Al contrario, i testi in questione sono perlopiù divenuti accessibili solo molto tempo dopo la loro entrata in vigore⁴⁹, spesso a seguito di istanze di accesso civico. In tal senso, uno degli esempi più recenti è costituito dall'*Accordo di cooperazione in materia di difesa tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica del Niger*, firmato a Roma il 26 settembre 2017⁵⁰, che, al momento della sua conclusione, nonostante l'assenza di qualsivoglia forma di pubblicazione, costituiva l'unica base giuridica per l'avvio dell'Operazione MISIN nella regione del Sahel⁵¹. Benché l'operazione fosse formalmente finalizzata ad incrementa-

⁴⁶ Il significato dell'espressione 'natura politica' non è univoco, e ha dato luogo a diversi tentativi di definizione da parte della dottrina. Poiché non vi è al momento un'interpretazione largamente maggioritaria, l'espressione ha contorni sfumati, e, pertanto, rischia di venire 'onnicomprensiva'. A tal riguardo, M. GIANNELLI, *Gli accordi in forma semplificata tra questioni di costituzionalità ed evoluzione della forma di governo*, cit., pp. 18-22, e relativi riferimenti bibliografici.

⁴⁷ C. FAVILLI, *Quali modalità di conclusione degli accordi internazionali in materia di immigrazione?*, cit., in particolare pp. 157-159.

⁴⁸ Ibidem. Il parametro di costituzionalità di cui all'art. 10 Cost. viene poi più recentemente utilizzato anche da A. SPAGNOLO, *The conclusion of bilateral agreements and technical arrangements for the management of migration flows, an overview of the Italian practice*, cit. p. 224.

⁴⁹ È accaduto, ad esempio, nel caso del Memorandum con la Libia. A seguito della sua conclusione, il Memorandum non è stato pubblicato sulla Gazzetta ufficiale, né comunicato il Memorandum d'intesa con la Libia ai Presidenti delle Camere, come previsto dalla legge n. 839/1984. L'avvenuta conclusione del Memorandum è stata dunque annunciata a mezzo di comunicato stampa. Solo in seguito, il testo è divenuto reperibile sul sito del Ministero degli Affari Esteri (v. E. OLIVITO, *The Constitutional Fallouts of Border Management through Informal and Deformalised External Action: the Case of Italy and the EU*, cit., p. 123).

⁵⁰ L'originale testo dell'Accordo, pubblicato prima della ratifica, è oggi reperibile su: https://cild.eu/wp-content/uploads/2019/02/Italia-Niger_Accordo-in-materia-di-Difesa.pdf, ultimo accesso 28 febbraio 2022.

⁵¹ Al riguardo, V. PUPPO, *Le istanze di accesso civico come strumento di trasparenza democratica in tema di accordi internazionali in forma semplificata*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2019, p. 212, nota n. 3. Vedi anche A. SPAGNOLO, *Di intese segrete e alibi parlamentari: Di intese segrete e alibi parlamentari: tra la decisione del TAR sull'Accordo col Niger e il Global Compact sulle migrazioni*, cit.

re la *capacity building* in Niger⁵² mediante supporto tecnico e sorveglianza alle frontiere⁵³, la segretazione di fatto dell'accordo non poteva escludere ulteriori effetti in materia di controllo dei flussi⁵⁴, atteso che la regione nigerina costituisce uno dei maggiori *hub* della migrazione in Africa⁵⁵. In ragione di tali elementi, le associazioni ASGI e CILD nel 2017 hanno presentato richiesta di accesso civico, inizialmente negata dal Ministero degli Affari esteri e della cooperazione internazionale, poi accolta per effetto della sentenza del TAR Lazio del 16 novembre 2018⁵⁶. Il tribunale amministrativo ha infatti ritenuto che «la mancata ostensione di un accordo internazionale *già in vigore tra le parti*, volto a determinare obblighi giuridici sul piano del diritto internazionale, può determinare la compressione del diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, per i quali la normativa vigente preveda l'*obbligo di pubblicazione*»⁵⁷. Solo dopo la sentenza del TAR, che ha ordinato di esibire il testo dell'accordo entro il termine di trenta giorni dalla notificazione della sentenza, ha preso avvio il processo di ratifica, avvenuta con legge n. 188/2019⁵⁸.

⁵² Dalla scheda tecnica della missione, risulta che questa abbia come scopo, fra gli altri, anche «l'incremento di capacità volte al contrasto del fenomeno dei traffici illegali e delle minacce alla sicurezza» e quello di «fornire supporto alle attività di sorveglianza delle frontiere e del territorio e a supportare la componente aerea della Repubblica del Niger» (v. Scheda dell'operazione MISIN sul sito ufficiale del Ministero della Difesa italiano, disponibile online al link: https://www.difesa.it/OperazioniMilitari/op_intern_corso/Niger_missione_bilaterale_supporto/Pagine/Missione.aspx).

⁵³ Questa definizione di *capacity building* è tratta da J. BERGMANN, J. LEHMANN, T. MUNSCH, W. POWELL, *Protection Fallout. How Increasing Capacity for Border Management Affects Migrants' Vulnerabilities in Niger and Mali*, Global Public Policy Institute Research Paper, Novembre 2017, disponibile su www.gppi.net, p. 8.

⁵⁴ A. SPAGNOLO, *Di intese segrete e alibi parlamentari: Di intese segrete e alibi parlamentari: tra la decisione del TAR sull'Accordo col Niger e il Global Compact sulle migrazioni*, cit.

⁵⁵ Si ritiene che il 50% dei migranti che raggiungono Lampedusa sia transitato per il Niger, v. M. BØAS, *EU migration management in the Sabel: unintended consequences on the ground in Niger?*, in *Third World Quarterly*, Vol. 42, 2021, p. 54.

⁵⁶ Si veda la sentenza del TAR Lazio, sez. III, n. 11125/2018, pubblicata il 16 novembre 2018. La medesima sentenza ha tuttavia escluso l'illegittimità del diniego di ostensione delle cc.dd. «lettere nigerine», ossia delle lettere inviate in data 1° novembre 2017 e 15 gennaio 2018 del governo nigerino a quello italiano, con le quali, secondo parte ricorrente, sarebbe stato richiesto all'Italia di compiere una serie di attività relativa alla gestione delle frontiere (ivi, p. 3). Il giudice amministrativo ha ritenuto che in questo caso il carattere obbligatorio dovesse riconoscersi al solo accordo, e non anche alle lettere, qualificate come mero 'scambio di note'. In senso critico, su questo punto, F.V. VIRZÌ, *L'effettività dell'accesso civico generalizzato: il caso degli accordi in forma semplificata*, cit., pp. 641 – 650.

⁵⁷ TAR Lazio, sentenza n. 11125/2018, p. 4.

⁵⁸ Legge n. 80/2019, Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 188 del 12 agosto 2019.

Da qui emerge come l'accesso civico abbia svolto un'importante funzione di «trasparenza democratica»⁵⁹, divenendo di fatto l'unico strumento per ottenere informazioni che, seppur formalmente non sottoposte a segreto di Stato, sono state *in concreto* private di adeguate forme di pubblicità. Nondimeno, la procedura amministrativa funge pur sempre da mero *rimedio* a una serie di distorsioni e di carenze istituzionali che sempre più diffusamente si registrano in questo settore⁶⁰. La necessità di dover ricorrere all'istanza, infatti, discende da una violazione a monte del quadro regolatorio, che viene ciononostante *tollerata* anche dalle istituzioni, financo nei casi in cui la violazione dell'art. 80 Cost. è nota e macroscopica. Gli esigui e timidi tentativi istituzionali di contestare la legittimità di tale prassi si sono invece rivelati infruttuosi, soprattutto con riguardo al Memorandum d'intesa tra Italia e Libia del 2017. Il conflitto di attribuzione innanzi alla Corte costituzionale, sollevato a tal proposito da un gruppo di parlamentari, è stato infatti ritenuto inammissibile per difetto di legittimazione attiva⁶¹. La totalità dei membri delle Camere sembra del resto aver prestato implicitamente il proprio consenso all'accordo *ex post*, mediante l'approvazione della L. n. 98/2018, che autorizza la cessione di unità navali alla Guardia Costiera libica e agli organi impiegati nel mantenimento della sicurezza lungo la costa da parte del Ministero dell'interno libico⁶².

Da ultimo, la recente sentenza del Consiglio di Stato n. 8844 del 18 ottobre 2022⁶³ ha contribuito a generare ulteriori incertezze sul punto. Essa origina da un caso analogo, quantomeno nelle prime fasi del giudizio, a quello del già citato accordo tra Italia e Niger: un'avvocata, consulente legale per un'associazione a tutela dei diritti dei migranti, aveva richiesto l'ostensione dell'accordo concluso tra Italia e Gambia nel 2010, di cui era stata fatta menzione in alcune comunicazioni ministeriali, anche in assenza di un testo pub-

⁵⁹ V. PUPO, *Le istanze di accesso civico come strumento di trasparenza democratica in tema di accordi internazionali in forma semplificata*, cit., p. 216. A conclusioni analoghe giunge anche E. OLIVITO, *Accordi in forma (semi)semplificata, istanze di accesso civico e vulnus alla Costituzione*, su *Questione Giustizia*, 5 febbraio 2019, su www.questionegiustizia.it.

⁶⁰ V. PUPO, *Le istanze di accesso civico come strumento di trasparenza democratica in tema di accordi internazionali in forma semplificata*, cit., p. 231.

⁶¹ Corte costituzionale, sentenza n. 163/2018 del 4 luglio 2018, dep. 19 luglio 2018. Per quanto a conoscenza dell'autrice, l'orientamento della stessa Corte, in tal senso, è mutato con ordinanza n. 10/2019 del 10 gennaio 2019, dep. 8 febbraio 2019, e poi ancora con ordinanza n. 80/2022, del 22 febbraio 2022, dep. 29 marzo 2022.

⁶² In questo senso depono l'ordinanza n. 112/2019 resa dal Giudice delle Indagini Preliminari nel caso *Vos Thalassa* (sul quale, nello specifico, concludendo che non potesse essere giuridicamente vincolante per lo Stato italiano per contrarietà all'art. 80 della Costituzione italiana;

⁶³ Consiglio di Stato, sentenza n. 8844/2022 del 18 ottobre 2022. In commento alla medesima sentenza, A. SPAGNOLO, *Intese tecniche in materia di rimpatri, obblighi di pubblicazione e diritto di accedere alle informazioni in possesso della pubblica amministrazione in una recente sentenza del Consiglio di Stato*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2023 (in corso di pubblicazione).

blico e liberamente consultabile⁶⁴. La ricorrente aveva addotto numerosi elementi a supporto del valore vincolante dell'accordo, fra i quali la risposta resa dal Sottosegretario di Stato per gli affari esteri e la cooperazione internazionale in sede di interrogazione parlamentare, che aveva riportato che, mediante l'accordo del 2010 «Italia e Gambia si *vincolano reciprocamente rispetto ad obblighi precisi*, riguardanti da un lato l'impegno al sostegno economico, formativo e logistico delle autorità di polizia gambiane, dall'altro la facilitazione e la collaborazione *nelle attività di rimpatrio* dei cittadini gambiani in Italia»⁶⁵. Inoltre, era stato riportato agli atti che, in esecuzione dell'accordo, lo Stato italiano avesse autorizzato l'impiego di risorse volte al rafforzamento della capacità di controllo della frontiera del Gambia, sia sotto il profilo della cessione di materiali utili a tale scopo (es. 2 minibus da 30 posti, 20 autovetture fuoristrada, 20 metal detector portatili e 20 computer notebook) sia per la formazione di personale gambiano impiegato nei controlli alle frontiere⁶⁶.

Il Ministero, a fronte delle potenziali ripercussioni negative della *disclosure* sulle relazioni internazionali con il Gambia, si era tuttavia pronunciato con diniego di accesso, successivamente impugnato dapprima dinnanzi al TAR e poi al Consiglio di Stato.⁶⁷ Con sentenza non definitiva, quest'ultimo aveva anzitutto stabilito che, ai fini dell'accesso civico, dovesse accertarsi non tanto la *natura politica* dell'accordo con il Gambia, quanto la sua natura vincolante, tale da escluderne la sua qualificazione come intesa tecnica⁶⁸. Al fine di poter procedere a tale valutazione, i giudici di Palazzo Spada avevano pertanto richiesto al Governo una relazione ministeriale sul contenuto dell'accordo entro il termine di sessanta giorni.

All'esito di tale accertamento, si è infine stabilito, con sentenza definitiva del 18 ottobre 2022, la natura non giuridica dell'accordo tra Italia e Gambia, e, conseguentemente, la sua riconducibilità all'accesso civico generalizzato di cui all'art. 5-bis, comma 1, lett. a) e d) del d.lgs. 33/2013. Esso, pertanto, ha escluso l'illegittimità del diniego di accesso per *ragioni di sicurezza*, sulla base di due sostanziali argomenti. Da un lato, infatti, la relazione ministeriale avrebbe evidenziato la volontà delle Parti di non dare luogo ad un vero e

⁶⁴ Si veda, Camera dei deputati, XVII Legislatura, Dipartimento della Pubblica Sicurezza, Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere, Documento n. XXXVIII n. 2 vol. 3, anno 2013. A p. 1620, si riporta che il Dipartimento abbia dato luogo a una cooperazione rafforzata con il Gambia tramite l'*Accordo Italia – Gambia per il rafforzamento della cooperazione di polizia nella lotta contro il traffico di migranti e l'immigrazione irregolare*, firmato a Banjul dal Capo della Polizia in data 29 luglio 2010, rinnovato per un altro biennio nel 2012.

⁶⁵ Consiglio di Stato, sentenza non definitiva n. 4735/2022 del 5 maggio 2022, p. 5.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Consiglio di Stato, sentenza n. 8844/2018, cit., pp. 1-2.

⁶⁸ Consiglio di Stato, sentenza non definitiva n. 4735/2022, cit., in particolare pp. 11 – 12 (parr. 8 ss.).

proprio trattato internazionale. Dall'altro lato, il Consiglio di Stato ha richiamato, a supporto della propria decisione, l'art. 2, comma 1, lettera d), del D.M. 16 marzo 2022, recante le categorie di documenti *sottratti all'accesso per motivi attinenti alla sicurezza* da parte del Ministero dell'Interno. Quest'ultimo include, infatti, «i documenti relativi agli accordi intergovernativi di cooperazione e alle intese tecniche stipulati per la realizzazione di programmi militari di sviluppo o di programmi per la collaborazione internazionale di polizia, nonché quelli relativi ad *intese tecniche-operative per la cooperazione internazionale di polizia inclusa la gestione delle frontiere e dell'immigrazione*».

È tuttavia evidente che la pronuncia in questione sia criticabile sotto più profili. Anzitutto, pare che la qualificazione della natura giuridica dell'accordo con il Gambia – che, ai fini della disciplina sull'accesso civico, ha valenza *decisiva* – sia stata stabilita sulla base della sola relazione ministeriale, senza valorizzare adeguatamente gli elementi a sostegno del suo valore vincolante adottati da parte ricorrente. Il Decreto ministeriale richiamato, che si limita ad elencare le categorie di atti sottratti all'accesso, resta infatti gerarchicamente subordinato alla L. 839/1984, che, come già osservato, implica l'ostensione di *tutti* gli atti *che impegnano* lo Stato nelle relazioni internazionali.

Inoltre, anche ammesso che l'atto in questione debba essere qualificato come intesa tecnica, la motivazione del Giudice amministrativo appare assai debole. Non v'è traccia, infatti, del bilanciamento che la disciplina dell'accesso generalizzato impone al ricorrere delle cc.dd. eccezioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 5-bis d.lgs. 33/2013⁶⁹.

A rigor di logica, non si vede poi come la divulgazione di un'intesa di carattere meramente tecnico o amministrativo, inidonea a creare un quadro di obblighi giuridici tra le Parti, possa rappresentare un pericolo per la sicurezza dello Stato o impattare negativamente sulle relazioni internazionali con lo Stato parte. Ciò è tanto più evidente nei casi di cooperazione in materia di migrazione, in cui la *partnership* dell'Italia, costituita da Paesi in via di sviluppo, vanta un potere “contrattuale” decisamente ridimensionato, come emerge anche dalla disamina dei testi degli accordi in forma semplificata, resi pubblici e accessibili in casi analoghi⁷⁰. Eppure, tali considerazioni non hanno trovato

⁶⁹ V. *supra*, par. 2.

⁷⁰ Uno studio sui caratteri generali della cooperazione tra Stati europei e Stati extra-europei in ambito migratorio, evidenzia, infatti il modello c.d. delle “contro-prestazioni sbilanciate”, e cioè dallo scambio di prestazioni estremamente differenti in natura: da un lato, la riammissione, da parte dello Stato africano, di cittadini che siano transitati sul proprio territorio per raggiungere l'Europa; dall'altro lato, il supporto economico per le operazioni di rimpatrio da parte del Paese europeo (v.

spazio nelle argomentazioni del Consiglio di Stato, con conseguenze certamente non limitate al caso specifico. Negli ultimi anni, infatti, intese analoghe a quella con il Gambia sono state sottoscritte dall'Italia con Paesi come Ghana, Senegal e Gibuti⁷¹, finora mai pubblicate. Visto, inoltre, il carattere strategico della cooperazione con gli Stati di origine e transito, è ben plausibile che accordi simili verranno stipulati anche in futuro.

Occorre dunque valutare se, nell'ipotesi in cui – come nel caso appena esposto – siano stati esauriti i rimedi interni esperibili dall'individuo, la mancata ostensione di un trattato possa essere suscettibile di censura innanzi alla Corte EDU.

3. L'incidenza della mancata ostensione dei trattati internazionali sulla libertà di espressione: il diritto a ricevere informazioni detenute dallo Stato

L'omessa pubblicazione degli accordi internazionali può ritenersi anzitutto censurabile sotto il profilo del diritto di accesso alle informazioni detenute dallo Stato, incluse quelle contenute in documenti ufficiali come i trattati⁷². Nel quadro convenzionale, tale diritto trova fondamento nell'art. 10 CEDU, a tutela della libertà d'espressione, che contempla esplicitamente anche «il diritto di *ricevere* o di *comunicare* informazioni o idee»⁷³. Per quanto, differentemente da altre convenzioni internazionali⁷⁴, l'art. 10 non faccia espressa

J.P. CASSARINO (a cura di), *Unbalanced reciprocities: Cooperation on Readmission in the Euro-Mediterranean Area*, Middle East Institute, 2010).

⁷¹ Si veda, a tal proposito, il report realizzato da ActionAid, *Come "li aiutiamo a tornarsene a casa loro". La centralità dei rimpatri nell'agenda migratoria, la cooperazione allo sviluppo e le sfide del ritorno in Gambia*, 18 novembre 2019, p. 16, disponibile online su www.actionaid.it.

⁷² W. HINTS, D. VOORHOFF, *Access to State-Held Information as a Fundamental Right under the European Convention on Human Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 2007, nota n. 23, con riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU sul punto.

⁷³ Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, Art. 10, par. 1.

⁷⁴ La tutela dell'accesso alle informazioni detenute dallo Stato ha trovato una prima formulazione nell'articolo 19 della Dichiarazione Universale dei diritti umani prevede espressamente che «Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference to *seek*, receive and impart information and idea through any media and regardless of frontiers». Sulla scorta della Dichiarazione, sia l'art. 13 della Convenzione Americana che l'art. 19 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici riproducono tale definizione e includono esplicitamente «the right to *seek*... information and ideas of all kinds». Il principio è stato poi applicato dai rispettivi organi di controllo. Per quanto riguarda la prassi del Comitato dei diritti umani, l'inclusione del diritto ad informazioni detenute da parte dello Stato trova riscontro nel *General Comment n. 34; Freedom of opinion and expression*, 21 luglio 2011, UN Doc. CCPR/C/GC/34, par. 18. Nel caso *Robert W. Gauthier c. Canada*, il Comitato ha anche sottolineato come la libera comunicazione delle idee e delle informazioni abbia un ruolo fondamentale all'interno della democrazia rappresentativa, in cui è essenziale avere libero accesso alle informazioni relative ai membri degli organi di governo (v. Comitato dei diritti umani, *Robert W. Gauthier v. Canada*, comunicazione No. 633/1995, UN Doc. CCPR/C/65/D/633/1995). Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani, si veda il caso *Claude Reyes e altri c. Cile*, 19 settembre 2006.

menzione del diritto di *accedere* alle informazioni in possesso dello Stato⁷⁵, esso ha infatti trovato riconoscimento nella CEDU a partire dalla pronuncia *Magyar Helsinki Bizottság c. Ungheria* dell'8 novembre 2016⁷⁶. Quest'ultima, sulla base di un'interpretazione dinamica ed *evolutiva* della Convenzione, ha infatti stabilito che una tutela piena, effettiva e non illusoria della libertà d'espressione passi necessariamente attraverso la possibilità di accedere ad informazioni che consentono all'individuo di determinare ed esprimere il proprio libero convincimento⁷⁷. Alla luce della giurisprudenza successiva, che ha confermato un siffatto orientamento, tale principio può pertanto ritenersi consolidato⁷⁸.

Occorre tuttavia precisare che, nell'ambito della medesima giurisprudenza, la Corte ha ritenuto che il diritto di accesso alle informazioni detenute dallo Stato possa trovare applicazione unicamente al ricorrere di determinate condizioni⁷⁹. L'art. 10 CEDU, infatti, non implica la libertà di ricevere *qualsiasi* dato, ma soltanto quella di accedere a informazioni che debbono ritenersi *meritevoli di essere diffuse* sulla base di quattro criteri cumulativi⁸⁰: lo scopo

⁷⁵ Per questa ragione, la possibilità di ricavare dalla CEDU il diritto individuale di accedere alle informazioni detenute dallo Stato è stata per lungo tempo esclusa. La Corte EDU ha appunto reiteratamente stabilito, soprattutto nella giurisprudenza più risalente, che l'art. 10 non conferisce all'individuo un generale diritto di accesso alle informazioni detenute da un'autorità pubblica, né obbliga il governo a fornire tali informazioni all'individuo (tra gli altri, *Leander c. Svezia*, ricorso n. 9248/81, sentenza del 26 marzo 1987, par. 74; *Gaskin c. Regno Unito*, ricorso n. 10454/83, sentenza del 7 luglio 1989, par. 52; *Sirbu e altri c. Moldavia*, ricorsi nn. 73562/01, 73565/01, 73712/01, 73744/01, 73972/01 and 73973/01, sentenze del 15 giugno 2004 parr. 17-19).

⁷⁶ *Magyar Helsinki Bizottság c. Ungheria*, [GC], ricorso n. 18030/11, sentenza dell'8 novembre 2016. Sul lungo percorso che ha condotto al riconoscimento del diritto di accesso alle informazioni detenute dallo Stato all'interno di tale sentenza, v. E. CARPANELLI, *Sul diritto di accesso alle informazioni di interesse pubblico detenute dallo Stato: alcune riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte di Strasburgo nel caso Magyar Helsinki Bizottság c. Ungheria*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2017, 1 ss. Il "trend" di apertura della Corte EDU ad un simile orientamento era già rilevato, da altri autori, anche antecedentemente alla sentenza, v. W. HINTS, D. VOORHOFF, *Access to State-Held Information as a Fundamental Right under the European Convention on Human Rights*, cit., 114 ss., in particolare pp. 124 – 126.

⁷⁷ La tecnica di interpretazione evolutiva è normalmente utilizzata, da parte degli organi di controllo dei trattati sui diritti umani, per addivenire ad un'interpretazione teleologica degli stessi: essa implica la necessità di garantire che i diritti convenzionalmente garantiti non siano teorici o illusori, ma effettivi, e che dunque debbano essere interpretati «*in light of the present-day conditions*» (al riguardo, v. il *leading-case Airey c. Irlanda*, ricorso n. 6289/73, sentenza del 9 ottobre 1979, parr. 24 - 28).

⁷⁸ Corte EDU, *Girleanu c. Romania*, ricorso n. 50376/09, sentenza del 26 giugno 2018, parr. 68 ss.; *Centre for Democracy and the Rule of law c. Ucraina*, ricorso n. 10090/16, sentenza del 26 luglio 2020, parr. 81 ss.; *Studio Monitori e altri c. Georgia*, ricorsi nn. 44920/09 e 8942/10, sentenza del 30 maggio 2020; *Rovshan Hajiyev c. Azerbaijan*, ricorsi nn. 19925/12 e 47532/13, sentenza del 9 marzo 2022, parr. 44-45.

⁷⁹ Corte EDU, *Magyar Helsinki Bizottság c. Ungheria*, [GC], cit., par. 156.

⁸⁰ Dall'applicazione in concreto dei principi elaborati nella sentenza *Magyar Helsinki* nella giurisprudenza successiva, la Corte verifica la sussistenza di tutte e quattro le condizioni (v., ad es., *Cen-*

della richiesta, la natura delle informazioni richieste, il ruolo del richiedente e la disponibilità delle informazioni⁸¹. Solo nel caso in cui tali requisiti siano soddisfatti, l'inaccessibilità di alcuni documenti potrà in effetti essere considerata come un'interferenza dello Stato con il diritto alla libertà d'espressione. Tuttavia, atteso il carattere non assoluto dell'art. 10 CEDU⁸², una tale interferenza potrà comunque essere ritenuta lecita se risulta regolata da condizioni prescritte dalla legge, considerate necessarie in una società democratica e poste a tutela di interessi pubblici o privati (v. il paragrafo 2 della disposizione)⁸³.

Su indicazione stessa della Corte, la valutazione dei suddetti criteri dovrà necessariamente essere calibrata su circostanze specifiche, e, pertanto, sulla base di un'analisi caso per caso. In questa prospettiva, pertanto, l'esempio della segretezza "di fatto" degli accordi in forma semplificata in materia di migrazione può fungere da spunto per verificare, più nel dettaglio, quali siano i requisiti richiesti in concreto da parte della Corte EDU.

Anzitutto, è necessario che le informazioni di cui si richiede l'accesso siano «pronte e disponibili», e cioè, non richiedano allo Stato l'onere di raccoglierle⁸⁴. Questo non è evidentemente il caso dei trattati internazionali conclusi dall'Esecutivo, che sono di per sé nella piena disponibilità di organi dello Stato. Inoltre, pare che gli accordi relativi al controllo delle frontiere possano soddisfare anche le altre condizioni previste dal "test" di *Magyar Helsinki*: la CEDU tutela infatti la diffusione delle sole informazioni che, siano, in *natura*, di pubblico interesse, al solo *scopo* di promuovere il dibattito in seno alla società civile⁸⁵. Per le ragioni già menzionate, la richiesta di accesso a tutti gli atti che producono un potenziale impatto sul trattamento dello straniero riflette senz'altro entrambe le caratteristiche, dal momento che le decisioni assunte in tema di migrazione riflettono l'orientamento politico dei governanti, che, in un sistema democratico, deve poter essere sindacabile da parte della collettività. Inoltre, il rilievo di pubblico interesse di tali accordi va riscontrato anche alla luce dei potenziali effetti di questi ultimi sui diritti umani dei migranti. Come recentemente riportato anche dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, infatti, le informazioni relative agli abusi dei diritti umani costituiscono, secondo gli Stati membri, informazioni di pubblico interesse⁸⁶.

Centre for Democracy and the Rule of law c. Ucraina, cit., parr. 96 – 101). In altri termini, pare che i quattro requisiti per determinare l'interferenza siano cumulativi.

⁸¹ *Magyar Helsinki Bizottság c. Ungheria* [GC], par. 157.

⁸² *Ibidem*, par. 156.

⁸³ *Centre for Democracy and the Rule of law c. Ucraina*, cit., par. 103.

⁸⁴ *Magyar Helsinki...*, cit., par. 169.

⁸⁵ *Magyar Helsinki...*, cit., par. 158.

⁸⁶ Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *Recommendation CM/Rec(2014)7 on the Protection of whistle-blowers*, 30 Aprile 2014, par. I.2. Nello stesso senso, anche l'Assemblea parlamentare

Più variabile, a seconda del caso specificatamente esaminato, è invece la condizione che attiene al *ruolo* di chi richiede l'accesso all'informazione, e che ne rivendica il diritto innanzi alla Corte EDU. Sempre secondo i principi elaborati nel caso *Magyar Helsinki*, l'accesso alle informazioni detenute dallo Stato può trovare copertura convenzionale solo se una richiesta in tal senso è avanzata da soggetti che contribuiscono al dibattito pubblico mediante la circolazione delle idee e delle informazioni⁸⁷. *In primis*, pertanto, tale ruolo è riconosciuto ai giornalisti, che, svolgono, nella vita sociale di ogni Paese, la funzione di «*public watchdog*». La Corte non esclude, tuttavia, che questa possa essere svolta anche dalle ONG e dai singoli attivisti che contribuiscono alla diffusione di idee essenziali ai fini della trasparenza del dibattito pubblico⁸⁸. Nei casi esaminati in dettaglio in questo scritto, istanze di accesso agli atti sono spesso state formulate da associazioni poste a tutela dei diritti dei migranti e i propri consulenti legali, che, in quanto tali, avrebbero plausibilmente la possibilità di far valere con successo le ragioni delle proprie istanze innanzi alla Corte EDU. A tal fine, sarebbero questi ultimi a dover dimostrare di possedere la *qualità di vittima* di una violazione ex art. 10 CEDU⁸⁹.

Occorre tuttavia ribadire che la sussistenza dei requisiti fin qui menzionati non è ogni caso sufficiente affinché la Corte EDU riconosca in capo a tali soggetti il diritto di accesso agli accordi internazionali. È infatti necessario, a tal fine, che l'eventuale diniego di accesso da parte dello Stato non sia giustificabile da uno degli scopi menzionati dall'art. 10 par. 2 CEDU, che, includono, *inter alia*, la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale e la difesa dello Stato.

Applicando i principi generali sull'art. 10 par. 2 CEDU al regime di pubblicità dei trattati vigente nell'ordinamento italiano, *nulla quaestio* sul fatto che i presupposti per la segretezza di tutti i documenti ufficiali trovino fondamento in provvedimenti scritti, aventi rango normativo e, al contempo, muniti dei caratteri di *accessibilità* e *prevedibilità* che sono richiesti dalla CE-

del Consiglio d'Europa, *Resolution 1729 (2010) on the Protection of whistle-blowers*, 29 Aprile 2010, par. 6.1.1.

⁸⁷ *Magyar Helsinki...*, cit., par. 164.

⁸⁸ La ricorrente, nel caso *Magyar Helsinki*, era appunto una ONG che si occupava di diritti umani, con particolare riguardo alle tematiche inerenti al diritto d'asilo e alla protezione internazionale. Nel caso specifico, tuttavia, le informazioni richieste riguardavano la lista dei difensori d'ufficio, rispetto alla quale l'accesso si rendeva necessaria per lo sviluppo di un progetto pubblico.

⁸⁹ A norma dell'art. 34 CEDU, «la Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli». La qualità di vittima va dimostrata in sede di ricorso sia da parte delle cc.dd. vittime *dirette* (e cioè da parte di coloro che hanno personalmente subito la violazione dei diritti convenzionali) sia da parte delle cc.dd. vittime *indirette* (es. familiari di vittime decedute).

DU⁹⁰. Maggiori dubbi originano, semmai, dall'identificazione del *parametro normativo applicabile in concreto* in caso di omessa pubblicazione dell'accordo, che, come detto, è condizionata dalla qualificazione di un accordo come trattato *vincolante* a livello internazionale⁹¹. Laddove venga riconosciuto il carattere obbligatorio dell'accordo, l'unico limite alla sua mancata ostensione andrà infatti riscontrato nel segreto di Stato, coerentemente con quanto disposto anche in materia di accesso civico. Viceversa, laddove un atto venga qualificato come intesa di carattere meramente tecnico o amministrativo, la sua pubblicazione andrà incontro ai limiti sottoposti agli atti non soggetti ad obbligo di pubblicazione. In tal caso, pertanto, rileverebbero non solo il segreto di Stato e altri divieti assoluti di divulgazione, ma anche i limiti sanciti dall'art. 5-bis D.lgs. 33/2013, già richiamati.

La distinzione tra le due discipline non escluderebbe, in ogni caso, un bilanciamento, che la Corte EDU è chiamata ad effettuare in ambo le ipotesi. Sia che un atto sia coperto da segreto di Stato, sia che risulti segreto "di fatto", la Corte dovrà compiere un'ulteriore verifica per stabilire se le restrizioni alla libertà d'espressione prescritte dalla legge siano necessarie in una società democratica, e, dunque *proporzionate* a uno degli scopi menzionati dall'art. 10 par. 2 CEDU⁹². Quest'ultimo include, *inter alia*, la sicurezza nazionale, l'integrità del territorio e la difesa dello Stato, senza tuttavia definirli; in quest'ambito, infatti, è riconosciuto agli Stati un ampio *margin*e di apprezzamento circa la determinazione e l'identificazione delle ragioni che possono mettere a rischio la salvaguardia di interessi pubblici⁹³.

Nondimeno, onde evitare abusi da parte dello Stato, la Corte dovrà verificare che le restrizioni all'art. 10 par. 2 abbiano un fondamento normativo convincente e ben costruito⁹⁴, e che siano in grado di resistere ad equo bilanciamento tra interessi contrapposti. Ciò è tanto più valido per la diffusione di informazioni attinenti a materie di pubblico interesse, per le quali «there is a little scope under Article 10 § 2 of the Convention»⁹⁵.

⁹⁰ Sui criteri per interpretare la nozione di restrizione 'prescritta dalla legge', si vedano, a titolo meramente esemplificativo, le sentenze della Corte EDU [GC], *Sunday Times c. Regno Unito n. 1*, ricorso n. 6538/74, sentenza del 26 aprile 1979, par. 47-49.

⁹¹ V. *supra*, par. 2.

⁹² Corte EDU, *Handyside c. Regno Unito*, ricorso n. 5493/72, sentenza del 7 dicembre 1976, par. 48.

⁹³ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2012, p. 408.

⁹⁴ *Girleanu c. Romania*, cit., par. 83.

⁹⁵ *Ibidem*, par. 84.

Con specifico riguardo all'ordinamento italiano, per gli atti coperti dalla L. 124/2007, l'interesse all'accesso ai trattati andrà bilanciato con interessi come *l'integrità della Repubblica, la difesa delle istituzioni, e dell'indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, la difesa militare*; viceversa, per gli atti non coperti da segreto di Stato, con la «sicurezza nazionale» di cui all'art. 5-bis D.lgs. 33/2013, che rappresenta una clausola generale. L'esito di siffatto bilanciamento risulterà in ambo i casi calibrato sulle specifiche circostanze del caso sottoposto all'esame della Corte. Nondimeno, potranno avere rilievo, ancora una volta, alcune indicazioni tratte dalla giurisprudenza precedente, in cui le restrizioni applicate dallo Stato sono state ritenute proporzionate all'esigenza di salvaguardare la «sicurezza nazionale» ex art. 10 par. 2 CEDU per finalità di contrasto al terrorismo, ad attività sovversive o finalizzate allo spionaggio⁹⁶. Sembra, pertanto, che la Corte tenda a ritenere sproporzionate tutte le limitazioni che esorbitino dall'esigenza di scongiurare pericoli *particolarmente* gravi, che plausibilmente potrebbero verificarsi in caso di divulgazione di alcune informazioni. Alla luce di un'interpretazione tanto restrittiva del concetto di sicurezza nazionale, pare, pertanto, che l'ostensione degli accordi in forma semplificata in materia di migrazione – stando anche a quanto si è già detto sul loro contenuto e sulle loro effettive implicazioni - non possa rientrare in queste ipotesi.

In definitiva, non sembra che i limiti di cui all'art. 10 CEDU possano resistere a un ipotetico ricorso alla Corte EDU per casi di diniego di accesso civico analoghi a quelli finora esposti. Posto che, per gli esempi esaminati, il termine per far valere tali rimostranze è già ampiamente scaduto⁹⁷, non è dunque da escludersi che le considerazioni qui esposte non possano valere nell'ambito di contenziosi futuri. Esse, peraltro, lungi dall'esaurire la propria rilevanza nel contenzioso sovranazionale, potrebbero eventualmente ritenersi valide anche ai fini dei giudizi nazionali. L'orientamento della Corte EDU in materia di libertà d'espressione costituisce infatti un criterio interpretativo determinante sia per il giudice comune che per il giudice costituzionale, entrambi tenuti ad una lettura delle disposizioni di diritto interno – Art. 21 Cost. incluso – anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU. Secondo quanto stabilito dalle note “sentenze gemelle” della Corte Costituzionale 348 e 349 del 2007, le norme della CEDU – che assumono il rango di *norma interposta* tra Costituzione e legge ordinaria – fungono infatti da parametro per valutare la costituzionalità delle leggi nell'ambito del giudizio di legittimità

⁹⁶ E. CARPANELLI, *State Secrecy and International Human Rights Law*, cit., p. 132.

⁹⁷ Il termine entro il quale un ricorso deve essere presentato alla Corte EDU è stato ridotto da sei a quattro mesi a seguito dell'entrata in vigore, il 1° agosto 2021, del Protocollo n. 15 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

dinnanzi alla Corte costituzionale⁹⁸. Al contempo, esse debbono essere considerate anche dal giudice comune, che, in caso di conflitto tra norma interna e norma sovranazionale, sarà tenuto a risolvere l'antinomia in via interpretativa, salva la possibilità di poter sollevare questione di legittimità costituzionale nel caso di inconciliabilità insanabile⁹⁹.

4. La correlazione tra accordi segreti e diritto ad un rimedio effettivo. Spunti di riflessione sulla tutela del diritto di accesso alla giustizia in senso ampio

A seguito dell'analisi sull'applicabilità dell'art. 10 CEDU, è poi lecito domandarsi se il diritto internazionale dei diritti umani ponga ulteriori argini all'utilizzo del segreto nell'attività politica. In particolare, occorre interrogarsi sui rimedi che, a prescindere dalla richiesta di accesso civico ai trattati, offrono tutela al singolo individuo che subisca gli effetti negativi del trattato segreto, e che, pertanto, assumerebbe la qualità di vittima nel giudizio innanzi alla Corte. Da questa prospettiva, assume rilevanza la prassi registratasi a proposito degli effetti della segretazione sui diritti *processuali* dell'individuo direttamente interessato dal trattato, e, in particolare, sul diritto a un rimedio effettivo.

Nella prassi, alcune – caute – aperture, al riguardo, sembrano essersi registrate in relazione all'apposizione del segreto di Stato su documenti funzionali all'esercizio dell'azione penale. Ci si riferisce, in particolare, alla giurisprudenza della Corte EDU sulle cc.dd. *extraordinary renditions*, e cioè, ai casi di consegna di presunti terroristi ai servizi segreti, allo specifico scopo di consentire forme di detenzione e di interrogatorio «al di fuori del normale siste-

⁹⁸ C. cost., sentenze nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007. I riferimenti bibliografici in commento a tali sentenze, nonché quelli sull'«eredità» - intesa come impatto nei giudizi successivi - di quest'ultime, sono numerosissimi. Fra gli altri, D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in *Quaderni costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale*, n. 1/2008, pp. 133-136; M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, 3564 ss.; F. SORRENTINO, *Apologia delle "sentenze gemelle" (Brevi note a margine delle sentenze nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale)*, in *Diritto e società*, n. 2/2009, 213 ss. Sulla recente applicazione dei principi elaborati dalle "sentenze gemelle" nei giudizi interni, e sui fraintendimenti che queste ultime hanno generato a proposito della nozione di diretta applicabilità dei trattati internazionali, si vedano i recenti scritti di D. RUSSO, *Sulla diretta applicabilità della CEDU nel giudizio di cassazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2022, 49 ss.; e, *ivi*, A. CARDONE, *La diretta applicabilità della CEDU della giurisprudenza del giudice comune tra (apparenti) ritorni al passato e nuove problematiche*, 65 ss. con rinvio ai relativi riferimenti giurisprudenziali.

⁹⁹ Si veda, in particolare, la già citata sentenza n. 349/2007: «Al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale "interposta", egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma» (par. 6.2).

ma giuridico»¹⁰⁰. Qui, infatti, è più volte emerso come la segretezza della corrispondenza e degli accordi tra i servizi segreti coinvolti nelle operazioni in questione avesse ostacolato lo svolgimento delle indagini negli ordinamenti interni, conducendo sovente all'impunità dei responsabili¹⁰¹. In questi casi, gli Stati convenuti sono pertanto stati condannati per la violazione degli obblighi procedurali correlati all'art. 3 CEDU e all'art. 8 CEDU¹⁰², che impongono lo svolgimento di un'inchiesta effettiva e tale da condurre all'accertamento della c.d. "verità" processuale¹⁰³. Per le medesime ragioni, è stata anche accertata la violazione dell'art. 13 CEDU, avente ad oggetto il diritto a un rimedio effettivo, e cioè il diritto di far valere le violazioni di uno dei diritti tutelati dalla Convenzione davanti a un'istanza nazionale, «anche quando la violazione sia

¹⁰⁰ R. PISILLO MAZZESCHI, *Diritto internazionale dei diritti umani. Teoria e prassi*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 222, che riprende la definizione formulata, per questi casi, dalla stessa Grande Camera della Corte EDU nella sentenza *El-Masri c. Ex Repubblica Jugoslava di Macedonia*, 13 dicembre 2012, par. 221. Le *extraordinary renditions* sono state definite come una vera e propria prassi, avviata sulla spinta degli Stati Uniti negli anni successivi all'attacco terroristico alle *Twin Towers* dell'11 settembre 2001, e hanno posto seri problemi di compatibilità con gli obblighi vincolanti gli Stati in materia di diritti umani. Sul tema in generale, S. EGAN, *Extraordinary Rendition and Human Rights. Examining State Accountability and Complicity*, Springer, Berlino, 2019.

¹⁰¹ Nella sentenza *Nasr e Gbali c. Italia*, ric. n. 44883/09, 23 febbraio 2016, la Corte EDU, chiamata a valutare la responsabilità dello Stato italiano per violazione dell'art. 3 CEDU, ha rilevato come l'apposizione del segreto avesse inciso sul rispetto degli obblighi procedurali correlati al divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti, che impongono allo Stato di indagare in modo efficace ed effettivo. Il caso, in particolare, riguardava la *extraordinary rendition* di Abu Omar, un cittadino egiziano sospettato di affiliazione ad organizzazioni terroristiche, sequestrato a Milano da diversi agenti della CIA e successivamente sottoposto a torture e trattamenti inumani e degradanti in Egitto. Le indagini su questo caso, in cui risultavano aver cooperato agenti dei servizi segreti italiani e statunitensi, sono state non di poco state ostacolate dall'apposizione del segreto di Stato sugli atti relativi alla corrispondenza tra agenti italiani e stranieri; si vedano, al riguardo, E. CARPANELLI, "Extraordinary renditions" e diritti umani: alcune riflessioni sul caso "Abu Omar", in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2013, p. 315 ss. (precedente alla sentenza della Corte EDU; T. SCOVAZZI, *Segreto di Stato e diritti umani: il sipario nero sul caso Abu Omar*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2016, 157 ss. La correlazione tra mancanza di trasparenza ed ineffettività delle indagini è stata tuttavia individuata anche nel caso *El-Masri c. ex Repubblica Jugoslava di Macedonia*, cit., par. 191; *Al Nashiri c. Polonia e Husayn (Abu Zubaydah) c. Polonia*, 7511/13, 24 luglio 2014, parr. 485 - 493; *Abu Zubaydah c. Lituania*, ric. n. 46454/11, 31 maggio 2018, parr. 618 - 619.

¹⁰² V. riferimenti giurisprudenziali di cui alla nota precedente.

¹⁰³ A questa giurisprudenza hanno fatto riferimento quelle voci della dottrina che hanno auspicato il riconoscimento, da parte della Corte EDU, del c.d. "diritto alla verità" sancito da altri fonti di rilievo internazionale, come la Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone contro le sparizioni forzate (New York, 2006), preambolo e art. 24, par. 248. Non essendo questa la sede opportuna per trattare con eshaustività il tema del diritto alla verità nel quadro della CEDU, si rinvia ad ampia letteratura sul tema: N. NAPOLETANO, *Extraordinary renditions, tortura, sparizione forzata e "diritto alla verità": alcune riflessioni sul caso El-Masri*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2013, pp. 331 ss.; E. CARPANELLI, *State Secrecy and International Human Rights Law*, cit., 193 ss.; A. PANEPINTO, *The right to the truth in international law: The significance of Strasbourg's contributions*, in *Legal Studies*, 2017, 739 ss..

stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali»¹⁰⁴.

Pur riconoscendo una correlazione tra segreto e diritto a un rimedio effettivo, l'orientamento in questione non può tuttavia considerarsi indicativo di un divieto "assoluto" di utilizzo della segretezza nell'attività politica. La censura della mancata ostensione di atti e documenti ufficiali da parte della Corte è limitata ai soli casi in cui questa precluda il rispetto degli obblighi relativi ad altre disposizioni convenzionali, venendo così valutata *al pari di* qualsiasi altra circostanza tale da produrre il medesimo effetto¹⁰⁵. Peraltro, la garanzia di un diritto a un rimedio effettivo non è *autonoma*, bensì ancillare rispetto agli altri obblighi convenzionali: l'art. 13, infatti, può essere invocato solo in combinato disposto con altre norme della CEDU¹⁰⁶.

In concreto, tale ultima circostanza può notevolmente influenzare le argomentazioni della Corte a seconda dell'esito dell'accertamento delle *altre* violazioni sottoposte a scrutinio. Laddove la violazione delle norme invocate congiuntamente all'art. 13 CEDU sia ritenuta infondata, viene infatti sovente esclusa anche la lesione del diritto a un rimedio effettivo. Quantomeno, tali sono le conclusioni che possono ricavarsi dal confronto, a titolo esemplificativo, tra due casi relativi al controllo della migrazione, in cui la Corte EDU ha avuto modo di pronunciarsi sul valore di accordi non pubblici.

Nel 2012, nella storica sentenza *Hirsi Jamaa c. Italia*¹⁰⁷, i giudici di Strasburgo, chiamati a pronunciarsi sulla prassi delle intercettazioni e del successivo respingimento di imbarcazioni cariche di migranti verso la Libia, hanno accolto le tesi dei ricorrenti, che sostenevano di essere stati privati della possibilità di presentare un ricorso effettivo anche a causa *dell'assenza di una base normativa* per le operazioni che li aveva coinvolti¹⁰⁸. Queste ultime, infatti, stando alle dichiarazioni del Governo, trovavano fondamento nel solo *Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione*, firmato nell'agosto del 2008 e ratificato nel febbraio del 2009¹⁰⁹, e che, tuttavia, non riporta nel testo alcun rife-

¹⁰⁴ *Nasr e Gbali*, cit. par. 327.

¹⁰⁵ Questa nostra tesi pare essere suffragata anche sulla base di quanto riportato dalla stessa Corte EDU nel più recente caso *Al-Nashiri c. Romania*, ric. n. 33234/12, 31 maggio 2018, par. 644, dove si legge «The Court does not find it necessary to establish whether, and if so to what extent, restrictions on public access to the annexes impacted on the adequacy of the Romanian Senate's inquiry. For the Court's assessment the central question is whether that inquiry was capable of "leading to the identification and punishment of those responsible", which is an indispensable element of an "effective investigation" for the purposes of Article 3 (see paragraph 638 above).»

¹⁰⁶ R. PISILLO MAZZESCHI, *Diritto internazionale dei diritti umani. Teoria e prassi*, cit., p. 272; S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 481.

¹⁰⁷ *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ric. no. 27765/09, 23 febbraio 2012 (trad. italiana).

¹⁰⁸ *Ibidem*, par. 188.

¹⁰⁹ *Ibidem*, par. 13.

rimento esplicito all'esecuzione dei respingimenti¹¹⁰. I ricorrenti, in ogni caso, non erano stati informati della conclusione dell'accordo, né tantomeno dei suoi contenuti, né in prossimità né durante l'esecuzione delle procedure di espulsione¹¹¹. A tal proposito, la Corte, riferendosi genericamente alle garanzie da osservarsi nei casi di allontanamento degli stranieri, ha qui concluso che «la mancanza di informazioni costituisce un *ostacolo maggiore all'accesso alle procedure d'asilo* [...]» ribadendo, altresì, «l'importanza di garantire alle persone interessate da una misura di allontanamento, misura le cui conseguenze sono potenzialmente irreversibili, *il diritto di ottenere informazioni sufficienti* per permettere loro di avere un accesso effettivo alle procedure e di sostenere i loro ricorsi»¹¹². Tali considerazioni, riferite al *Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione*, sembrano pertanto tanto più valide per tutti i casi in cui la ratifica del trattato non sia nemmeno avvenuta, come ormai accade, in tempi più recenti, nella stragrande maggioranza delle ipotesi.

Ad ogni modo, quanto acquisisce massima rilevanza ai nostri fini è che la sentenza in questione individui un nesso tra la mancanza di pubblicità di accordi bilaterali che incidono sul trattamento dei migranti e il diritto delle vittime di poter contestare una misura illecita di respingimento verso il Paese d'origine. Tale orientamento, tuttavia, non ha trovato riscontro nella successiva sentenza *Khlaifia*, già menzionata, in cui il diritto a un rimedio effettivo è stato invocato congiuntamente al divieto di espulsione collettive di cui all'art. 4 Protocollo 4 CEDU. Differentemente da quanto accertato dal giudizio di Camera¹¹³, la Grande Camera ha qui escluso che le modalità di rimpatrio dei ricorrenti avessero dato luogo ad un'espulsione collettiva, dal momento che i provvedimenti di espulsione – ancorché standardizzati e identici nei contenuti – erano stati emessi singolarmente. Conseguentemente, la Corte ha ritenuto che i migranti avessero avuto la possibilità di contestare il contenuto dei provvedimenti di espulsione, senza tenere in considerazione che, come ammesso dal Governo stesso, questi ultimi si inserivano nel contesto della cooperazione con la Tunisia, finalizzata a favorire procedure di rimpatrio semplificate ed accelerate. È a fronte di tali argomenti, in ogni caso, che la Corte ha ritenuto di essere *sollevata* dal compito di indagare sulla natura e la qualificazione giuridica dell'accordo¹¹⁴.

¹¹⁰ *Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione*, cit.

¹¹¹ *Ibidem*, par. 9-21.

¹¹² *Ibidem*, par. 204 (trad. italiana). Si veda anche *M.S.S. c. Belgio e Grecia* [GC], ricorso n. 30696/09, sentenza del 21 gennaio 2011 par. 304.

¹¹³ *Khlaifia e altri c. Italia*, seconda sezione, 1° settembre 2015, cit., parr. 169 – 173.

¹¹⁴ *Khlaifia c. Italia* [GC], cit., par. 255.

Nel caso *Kblaihia*, una simile conclusione rappresenta senz'altro un'occasione mancata, atteso che la Corte avrebbe invece potuto ribadire, come già fatto in passato, che la conclusione di accordi internazionali – pubblici o meno – entrati in vigore dopo la CEDU, non esonerano gli Stati membri dalla responsabilità che origina dalla violazione delle disposizioni convenzionali¹¹⁵. Una simile presa di posizione, peraltro condivisa dal giudice Serghides nella propria opinione dissenziente allegata al giudizio¹¹⁶, avrebbe potuto contribuire a sgomberare ogni dubbio circa la validità di questi accordi sul piano internazionale e a chiarirne il rapporto con le altre fonti di diritto. È pertanto auspicabile che la Corte possa soffermarsi su questi aspetti nei casi al momento pendenti, che originano dall'esecuzione del Memorandum d'intesa tra Italia e Libia¹¹⁷ e del Memorandum tra Italia e Sudan¹¹⁸. Nei ricorsi relativi a tali ultimi casi, mancano, tuttavia, specifiche allegazioni sugli effetti della conclusione di accordi “informali” in materia di migrazione *in sé*, e dunque *a prescindere* dalla loro esecuzione¹¹⁹. La questione resta dunque aperta, anche se, dal punto di vista di chi scrive, la possibilità di contestare la mancanza di pubblicità di accordi di tale portata sarebbe censurabile sotto il profilo del diritto di accesso alla giustizia in senso *ampio*. Quest'ultimo, infatti, nel quadro delle fonti internazionali, non trova fondamento nel solo diritto a un rimedio effettivo, in molteplici disposizioni, fra loro complementari, che fungono da base normativa¹²⁰.

In questa prospettiva, la segretezza dei trattati potrebbe essere censurabile anche a norma dell'art. 6 par. 1 CEDU, finora tuttavia mai invocato in giudizi correlati alla gestione della migrazione. Tale disposizione, che disciplina il diritto ad un equo processo dinnanzi a un tribunale indipendente e imparziale, include – secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato – anche il diritto di accesso al giudice *in sé*, e dunque in maniera autonoma e indipendente dalla violazione di un altro diritto previsto dalla CEDU¹²¹. Visti

¹¹⁵ Corte EDU, *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, no. 61498/08, par. 128, 2010, e *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda* [GC], n. 45036/98, § 154, CEDU 2005–VI

¹¹⁶ V. *Kblaihia c. Italia* [GC], cit., opinione dissenziente del giudice Serghides.

¹¹⁷ Ricorso n. 21660/18, *S.S. e altri c. Italia*, comunicato al Governo italiano il 26 giugno 2019.

¹¹⁸ Ricorso n. 18787/17, *W.A. e altri c. Italia*, comunicato al Governo italiano il 24 novembre 2017.

¹¹⁹ I ricorsi presentati alla Corte, nei casi citati alle due note precedenti, sono disponibili su www.hudoc.echr.coe.int, nella sezione “Communicated cases”.

¹²⁰ Per approfondimenti, si veda EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS AND COUNCIL OF EUROPE, *Handbook on European law relating to access to justice*, gennaio 2016, disponibile in formato *open access* al sito www.fra.europa.eu.

¹²¹ La Corte EDU ha per la prima volta interpretato l'art. 6 CEDU in tal senso nell'ambito del noto giudizio *Golder c. Regno Unito*, ricorso n. 4451/70, sentenza del 21 febbraio 1975. Il caso in questione riguardava un detenuto che sosteneva di non aver potuto, sulla base della legge inglese, prendere contatti con un avvocato per denunciare un agente della polizia penitenziaria. In questo

gli esiti della prassi sul diritto a un rimedio effettivo, invocare tale disposizione consentirebbe forse di evidenziare come la mancanza di pubblicità dei trattati inibisca *a monte* la possibilità di conoscere la base giuridica dei respingimenti o delle riammissioni semplificate e/o accelerate, vanificando così del tutto il diritto di poterne contestare la legittimità in sede giudiziale.

5. Conclusioni

In una società democratica che rincorre *standards* sempre più elevati di trasparenza, l'attività di governo dovrebbe essere del tutto sgombra da meccanismi che sottraggono le scelte politiche allo scrutinio dei cittadini. In questo contesto, la segretezza dei trattati internazionali, che costituiscono espressione della volontà politica dello Stato nelle relazioni con l'estero, risulta pertanto contraria ai valori fondanti dello Stato di diritto. Al contempo, laddove le decisioni assunte a livello internazionale impattino sulle posizioni dei singoli individui, la mancata diffusione dei loro contenuti può ledere irrimediabilmente anche i diritti fondamentali dei diretti interessati.

Il presente contributo ha inteso esaminare, in particolare, il caso in cui la segretezza dei trattati internazionali – indipendentemente dalla *forma* con cui sono stati conclusi – possa compromettere la tutela dei diritti previsti dalla CEDU. Dall'analisi, è emerso come una simile prassi sollevi, in potenza, serie questioni di compatibilità con gli articoli 10, 13 e 6 CEDU, rispettivamente a tutela della libertà d'espressione, del diritto all'equo processo e del diritto a un rimedio effettivo. Muovendo dall'esempio degli accordi in forma semplificata stipulati dall'Italia con finalità di controllo dell'immigrazione, si è evidenziato come, al ricorrere di determinate condizioni, sia possibile contestare dinnanzi al giudice sovranazionale i casi in cui non sia possibile di fatto accedere a documenti che, per effetti e contenuti, dovrebbero invece ricevere la massima diffusione. In quest'ottica, la tutela del sistema convenzionale, ancorché circoscritta, costituisce uno dei limitati rimedi esperibili dall'individuo per erodere progressivamente l'aura di segretezza che ancora circonda le relazioni internazionali. Non bisogna poi sottovalutare il ruolo che tali disposizioni convenzionali giocherebbero dinnanzi al giudice nazionale, posto che la

caso, la Corte EDU ha interpretato l'art. 6 par. 1 CEDU sulla base delle norme in tema di interpretazione dei trattati previste dalla Convenzione di Vienna del 1969, più volte citate. In particolare, essa ha ritenuto che «[...] il diritto di accesso [alla giustizia] costituisce un elemento inerente al diritto sancito dall'articolo 6, paragrafo 1, lettera a). Non si tratta di un'interpretazione estensiva che impone obblighi nuovi per gli Stati contraenti: si basa sui termini stessi della prima frase dell'articolo 6, paragrafo 1, letta nel suo contesto e considerando l'oggetto e lo scopo della Convenzione. oggetto e lo scopo della Convenzione, che è un trattato legislativo» (*ivi*, par. 36).

CEDU costituisce un parametro interpretativo determinante nell'ambito dei giudizi interni.

L'allargamento delle vie di contenzioso, nonché del novero delle disposizioni applicabili ai casi in questione, resta, in ogni caso, soltanto una delle vie percorribili per sciogliere il binomio inestricabile tra politica e segretezza. Spetta infatti innanzitutto alle istituzioni prendere coscienza delle responsabilità che derivano dall'inconciliabilità tra ragion di Stato e violazione dei diritti fondamentali.

LA *E-DEMOCRACY* COME STRUMENTO PER L'ATTIVAZIONE DELLA PARTECIPAZIONE DEI SOGGETTI INTERESSATI ALLA FORMAZIONE DEGLI ATTI NORMATIVI E DELLE POLITICHE EUROPEE*

ELISABETTA CATELANI**

Sommario

1. Introduzione. – 2. Dalla crisi della democrazia all'individuazione di strade per incentivare la partecipazione dei cittadini. – 3. La partecipazione dei cittadini attraverso l'incentivazione della rappresentanza d'interessi. - 4. La partecipazione dei cittadini attraverso l'implementazione di strumenti di *e-democracy* nell'attività normativa. 5. Centralizzazione del rapporto fra Stato ed UE in capo al governo: dal superamento della condivisione con Parlamento e Regioni previsto dalla legge n. 234 del 2012, all'IA come strumento per agevolare l'iniziativa parlamentare e gli input regionali. – 6. ICT e Stato: strumenti tecnologici da governare e non da subire.

Abstract

The topics analyzed in this paper concern the importance of citizen, voter, corporate and business participation in domestic and European policy formation.

Thus, new technologies can be a means of facilitating participation and at the same time transforming how the citizens approach the state.

At the same time, e-democracy can also facilitate the formation of state direction that can be used to influence European policies more in the ascendant phase of its formation.

Suggerimento di citazione

E. CATELANI, *La e-democracy come strumento per l'attivazione della partecipazione dei soggetti interessati alla formazione degli atti normativi e delle politiche europee*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2023. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Contributo realizzato nell'ambito del Progetto PRIN 2017 “Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law” (SE.CO.R.E TECH), Unità di Pisa.

** Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Pisa.

Contatto: elisabetta.catelani@unipi.it

1. Introduzione

Obiettivo di questo intervento è quello di dare un contributo al dibattito sull'evoluzione delle modalità di formazione delle fonti del diritto in uno Stato tecnologico. In particolare, le nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT) stanno determinando una trasformazione delle modalità attraverso cui i cittadini, le società, gli enti e tutte le istituzioni, a vario livello, si rapportano fra loro, modificano il proprio modo di agire, formano le proprie decisioni e possono incidere sulle scelte normative delle istituzioni democratiche.

Le nuove tecnologie si sono inserite da tempo nei rapporti Stato/cittadini con effetti talvolta rivoluzionari ed in altri casi marginali, ma in ogni caso attivando un processo di modernizzazione indiscutibile. In questo contesto evolutivo si è inserita prepotentemente la pandemia che ha determinato a sua volta un'ulteriore spinta evolutiva, da un lato con la percezione generalizzata di tale trasformazione, anche da parte di molti cittadini ancora lontani da ogni conoscenza tecnologica, dall'altro determinando la necessità delle istituzioni di riadattare i propri procedimenti di azione e di comunicazione alle necessità derivanti dall'emergenza¹. Procedimenti ed attività che in parte hanno acquisito stabilità nell'ordinamento in quanto percepiti come insostituibili.

L'azione degli organi istituzionali non sempre è stata pronta e rispondente all'evoluzione in atto, per la inevitabile lentezza di tali contesti nel dare risposte adeguate ed immediate alle trasformazioni², ma, pur nei limiti di questo processo così complesso, può essere utile soffermare l'attenzione all'uso che viene fatto e che potrebbe essere fatto delle ICT in un prossimo futuro al fine di semplificare la funzione normativa, che ancora è spesso condizionata dai vecchi metodi organizzativi e di elaborazione degli atti, ma che si sta piano piano trasformando e adattando ai nuovi strumenti tecnologici a disposizione³.

¹ La dottrina sul tema è amplissima, ma non si può non citare almeno tre libri che raccolgono studi sul tema, *Annuario 2020. Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali. Atti del XXXV Convegno annuale AIC*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021; A. IANNUZZI, G. PISTORIO (a cura di), *La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022; L. BARTOLUCCI, L. DI MAJO (a cura di), *Le prassi delle istituzioni in pandemia*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022.

² Cfr. sul tema gli *Atti del Convegno tenutosi a Firenze il 12 maggio 2022 e organizzato nell'ambito del progetto Assemblee rappresentative ed innovazione tecnologica dopo la pandemia: la "reingegnerizzazione" delle procedure parlamentari e del drafting legislativo*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022, ed in particolare per quanto riguarda il Parlamento, R. IBRIDO, *Evoluzioni tecnologiche o involuzioni costituzionali? La "reingegnerizzazione" del processo di decisione parlamentare*, mentre per quanto riguarda il Governo G. PICCIRILLI, *Lo (scarso) impiego delle nuove tecnologie da parte del Governo nella redazione degli atti normativi*.

³ Oltre agli Autori già citati alla nota precedente, cfr. C. BERGONZINI, *Il Parlamento e la Information Communications Technology (ICT)*, in *Amm. in Camm.*, 2019, 1 ss., spec. 2 ss.; A. CARDONE,

A ciò si deve aggiungere che il PNRR ha individuato, come primo degli assi strategici, proprio la digitalizzazione e l'innovazione dei processi e la prima missione di esso ha come obiettivo quello di sostenere la transizione digitale del paese ai fini della modernizzazione a tutti i livelli, sia nella pubblica amministrazione, che nel sistema produttivo. Non si potrà pertanto prescindere nei prossimi anni da tale piano, dagli obiettivi e dalla loro declinazione all'interno dei vari atti d'esecuzione, che influenzeranno anche il modo di agire dello Stato. Il PNRR costituisce, pertanto, un'ulteriore spinta ad attivare quel processo i cui tempi d'attuazione sono ora predeterminati ed estremamente rigorosi, così da apportare innovazioni significative in ogni settore dell'azione pubblica⁴.

Le ICT in ambito pubblicistico possono essere utilizzate in moltissime prospettive e modalità, dall'innovazione delle procedure parlamentari, ai processi di digitalizzazione di tutta l'attività amministrativa e del processo amministrativo⁵, per non parlare del settore sanitario⁶, del terzo settore⁷ e si potrebbe elencare ogni ambito pubblicistico.

In questa sede s'intende verificare quanto le ICT possano agevolare l'influenza dei cittadini e delle varie espressioni della società civile nell'elaborazione delle fonti normative ed in particolare di contribuire ad indirizzare il diritto europeo. Una partecipazione che ormai da tempo si cerca di valorizzare per differenziare le modalità di espressione della democrazia, ma che in questo contesto trova la sua *ratio* nella necessità di consentire la

Algoritmi e ICT nel procedimento legislativo: quale sorte per la democrazia rappresentativa?, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022.

⁴ Cfr. D.U. GALETTA, *Transizione digitale della Pubblica Amministrazione in Italia e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte dal PNRR e problemi tuttora da affrontare*, in *Federalismi.it*, 7, 2022, 103 ss., che solleva una serie di dubbi in ordine alla strada che sta percorrendo attualmente la p.a. in questo processo di digitalizzazione, temendo che si digitalizzi anche “la complicazione” e non si utilizzi “queste tecnologie innovative al fine di migliorare complessivamente la qualità delle pubbliche amministrazioni”. Più in generale, I. MACRÌ, *Il PNRR italiano per la digitalizzazione e l'innovazione della Pubblica Amministrazione*, in *Azienditalia*, 1, 2022, 38 ss.; V. BONTEMPI (a cura di), *Lo stato digitale nel piano nazionale di ripresa e resilienza*, Roma, Roma TRE-PRESS, 2022; B. MARCHETTI, *Amministrazione digitale (voce)*, in *Enciclopedia del diritto. Funzioni amministrative*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2022,

⁵ La dottrina sul tema è ormai amplissima, ma per un'ampia e documentata ricostruzione recente cfr. M. TRAPANI, *La digitalizzazione come strumento di tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. L'accesso alle informazioni ed ai servizi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022 e gli AA. ivi citati. In precedenza, fra i tanti cfr. M.L. MADDALENA, *La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo*, in *Astrid online*, 2016; F. MARTINES, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *Medialaws*, 2, 2018, 1 ss.

⁶ M. CAMPAGNA, *Linee guida per la Telemedicina: considerazioni alla luce dell'emergenza Covid-19*, in *Corti supreme e salute*, 3, 2020, 599 ss.; C. BOTRUGNO, *Un diritto per la telemedicina: analisi di un complesso normativo in formazione*, in *Politica del diritto*, 4, 2014, 639 ss.

⁷ Cfr. M. TRAPANI, *L'impatto della digitalizzazione negli enti del terzo settore*, in *I Quaderni, CESVOT*, Firenze 2022; L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, Giappichelli, Torino 2022.

formazione di tecnicità, di conoscenze su interessi concreti che provengono dai vari settori economici, utili all'adozione di decisioni statuali ma anche indirizzi più generali per il contesto europeo.

Tutto ciò si inserisce poi in un altro limite delle istituzioni italiane che tendono a "subire" le scelte politiche e la formulazione degli atti provenienti dall'Unione europea, con riguardo agli atti di *soft law* ed a quelli di *hard law*, piuttosto che essere riuscite ad indirizzarli nel loro contenuto. I regolamenti e le direttive europee hanno rappresentato, ovviamente, un vincolo per le scelte politiche interne, ma anche le semplici proposte emerse dai lavori della Commissione, le raccomandazioni, le dichiarazioni o le azioni comuni hanno sempre avuto ricadute importanti sulle scelte economico-finanziarie e politiche in genere.

Partendo quindi dalla constatazione della tendenziale incapacità d'influire da parte dell'Italia con riguardo a scelte europee che avvengono indipendentemente dagli interessi italiani, limitandosi così ad eseguire nella fase discendente le indicazioni dell'Unione europea, senza tuttavia riuscire ad influire sufficientemente (o forse pochissimo) sulla fase ascendente⁸, l'obiettivo che si cerca di perseguire è quello di verificare se le nuove tecnologie possano costituire uno strumento di supporto per lo Stato, per i cittadini e per le imprese nell'elaborazione degli atti normativi.

Occorre in altre parole cercare d'indagare come il parlamento, il governo, gli enti locali ed in primo luogo le regioni possano collaborare alla formazione degli atti normativi, non sempre con atti di co-legislazione formale, ma di partecipazione all'ideazione, alla formazione ed alla formulazione di essi.

A tal fine può essere utile soffermarsi su almeno tre profili d'indagine.

Innanzitutto, dopo un veloce richiamo sull'evoluzione e trasformazione della nostra democrazia rappresentativa, verificare se il dibattito e le modalità attraverso cui opera la c.d. *e-democracy* possano incidere in modo significativo sulla partecipazione dei cittadini all'indirizzo politico, nonché sulla formazione degli atti normativi. Una partecipazione attiva che può essere utile per consentire ai cittadini ed imprese di contribuire con le proprie conoscenze sulla politica interna, sia sulle decisioni che verranno adottate dall'UE con il tramite degli organi preposti.

In secondo luogo, dinanzi ad una centralizzazione del rapporto fra Stato ed UE in capo al governo, occorre verificare se e come lo Stato possa meglio regolare le modalità di disciplina della partecipazione tramite le ICT. In particolare, dinanzi ai limitati effetti derivanti dalle modalità di condivisione del-

⁸ Tutto ciò costituisce un limite, sia sul nostro assetto normativo condizionato a adeguarsi a scelte elaborate da altri, ma, più che altro, un danno per l'economia, per le aziende, per le esportazioni e più in generale per il commercio che subiscono le conseguenze senza riuscire ad attivarsi o essere indotte ad attivarsi per prevenire e più che altro co-determinare la relativa normativa di settore.

le politiche europee con Parlamento e Regioni, così come disciplinate nella legge n. 234 del 2012⁹, occorre porsi il problema dell'individuazione di modalità alternative di co-decisione.

Ed infine e riassuntivamente cercare di capire le caratteristiche che nel nostro paese stanno assumendo gli istituti della democrazia rappresentativa e partecipativa con l'ampliarsi dell'uso dell'Intelligenza Artificiale (IA) ed in particolare delle ICT¹⁰. Una ricostruzione quindi che si occupa sicuramente del modo in cui operano le nuove tecnologie, ma avendo come base di partenza e di arrivo l'assetto democratico dello Stato. Si possono infatti considerare tali strumenti non come un limite alla democrazia, ma anzi mezzi di valorizzazione della volontà popolare.

2. Dalla crisi della democrazia all'individuazione di strade per incentivare la partecipazione dei cittadini

L'utilità dell'uso delle nuove tecnologie nel sistema costituzionale è un dato ormai recepito sotto molti punti di vista, in particolare con riguardo agli effetti connessi alla rappresentanza politica, ancor più dinanzi a quel declino d'interesse alla cosa pubblica da parte del corpo elettorale che pare inarrestabile. La crisi della democrazia e l'incapacità dei partiti politici a farsi effettivamente portatori degli interessi e della sensibilità dei cittadini è un fenomeno riscontrato negli Stati Uniti intorno agli anni Ottanta del secolo scorso e piano piano esteso a molti paesi europei¹¹ e che vede l'Italia parimenti indirizzata verso un disinteresse verso gli istituti della democrazia, che si sta trasformando in una sempre più ampia astensione in ogni tornata elettorale.

La constatazione della disaffezione dei cittadini verso la politica e la difficoltà di molte democrazie occidentali di far comprendere l'importanza della partecipazione non può determinare una mera accettazione della situazione

⁹ La legge 234 del 2012 rispondeva a sfide che in parte sono cambiate e, come è stato detto V. GRASSI, *La dimensione regionale nel processo di integrazione europea*, in A. CIAFFI, C. Odone (a cura di), *Papers del Programma di formazione in materia europea – 2018*, Cinsedo, Roma 2019, 13-14 “La genesi della legge stessa rappresenta un momento di forte razionalizzazione del modo in cui l'Italia ha partecipato ai processi di formazione del diritto europeo. A partire da quel momento, in ambito nazionale e sub-statale si sono susseguiti eventi che in qualche modo hanno modificato il quadro di fondo”.

¹⁰ Sul tema della regolazione dell'IA C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, 3/2021. Più in generale sui rischi, ma anche i benefici che provengono dall'IA da un punto di vista teorico non si può non rinviare a L. FLORIDI, *AI as Agency Without Intelligence: on ChatGPT, Large Language Models, and Other Generative Models*, in *Philos. Technol.* 36, 15 (2023)

¹¹ In realtà secondo W. LIPPMANN, *Il grande vuoto*, ed. Comunità, 2019, la crisi dei fondamenti della democrazia si cominciano a vedere ben prima. Segnali d'allarme erano stati messi in evidenza con i due conflitti mondiali, ma non poi superati completamente, cosicché i concetti cardine di popolo, libertà e sovranità avevano continuato a svuotarsi di significato nel corso degli anni successivi.

esistente, senza cercare d'individuare le cause e trovare le soluzioni per mitigare tale disinteresse¹², proprio tenendo conto degli effetti che ne derivano sulle modalità di fare politica da parte dei rappresentanti. I tanti studi sull'argomento¹³ hanno posto in evidenza come la crisi della democrazia dipenda da una pluralità di fattori concomitanti, da crisi economiche e dalla conseguente austerità che può accentuare le diseguaglianze sociali, dall'incapacità dei governi di realizzare politiche efficienti che rispondano ai problemi ed alle necessità dei propri rappresentanti, dalla nascita del populismo che utilizza le frustrazioni e le paure della popolazione. Dinanzi a tali eventi o trasformazioni sociali i partiti non vengono percepiti come istituzioni adeguate a trasformare i *desiderata* dei cittadini in azioni concrete idonee ai contesti politici del momento.

In realtà, i partiti ed i movimenti politici cercano di trovare soluzioni per valorizzare la volontà popolare, che si può esprimere non solo nel corso delle elezioni, ma con l'incremento dell'uso di istituti di democrazia diretta. Tanto che referendum abrogativi, consultivi o anche propositivi sono stati ampiamente utilizzati proprio per accentuare la sensibilizzazione dei cittadini, ma anche questa strada non ha sempre suscitato grande attrattiva in Italia e non ha avuto quell'effetto sperato che può consentire un'evoluzione della partecipazione dei cittadini alla cosa pubblica¹⁴.

¹² Altro tema connesso, ma in parte eccentrico agli obiettivi che ci siamo posti è quello dell'e-voting attraverso le nuove tecnologie, su cui in particolare M. LADU, *Contrastare l'astensionismo e favorire la partecipazione: il voto elettronico basato sulle tecnologie Blockchain e Distributed Ledger*, in *MediaLaws*, 1/2023, 150 ss.

¹³ In generale sulla crisi della democrazia, J. HABERMAS, *The crisis of the European Union: a response*, Polity Press, Cambridge, 2012; P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia: la politica nell'era della sfiducia*, Castelvecchi, Roma, 2012; C. OFFE, *Democracy in crisis: two and a half theories about the operation of democratic capitalism*, in *OpenDemocracy*, 9.7.2012; A. MASTROPAOLO, *La democrazia è una causa persa?*, Bollati-Boringhieri, 2011; C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Laterza, Bari-Roma, 2003, parla di «democrazia dell'audience» B. MANIN, *The Principles of Representative Government*, Cambridge University Press, 1997, ma si potrebbe proseguire molto nelle varie definizioni che sono state date in dottrina. Negli scritti più recenti poi si pone in luce gli effetti che derivano dal populismo e dalle problematiche economiche. Fra i molti si può rinviare a M. SALVATI, *La democrazia è in crisi: c'è qualcosa di nuovo?*, in *Rivista il Mulino*, fasc. 6/2016, 967 ss. e N. URBINATI, *Che cosa intendiamo quando parliamo di crisi della democrazia*, in *Rivista il Mulino*, fasc. 6/2016, 982 ss., Y. MOUNK, *The People vs. Democracy: Why Our Freedom Is in Danger and How to Save It*, Harvard University Press, 2018; N. FRASER, *The Old Is Dying and the New Cannot Be Born: From Progressive Neoliberalism to Trump and Beyond*, trad. it. *Il vecchio muore e il nuovo non può nascere*, Ombre corte, Verona, 2019.

¹⁴ Anche su questo aspetto varie sono le motivazioni che sono state individuate sul disinteresse dei cittadini verso gli istituti di democrazia diretta. Per quanto riguarda l'Italia uno dei motivi è stato individuato nell'eccesso di referendum nel periodo successivo agli anni '70 con il proliferare dei referendum abrogativi dei radicali, si è fatto poi riferimento alla difficoltà dei cittadini di comprendere da un punto di vista tecnico gli effetti di un determinato quesito (sia per la tipologia di formulazione che per la complessità intrinseca della materia), nonché alla constatazione che nonostante l'abrogazione di una legge, la politica abbia poi aggirato e comunque reintrodotta una disciplina sostanzialmente analoga a quella abrogata. Sul punto cfr. fra gli altri A. MORRONE, *La Repubblica*

L'accentuazione della partecipazione dei cittadini ha un obiettivo che non può e non deve essere limitato al contesto dei rapporti fra rappresentanti e rappresentati secondo il modello classico che ha operato nel secolo scorso, in quanto la presenza e l'evoluzione continua delle tecnologie digitali e dei social media incidono, a loro volta, sul contesto politico, sul modo in cui i rappresentanti raggiungono i propri rappresentati e sull'individuazione di quali siano i loro orientamenti e propensioni¹⁵. I cittadini elettori possono usare una pluralità di strumenti per acquisire informazioni anche di carattere politico, le piattaforme digitali a loro volta facilitano la partecipazione e l'accesso alle informazioni, ma si pongono poi problemi ulteriori derivanti dalla disinformazione e dalla manipolazione che inficiano la conoscenza e la stessa attività politica. Dall'altro sussiste la necessità che i rappresentanti non si facciano soltanto portatori dei "sentimenti" che provengono dai social o dai sondaggi delle società private che gestiscono le indagini demoscopiche, ma appunto da informazioni dirette che le stesse istituzioni potrebbero attivare per quell'interesse pubblico che è a fondamento di tutta l'attività normativa di tali soggetti.

Questa premessa, che potrebbe apparire eccentrica rispetto ad un'analisi delle fonti e della capacità di incidere nella fase ascendente di formazione delle politiche europee, ci porta invece ad individuare le strade per consentire ai cittadini di attivarsi con forme diverse di partecipazione, che non si limitino a quelle classiche prima richiamate, ma consentano una valorizzazione degli interessi particolari là dove possono coincidere con quelli pubblici, specialmente quando si ha riguardo al contesto europeo ed alla formazione della relativa normativa che spesso viene percepita dai cittadini italiani come imposta o comunque subita, senza un interesse interno meritevole di un impegno significativo al fine di partecipare alla codeterminazione degli atti definitivi¹⁶.

dei referendum. Una storia costituzionale e politica (1946-2022), il Mulino, Bologna 2022; S. CECANTI, *Il referendum propositivo in Italia. Più problema che risorsa in un sistema già in crisi*, in *Studi senesi*, Fasc. 3, 2019, 497ss.; M. LUCIANI, *Commentario della Costituzione. Art. 75. La formazione delle leggi- Tomo I, 2, Referendum abrogativo*, Zanichelli, Bologna 2005.

¹⁵ Non a caso si parla di Internet come "lubrificante della democrazia tradizionale", nel senso che proprio i social media possono costituire uno strumento per rallentare la sfiducia dei cittadini nella politica specialmente in occasione delle campagne elettorali. Così F. COLOMBO, *Web 2.0 e democrazia: un rapporto problematico*, in P. AROLDI (a cura di), *La piazza, la rete e il voto*, Fondazione Apostolicam Actuositatem, Roma, 2014, 30 ss. Sul tema, più ampiamente M. MONTI, *Il populismo digitale e le sfide al sistema mediale*, in G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, M. MONTI, F. PACINI, *Populismo e Costituzione. Una prospettiva giuridica*, Mondadori, Milano 2022, 103; G. GIACOMINI, *Potere digitale. Come internet sta cambiando la sfera pubblica e la democrazia*, Meltemi, Milano 2018.

¹⁶ Senza poter affrontare tale problematica di così ampio respiro ampiamente studiata sia dai filosofi giuridici sia da tutti gli studiosi delle fonti del diritto, occorre tuttavia quantomeno segnalare che tale percezione da parte dei cittadini delle norme europee costituisce un limite non marginale in quanto opposto ai principi generali della stessa nascita dell'ordinamento giuridico, che invece ha come caratteristica primaria proprio il convincimento della necessità, dell'utilità, dell'indefettibilità

Le nuove tecnologie, invece, possono costituire uno strumento aggiuntivo ed essenziale per questa sinergia fra interessi particolari ed interessi della collettività al fine della formulazione di atti normativi interni ed europei.

3. La partecipazione dei cittadini attraverso l'incentivazione della rappresentanza d'interessi

La critica che viene mossa all'Italia, come si è detto, è di una scarsa capacità d'influire sull'indirizzo politico dell'Unione Europea, in modo particolare nella fase di ideazione e formulazione degli atti normativi, così da dover subire gli effetti delle decisioni, delle direttive e dei regolamenti europei. Tale constatazione presenta un carattere di forte generalizzazione e non risponde sempre alla realtà dei fatti, se si pensa a come, con riguardo a talune proposte di regolamento, quale quella sull'IA, l'Italia si è attivata sul tema con la pubblicazione del *Libro bianco sull'intelligenza artificiale al servizio del cittadino* elaborato dall'Agenzia per l'Italia digitale, che ha poi portato all'adozione del Programma strategico intelligenza artificiale 2022-2024, con la successiva presentazione della proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio¹⁷. Esempio che ancor più rafforza il convincimento in ordine alla capacità intrinseca delle nostre istituzioni di riuscire ad influire su obiettivi importanti se vi è un'attività preventiva, tecnica, ma anche diplomatica che consenta di attirare la condivisione degli altri Stati. Il rischio, tuttavia, è che questa capacità d'intervento preventivo sulla formazione delle norme europee sia un'eccezione, fondata su circostanze particolari della materia, nonché sull'inesistenza di interessi economici contrapposti e non fondata quindi su presupposti organizzativi stabili e predeterminati che permettano un'attività d'indirizzo assistita da strumenti giuridici adeguati.

Molte sono le motivazioni che nel corso del tempo sono state date a questa scarsa possibilità di determinare le politiche europee, dovuta, in una prima fase, alla scarsa influenza all'interno della Commissione europea degli stessi funzionari e tecnici che operano in quel contesto, ma più che altro a ragioni connesse alle caratteristiche della nostra forma di governo, all'instabilità governativa e quindi alla difficoltà di un Presidente del consiglio, che rimane in carica per un anno o poco più, di acquisire quella credibilità con gli altri partner europei e di essere in grado di inserirsi in assetti politici e personali

per la sopravvivenza stessa dello Stato. Cfr. fra i tanti L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, il Mulino, Bologna, 1996; A. MORRONE, *Fonti normative*, il Mulino, Bologna, 2018; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2020; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, IV ed., Wolters Kluwer - Cedam, Milano, 2023; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2023.

¹⁷ La proposta di Regolamento è stata presentata il 21.4.21, poi oggetto di un accordo politico provvisorio dell'aprile 2023 ed approvato poi nelle linee generali dal Parlamento nel giugno 2023.

stabili. Alla difficoltà di costruire alleanze con altri Stati membri, si aggiunge poi la scarsa capacità di svolgere una strategia di *lobbying* efficace da parte di cittadini, società ed imprese italiane che non sono adeguatamente abituate e preparate a percepire il rilievo che una loro attivazione potrebbe determinare sul processo normativo, a differenza di quanto avviene, invece, in altri Stati¹⁸.

L'assenza di una legge sulla rappresentanza d'interessi in Italia, anche se ipotizzata e ricercata da anni, senza che si sia giunti a nessuna formulazione definitiva¹⁹, ha spesso indotto a considerare l'attività di *lobbying* in senso negativo e fonte di illiceità, piuttosto che come uno strumento di crescita per le istituzioni. Una regolamentazione della materia potrebbe invece avere riflessi positivi sia sui problemi, prima accennati, connessi alla valorizzazione della rappresentanza, sia sui rapporti con l'UE.

In Italia, accanto agli obiettivi classici di una legge sull'attività di *lobbying*, rappresentati dalle finalità di trasparenza dei processi decisionali da parte dei soggetti politici e di conoscibilità dell'attività dei soggetti che li influenzano²⁰, vi è anche la necessità di abituare tutti i cittadini ed in particolare i soggetti, che in qualche modo possono essere interessati da un punto di vista economico, politico e sociale, a voler incidere sulle decisioni, di fornire le conoscenze tecniche di settore utili per le decisioni dei pubblici poteri, di garantire così una più ampia base informativa sulla quale fondare scelte consapevoli. In definitiva, una normativa in tal senso non solo potrebbe garantire maggiore trasparenza ed efficienza nelle decisioni interne, ma potrebbe anche indurre i portatori d'interessi a farsi parti attive con le istituzioni statali e regionali,

¹⁸ Cfr. le analisi dettagliate svolte in particolare sulla legislazione della Germania, Francia, Olanda, Austria, Irlanda, Polonia, Lituania, Slovenia, Ungheria, Romania, Macedonia, Montenegro e Gran Bretagna, analizzate in particolare da P.L. PETRILLO, *Teorie e tecniche del lobbying. Regole, casi, procedure*, il Mulino, Bologna, 2019 132 e ss. e S. SASSI, *La regolamentazione del lobbying negli Stati dell'UE, tra assonanze e divergenze*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 3, 2022, 550 ss.

¹⁹ Sul tema cfr. P.L. PETRILLO, *Democrazie sotto pressione: parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato*, Giuffrè, Milano, 2011; Id., *Teorie e tecniche del lobbying*, cit.; R. DI MARIA, A. DORIA, *Il fenomeno del lobbismo negli Stati Uniti d'America: brevi considerazioni sugli strumenti di influenza delle lobbies e sulla evoluzione della relativa regolamentazione legislativa, fino alla sentenza "Citizen United v. FEC"*, in *Forum di Quad. cost.*, 2013; E. CARLONI, M. MAZZONI, *Il cantiere delle lobby. Processi decisionali, consenso e regole*, Carocci ed., Roma, 2020; S. SASSI, *La regolamentazione del lobbying negli Stati dell'UE*, cit. 547 e ss.

²⁰ Come scritto nella risoluzione EUROLAT "La regolamentazione delle attività di *lobbying* nell'UE e nei paesi ALC" del 13 dicembre 2019 (punto n. 6), le norme in materia di lobbies devono riguardare "una chiara concettualizzazione dei gruppi di interesse e delle loro attività; le condizioni per la rappresentanza degli interessi particolari; la divulgazione dei principali aspetti dei gruppi di interesse e delle loro attività, come i loro obiettivi, i beneficiari e le fonti di finanziamento; i principi di comportamento etico; la registrazione dei gruppi di interesse e la trasparenza dei loro incontri con le autorità pubbliche; una chiara descrizione normativa delle sanzioni contro i gruppi di interesse e i funzionari pubblici che violano le norme vigenti".

affinché possano farsi da tramite con le istituzioni europee. In tal modo le competenze tecniche interne, le eccellenze che vi sono nel contesto produttivo italiano potrebbero contribuire ad indirizzare le normative, anche europee, verso obiettivi che rispondano alle necessità e alle caratteristiche dei singoli settori economici, ma che, in particolare, costituiscano uno strumento di valorizzazione dell'economia e della società italiana.

A livello di Unione europea la materia della rappresentanza d'interessi è regolata da tempo ed in modo dettagliato a partire dall'art. 11 del TUE²¹, che configura la legittimazione proprio come strumento utile per le istituzioni nella formazione del processo decisionale, al fine di garantire che le politiche dell'UE rispecchino le reali esigenze dei cittadini. Il comma 3 del medesimo art. 11 pone poi l'accento sull'attività di consultazione delle parti interessate da parte della Commissione europea, "al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione. L'organo a cui viene affidato il compito di elaborare i testi normativi deve anche stimolare, pertanto, le parti interessate prima di intervenire su un settore che presenta caratteri innovativi, ma parimenti spetta poi a tutti gli altri organi dell'UE "promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile", attraverso la trasparenza ed un continuo e costante dialogo con i cittadini e le associazioni (art. 15 TFUE)²². Da qui l'approvazione nel 2011 di un *Accordo interistituzionale tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione europea su un registro per la trasparenza obbligatorio* (poi aggiornato nel 2014 e nel 2021), che regola le modalità di partecipazione dei gruppi di pressione ai processi di produzione normativa con l'attivazione di un Registro per la trasparenza nel quale risultano gli interessi rappresentati, le risorse finanziarie e umane dedicate a tali attività²³.

²¹ "Le istituzioni danno ai cittadini e alle associazioni rappresentative, attraverso gli opportuni canali, la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione.

Le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile."

²² Già nel Libro Verde "Iniziativa europea per la trasparenza" del 3 maggio 2006 la Commissione delle Comunità europee aveva definito i concetti di lobby e lobbismo, definendole "tutte le attività svolte al fine di influenzare l'elaborazione delle politiche e il processo decisionale delle istituzioni europee. I lobbisti sono le persone che svolgono tali attività e che lavorano presso organizzazioni diverse, come ad esempio le società di consulenza in materia di affari pubblici, gli studi legali, le ONG, i centri di studi, le lobby aziendali (rappresentanti "interni") o le associazioni di categoria". Quindi si trattava fin da allora di una definizione non negativa del lobbismo, ma di una modalità attraverso cui le istituzioni possono comprendere meglio gli interessi di gruppi di cittadini e di cittadini organizzati, delle società, delle aziende che operano nel mercato comune. D'altra parte, da sempre, l'Unione europea ha posto al centro della propria disciplina normativa la tutela degli interessi economici piuttosto che gli interessi e i diritti del singolo cittadino europeo.

²³ In realtà una prima forma di elenco dei lobbisti era attivo nel Parlamento europeo già dal 1996, in quanto l'art. 9 c. 4 del regolamento interno stabiliva che i frequentatori abituali del Parlamento,

Difficile comprendere la capacità dei rappresentanti di società, enti, aziende o altri soggetti di influire sull'attività normativa dell'UE, perché se circolano numeri sulle società iscritte nel registro anche con riguardo alla provenienza geografica²⁴, non risultano all'esterno²⁵ i dati dell'impegno finanziario da parte dei singoli portatori d'interessi. Dato questo non marginale che, più di altri, potrebbe consentire di valutare la capacità d'influenza sugli organi europei²⁶.

Certamente la consapevolezza dell'importanza che la legislazione europea ha sull'ordinamento interno dovrebbe costituire uno stimolo per i portatori d'interessi italiani di farsi parte attiva su questo processo decisionale. Consapevolezza ancora assai ridotta visto il ritardo con cui le società e le imprese italiane si fanno parte attiva di una collaborazione trasparente con le istituzioni, ma altrettanto si può dire da parte degli organi politici di incentivare e comunque mettersi in ascolto dell'apporto tecnico proveniente dal basso. Ovviamente si tratta di un apporto "interessato", che ha alla base effetti eco-

che desideravano fornire informazioni ai deputati, nel quadro del loro mandato parlamentare nell'interesse proprio o di terzi, avevano diritto ad ottenere un lasciapassare per un periodo minimo di tre mesi e massimo di un anno. Anche allora era prevista l'iscrizione in un registro pubblico in cui venivano riportati tutti i dati rilevanti ai fini della trasparenza dell'attività svolta (dati relativi alla società, organizzazione di appartenenza o dati anagrafici del singolo, tipologia del rapporto con il rappresentante, interessi particolari sostenuti).

²⁴ Dai dati pubblicati nell'ultima Relazione annuale sul funzionamento del registro per la trasparenza 2021 <https://www.europarl.europa.eu/at-your-service/files/transparency-and-ethics/lobby-groups/it-annual-report-on-the-operations-of-the-transparency-register-2021.pdf>, presentata dal consiglio di amministrazione del registro per la trasparenza al Parlamento europeo, al Consiglio dell'Unione europea e alla Commissione europea dati, risulta che l'Italia sia al sesto posto come numero di registrazioni provenienti dal nostro paese con solo il 6% con la Germania che ha più del doppio di soggetti registrati sulla percentuale totale con il 13%. Dati questi già da soli significativi della marginalità dell'attivazione di società italiane, ma non risulta l'impegno finanziario che ciascuna di esse impiega per tale attività e che potrebbe ulteriormente incidere sulla valutazione della capacità di tali rappresentanti d'interessi possono avere di influire sulla formulazione degli atti normativi. Una ricostruzione preoccupata della capacità dell'Italia di influire effettivamente si può leggere in G.G. TROISO, *Lobbying: comparazione fra usa, UE e Italia. Numeri e legislazione*, in *Riskcompliance.it*, 25 settembre 2020.

²⁵ Si tratta di un dato che deve essere fornito dai soggetti che si iscrivono al registro, ma di non facile acquisizione all'esterno, anche se le risorse economiche utilizzate dai portatori d'interessi possono variare notevolmente, sia da un punto di vista quantitativo che qualitativo. Alcuni possono disporre di risorse finanziarie significative per sostenere le loro attività di *lobbying*, mentre altri possono dipendere da risorse più limitate. Le risorse possono provenire da contributi aziendali, donazioni, membri o altre fonti di finanziamento ed anche la provenienza di tali risorse può consentire di comprendere le logiche ed il retroterra socio-economico dell'attività d'influenza.

²⁶ Va anche sottolineato che le forze economiche non rappresentano l'unico fattore che influenza il processo decisionale dell'UE. Le istituzioni europee cercano di garantire che il processo decisionale sia basato sul merito, sull'analisi tecnica e sulle evidenze scientifiche, al fine di tutelare l'interesse pubblico ed evitare influenze indebite.

nomico/sociali rilevanti, ma che possono costituire una chiave di lettura utile per l'interesse pubblico italiano²⁷.

Occorre quindi partire dal contesto statale e regionale²⁸, affinché si crei una tale sensibilizzazione, da un lato attraverso l'approvazione anche in Italia di una legge sulla rappresentanza d'interessi²⁹ che incanali la partecipazione con regole e prassi predeterminate, che permetta di formare una prassi consapevole e positiva di partecipazione e dall'altro poi l'attivazione di piattaforme che consentano ai portatori d'interessi ed a tutti i cittadini di percepire la rilevanza economico-politico-sociale di una loro partecipazione nella formazione degli atti normativi³⁰.

Quindi affinché le istituzioni italiane si facciano parte attiva per una elaborazione adeguata di proposte a livello europeo, è necessario che i portatori d'interessi specifici, ossia appunto i cittadini e le imprese, siano i primi artefici di tale attività propulsiva, sia per la sensibilità e la competenza specifica che possono avere, sia per agevolare il recupero di un maggior collegamento fra le istituzioni, i partiti e la società civile, ridottosi piano piano negli ultimi decenni.

Le nuove tecnologie ed in particolare le ICT possono quindi ora costituire un mezzo per ampliare e semplificare tale partecipazione come espressione di un processo democratico in evoluzione.

²⁷ L'interesse pubblico può anche coincidere e comunque non discostarsi particolarmente con l'interesse economico di alcuni. In ogni caso, è sempre necessario che tutto sia trasparente e controllabile dall'esterno.

²⁸ Alcune regioni si sono attivate già per disciplinare la rappresentanza d'interessi, vedi ad esempio la legge regionale Toscana n. 5 del 2002, ma con effetti di sensibilizzazione ancora limitati da parte dei privati e delle imprese.

²⁹ Ciò non significa che non esistano regole nel nostro ordinamento sulla rappresentanza d'interessi in alcuni ambiti, ma, come precisato bene da P.L. PETRILLO, *Lobbying e decisione pubblica. Profili costituzionali comparati*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 3/2018, 199 ss, il sistema italiano attualmente potrebbe essere definito come un modello di "regolamentazione strisciante ad andamento schizofrenico".

³⁰ Si potrebbe ovviamente controbattere che all'interno dei Ministeri esistono competenze, strutture dedicate, commissioni di tecnici attraverso cui queste informazioni ed obiettivi possono essere raccolti e trasformati in atti normativi concreti. Sicuramente anche questo viene fatto, ma anche all'interno delle Amministrazioni non è facile comprendere, in assenza di una legge sulla rappresentanza d'interessi, quando progetti normativi provengano da interessi particolari o generali, siano indirizzati da logiche non trasparenti ovvero siano espressione degli studi tecnici interni. Accanto alla competenza ministeriale che è essenziale, imprescindibile, ma anche affiancabile da imprese e quindi esperienze esterne, occorre tuttavia che si formi parimenti una informazione adeguata in Parlamento e nei Consigli regionali così da ampliare le sedi di condivisione dell'indirizzo politico nazionale ed europeo.

4. La partecipazione dei cittadini attraverso l'implementazione di strumenti di *e-democracy* nell'attività normativa

L'uso che può essere fatto delle ICT da parte delle istituzioni nei loro rapporti con i propri rappresentati viene semplificato con l'espressione *e-democracy*, che, pur nella sua ambiguità terminologica intrinseca per la pluralità di implicazioni ad esso connesse, può essere comunque utile al fine di valorizzare una più ampia partecipazione dei cittadini interessati, nonché l'introduzione di strumenti per acquisire maggiore conoscenza da parte delle istituzioni. In altre parole, la nozione di democrazia digitale deve essere limitata, ai nostri fini, alle sole forme di deliberazione e partecipazione tramite le ICT.

In questo caso, in particolare, l'impiego che si ipotizza è quello della discussione politica digitalizzata, nonché l'individuazione di modalità d'interazione dei singoli cittadini o gruppi organizzati, imprese e associazioni di categoria con le istituzioni, tenendo conto anche di un'altra, ma in parte diversa forma di *e-democracy*, rappresentata dall'interazione fra rappresentanti e rappresentati. Occorre, cioè, fare riferimento alle modalità attraverso cui l'intervento esterno con ICT possa o meno incidere sulla formazione delle politiche pubbliche e sulla normazione interna e sovranazionale.

Il sistema di *crowdsourcing*, in particolare, potrebbe agevolare la partecipazione dei cittadini, società e imprese alla formazione dell'indirizzo politico nazionale nel momento in cui l'Italia, in fase ascendente, si deve attivare per determinare le politiche europee. In genere, quando si affronta il tema del *crowdsourcing*³¹ si pongono per lo più dubbi in ordine alla sua effettività a causa delle implicazioni connesse al *digital divide*, che non consente ai cittadini in vario modo interessati di poter intervenire in modo produttivo al tema. Così come ci si domanda fino a che punto tale tecnica possa sostituire il procedimento legislativo, mettendo in crisi la stessa forma di governo.

In questo caso i timori predetti non sono pienamente pertinenti, in quanto l'obiettivo che si deve perseguire attraverso il *crowdsourcing* è rappresentato solo dalla valorizzazione della partecipazione dei cittadini, dalla necessità di comprendere quali siano gli interessi individuali e collettivi su temi di futura e possibile regolamentazione europea³². Il *crowdsourcing* deve pertanto essere sollecitato dalle istituzioni affinché tutti i soggetti, che hanno competenze e che possono avere interessi meritevoli di tutela, apportino nuovi dati, nuove

³¹ Cfr. sul tema E. STRADELLA, *AI, tecnologie innovative e produzione normativa: potenzialità e rischi*, in *DPCE*, 3/2020, 3345 ss.

³² Interessante su questo tema è l'esperienza islandese nella quale si ebbe un ampio uso dei social networks durante il processo costituente (con anche problemi), su cui si vedano vari contributi in TH. ÁRNASON, C. DUPRE (eds.), *Icelandic Constitutional Reform: People, Processes, Politics*, Routledge 2020.

soluzioni, nuove conoscenze tecniche, consentendo loro anche di poter influire sulle scelte politiche. Il fine principale che si deve perseguire non è certo rappresentato dall'interesse particolare di colui che interviene, dal quale tuttavia non si potrà prescindere, ma l'interesse pubblico alla formazione di una normativa adeguata, che non danneggi i diritti dei cittadini, che non danneggi l'economia italiana, così da cercare di raggiungere una sintesi fra interessi generali e particolari insieme.

Ciò impone ovviamente un'organizzazione adeguata al fine di agevolare il *crowdsourcing* nei singoli settori d'intervento³³, ma, ai nostri fini, potrebbe consentire alle istituzioni di servirsi di una pluralità di competenze specifiche. Organizzazione adeguata che implica un approccio interdisciplinare all'interno degli stessi uffici governativi, competenze informatiche, umanistiche legate agli aspetti sociali e motivazionali, legali sul tema della *privacy*, della sicurezza e del trattamento dei dati, economiche relative ai meccanismi d'incentivazione ed ai modelli di *business* e fruizione delle opportunità offerte dal sistema.

Un *crowdsourcing* preventivo potrebbe così mitigare quel limite, di cui si diceva, della tendenziale accettazione della normativa europea da parte dell'Italia, senza una partecipazione attiva nella sua formazione. Si agevolerebbe, in altre parole, sia il conseguimento di maggiori informazioni tecniche da parte degli organi politici, ma anche una maggiore acquisizione di coscienza della possibilità del singolo, o meglio delle società ed aziende, di poter contribuire alla formazione delle norme anche europee. Occorre superare quella sensazione di inutilità della partecipazione attiva da parte delle piccole e medie imprese (PMI), che costituiscono l'asse portante e prevalente dell'economia italiana, al cui interno non vi possono essere strutture e soggetti adeguati per svolgere tali attività d'influenza. Imprese che non intendono disperdere le proprie energie su attività istituzionali che possono apparire non rispondenti ad obiettivi utili immediati.

³³ Il rischio che è sotteso all'uso degli strumenti digitali nella raccolta delle informazioni da parte dei cittadini, se non ben organizzati e governati, può nascere dalla stessa rete e dall'interferenza sulle indagini svolte da parte di *hacker* o comunque di soggetti che intendono alterare il dibattito democratico, al fine di determinare un effetto distorsivo della volontà dei cittadini. In altre parole, le piattaforme digitali o comunque i servizi di internet che vengono utilizzati per tali indagini, viaggiando in rete, rischiano di essere condizionate da informazioni che non corrispondono alla verità. Cfr. quanto già analizzato in E. CATELANI, *Fake news e democrazia: verso una democrazia tecnologica?*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, Collana di *Consultaonline.org*, 2020, vol I, 189 ss.; G. PIRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI, *Parole e potere: libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, Egea, 2017; M. FERRARIS, *Postverità e altri enigmi*, Il Mulino, Bologna, 2017, 26 ss.; M. ADINOLFI, *Hanno tutti ragione? Post-verità, fake news, big data e democrazia*, Salerno Editrice, Roma, 2019.

Le grandi società hanno ovviamente capitali e strutture che consentono loro di svolgere attività di *lobbying*, di contribuire in forme più o meno trasparenti alla formazione degli atti normativi quantomeno interni e, organizzandosi con altre realtà imprenditoriali, anche a livello europeo. Non altrettanto avviene in genere per le PMI che hanno come referenti le sole associazioni di categoria, che, al loro interno, dovrebbero avere competenze adeguate per svolgere tali attività di rappresentanza, di *lobbying* e di *advocacy*³⁴ che, a loro volta, richiedono competenze tecniche e corretta percezione degli interessi particolari dei propri rappresentati³⁵.

L'incentivazione di strumenti di partecipazione dei singoli potrebbe quindi costituire uno strumento per far comprendere le opportunità d'influenza sulle politiche interne, ma, in misura ancor più incisiva, sulle politiche europee, che non sempre vengono percepite come rispondenti ed in linea con gli interessi dell'economia italiana³⁶.

5. Centralizzazione del rapporto fra Stato ed UE in capo al governo: dal superamento della condivisione con Parlamento e Regioni previsto dalla legge n. 234 del 2012, all'IA come strumento per agevolare l'iniziativa parlamentare e gli input regionali

Il problema dell'Italia non è sicuramente quello di non indagare sufficientemente sugli aspetti che non funzionano nell'ambito dell'azione delle istituzioni o della pubblica amministrazione e neppure quello di non intervenire normativamente sulle varie materie. Anzi, l'eccesso di normazione può essere considerato un limite del nostro sistema, con effetti negativi sulla comprensione della normativa da applicare e, più in generale, sull'economia. Viceversa, al di là delle affermazioni di principi, di obiettivi, di finalità generali, che si trasformano in leggi, la loro realizzazione è spesso parziale e lenta a sostanzarsi in procedimenti innovativi.

³⁴ Si tratta di due termini spesso usati come sinonimi, ma più correttamente con attività di "lobbying" si intende quell'attività di influenza verso chi esercita il potere in un ambito o in un settore; mentre l'"advocacy" è l'esercizio di una simile influenza, quando associata a bisogni di natura sociale e alla mobilitazione dell'opinione pubblica.

³⁵ Un capitolo a parte dovrebbe essere aperto sulla marginalità dell'attività svolta dalle varie associazioni di categoria di carattere imprenditoriale (commercio, agricoltura, artigianato, industria ecc.), alcune delle quali che hanno una struttura organizzativa fondata su principi di alternanza e democratici, molte altre che invece presentano una staticità nelle posizioni di vertice che danno il segno dell'inadeguatezza sull'evoluzione dei tempi.

³⁶ Qui si aprirebbe un altro e complesso tema che in questo contesto non è possibile affrontare, ma il riconoscimento delle opportunità che provengono da una visione diversa della *governance* pubblica attraverso la *e-governance*, appunto, dovrebbe essere essenziale anche per la formazione delle politiche europee.

Si è visto in passato l'ampia teorizzazione e successiva formulazione di atti normativi statali e regionali in tema di partecipazione popolare, ma che non ha portato ad un'effettiva trasformazione degli istituti democratici, rimando come obiettivo teorico da realizzare e non trasformandosi in soluzioni innovative ed effettivamente partecipative dei cittadini³⁷.

In qualche misura anche molti degli obiettivi contenuti nella legge n. 234 del 2012 sono rimasti inattuati. Non certamente con riguardo ad uno degli obiettivi primari rappresentato dalla necessità di garantire un buon funzionamento delle istituzioni nella fase discendente delle politiche europee con la scissione fra legge di delegazione europea e legge europea, risolvendo anzi il problema dei ritardi e delle infrazioni dell'Italia nell'attuazione delle direttive. Diverso è invece il bilancio, a distanza di più di dieci anni dall'approvazione di tale legge, su uno dei suoi primi obiettivi, individuato nella necessità di valorizzare il ruolo del Parlamento e delle regioni nella condivisione delle politiche europee. Già nei principi (art. 3) si ricorda come il Parlamento dovrebbe partecipare al processo decisionale dell'UE (testualmente "partecipa"), garantendo meccanismi d'informazione e consultazione (art. 4-9) che sono diventati più una formalità a carico degli uffici, che un'effettiva occasione di collaborazione fra Governo e Parlamento. E neppure la previsione del meccanismo della "riserva di esame parlamentare" (art. 10), in casi di particolare importanza politica, economica e sociale, ha portato ad un'effettiva condivisione delle politiche europee. Altrettanto può essere detto con riguardo al contenuto della legge che riguarda la partecipazione delle regioni, delle province autonome e degli enti locali, prevedendo una "sessione europea" all'interno delle Conferenze che dovrebbe agevolare l'individuazione di linee di politica europea che coniughino insieme gli interessi nazionali e locali³⁸. In realtà, il coinvolgimento delle Conferenze si limita al massimo ad un parere sul disegno di legge di delegazione europea, che sicuramente coinvolge sotto

³⁷ M. PICCHI, *Il diritto di partecipazione*, Giuffrè, Milano, 2012. Non si entra in questa sede sulla distinzione fra il concetto di partecipazione e quello di *lobbying* anche se sono ovviamente affini e correlati, ma, almeno in via generica si può dire che i limiti di una partecipazione dei cittadini alle politiche pubbliche, su cui da tempo si sta lavorando in Italia, così come negli altri paesi OCSE (vedi il report OCSE del novembre 2008 sul tema, il cui sunto è consultabile in http://qualitapa.gov.it/sitoarcheologico/fileadmin/mirror/pubblicazioni/ex-summary_ocse.pdf) è data dal fatto che nella partecipazione generica dei cittadini non esistono le competenze adeguate ai vari contesti d'intervento, non esiste l'interesse ad attivarsi, non esiste un'attivazione dei cittadini ad informarsi sui temi dove vi sia spazio per una loro partecipazione. L'attività di *lobbying* viceversa parte proprio da un interesse concreto e specifico su un settore di possibile normazione.

³⁸ Negli anni 2020 e 2021 ci sono state solo due convocazioni della Conferenza in Sessione europea ed in particolare nell'anno 2021 la seconda è stata convocata a distanza di meno di una settimana dalla prima, non essendo riusciti a trattare il tema, rappresentato dal parere sulla legge di delegazione europea.

molti aspetti le competenze regionali, ma che non può certamente essere liquidato in quindici minuti³⁹.

In definitiva, quello che ha introdotto la legge n. 234 del 2012 pare essere solo un aggravio burocratico per gli uffici governativi⁴⁰ che devono trasmettere i progetti di atti dell'Unione europea, i documenti di consultazione, quali libri verdi, libri bianchi e comunicazioni, predisposti dalla Commissione europea, senza tener conto che spesso la formazione delle politiche europee deve essere precedente alla presenza di atti già elaborati in quel contesto, cosicché quando il processo di elaborazione è giunto ad una formulazione, i cambiamenti sono molto più complessi se non impossibili.

Tutto ciò non esclude che gli obiettivi, che erano alla base della legge n. 234 del 2012, rimangano non solo validi, ma ancor più da garantire dinanzi ad una riduzione della capacità di decisione del Parlamento, relegato spesso ad un mero potere di controllo, con due Camere che in realtà agiscono come un monocameralismo di fatto. Certamente la riduzione del numero dei parlamentari non semplifica, ma anzi aggrava il carico delle Commissioni, ma non esime dalla necessità di dover trovare strade per una condivisione delle politiche europee fra Governo, Parlamento ed enti locali, questi ultimi ancor più rappresentativi di contesti ed interessi particolari.

La constatazione indiscutibile da cui si è partiti, che le scelte d'indirizzo politico essenziali per il paese vengono fatte a livello di Unione europea, impone ancor di più che proprio a livello regionale e di enti locali, così come in Parlamento si incentivi la partecipazione dei cittadini e imprese titolari di interessi specifici, nonché si attivino processi di *crowdsourcing* che consentano ai rappresentati di poter comprendere meglio, in fase di formazione degli atti normativi, anche aspetti tecnici che richiedono preparazione ed esperienza pratica.

³⁹ Come risulta dalle convocazioni, la Conferenza in sessione europea era stata convocata alle 13,15 ed in seduta ordinaria alle 13,30.

⁴⁰ Ma altrettanto si potrebbe dire per gli uffici parlamentari. Cfr. sul tema G. PICCIRILLI, *Il ricorso alla legge per l'esercizio dei poteri "europei" da parte del Parlamento italiano. Spunti per una lettura costituzionalmente orientata*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2, 2013; R. ADAM, D. CAPUANO, A. ESPOSITO, A. CIAFFI, C. ODONE, M. RICCIARDELLI, *L'attuazione della legge n. 234 del 24 dicembre 2012. Norme, prassi, risultati, dal livello statale a quello regionale*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. spec. 2015, 9 ss.; M. ROSINI, *Legge di delegazione europea e legge europea: Contributo allo studio dell'attuazione del diritto dell'Unione europea nel più recente periodo*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2017; M.E. BUCALO, *Le Regioni a Statuto speciale e la "fase ascendente" del diritto comunitario a cinque anni dalla entrata in vigore della legge n. 234 del 2012*, in A. MORELLI (a cura di), *Autonomie territoriali e Unione europea. Fonti Istituzioni Diritti*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, 475 ss.

La raccolta dei dati, delle informazioni, dei *desiderata* che un tempo costituiva un ostacolo alla conoscenza da parte dei rappresentanti, può essere oggi agevolata dalle nuove tecnologie, così da consentire ai cittadini di partecipare alla formazione dell'indirizzo politico o comunque di percepire che gli strumenti della democrazia possono essere molteplici.

6. ICT e Stato: strumenti tecnologici da governare e non da subire

Quello che si è cercato di delineare in queste pagine è un percorso di maggiore consapevolezza da parte dello Stato e dei cittadini (società ed imprese) in ordine alle possibilità d'influenza sulla fase ascendente delle politiche europee. Un percorso che può comportare una maggiore democraticità dell'azione pubblica, una più consapevole formazione delle scelte d'indirizzo da parte dei rappresentanti ed una valorizzazione dei processi democratici⁴¹. Tutto ciò richiede, da un lato un'attivazione da parte dello Stato di strumenti tecnici innovativi per incentivare la partecipazione, consentendo allo Stato di utilizzare i risultati e gli obiettivi indicati dalle indagini collettive (indipendentemente dal fatto che siano o meno in linea con l'indirizzo politico dello Stato), dall'altro occorre però anche un'attivazione degli stessi portatori d'interessi.

Ma non è sufficiente, perché le nuove tecnologie, se non gestite, possono fuorviare, sia la volontà popolare (nel momento in cui si forma), sia le modalità con cui questi processi di *e-democracy* si svolgono.

Le nuove tecnologie e la pluralità di dati che possiamo trovare in rete apparentemente hanno facilitato l'acquisizione di conoscenza da parte di tutti ed ancor più da parte dei decisori politici, parlamentari, ministri, consiglieri o assessori regionali, ma, anche nei loro confronti, vale la stessa incertezza, presente per la generalità dei cittadini, derivante dal conseguimento delle informazioni dai *Big tech* che potrebbero avere un interesse particolare ad influenzare la decisione politica. Si fa riferimento in particolare a tutti i problemi connessi alla disinformazione, *fake news*, *post truth* o altre forme di interfe-

⁴¹ La necessità di una maggiore partecipazione da parte dei cittadini alla "cosa pubblica", come espressione dell'evoluzione della democrazia, si percepisce anche in ambito amministrativo nell'esplicitarsi della c.d. "amministrazione condivisa" di cui si parla ampiamente con riguardo all'influenza degli enti del Terzo settore, anche alla luce dell'art. 55 del Codice del Terzo settore dove si formalizza l'attività di co-programmazione e co-progettazione con tali enti come strumento. Sono profili questi che, pur nella loro differenza sostanziale che li caratterizza rispetto alla *e-democracy*, presentano in realtà un fondamento comune. Sul tema cfr. G. ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, in Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi di Trento, Trento, 2022 open access ed *ivi*, in particolare, F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, 65 ss. e M. SCLAVI, *Amministrazione condivisa come innesco al necessario cambiamento paradigmatico della democrazia*.

renza con la formazione di una coscienza propria della realtà⁴², che potrebbero sicuramente alterare i risultati di un'indagine di *e-democracy* o comunque sarebbero "in grado di influenzare ed inquinare il dibattito pubblico"⁴³. Il problema di fondo ovviamente sussiste ed in particolare la possibilità di influenza dei soggetti privati, che gestiscono i social media o le piattaforme, di poter indirizzare la volontà dei cittadini, se non addirittura manipolarla⁴⁴. Occorre cioè che siano evitati quei meccanismi di *informations disorder* che determinano spesso lo svilimento delle informazioni degli esperti che vengono parificate alle "opinioni del *quivis de populo*"⁴⁵.

Tuttavia, con riguardo al contributo che i cittadini, società ed imprese possono dare alla formazione degli atti normativi e delle politiche europee in fase ascendente, il timore dell'alterazione della volontà è sicuramente minore, perché attiene alle competenze tecnico/economiche che i portatori d'interessi hanno in modo specifico sul tema oggetto dell'indagine. La disinformazione nei loro confronti non dovrebbe operare, perché sono loro che forniscono dati, informazioni ed indirizzi tecnici che derivano dai loro expertises, ma dovrebbe essere anche attivato un meccanismo di raccolta dati chiuso, trasparente e controllabile. In questa ipotesi si fa riferimento ai risultati ed alle indicazioni che provengono da soggetti "tecnici" che hanno competenze, ma anche interessi specifici di settore e quindi le loro indicazioni dovrebbero essere vagliate a loro volta dai tecnici governativi, parlamentari o regionali, che devono poi fare una sintesi dei dati raccolti.

È quindi necessario che vi sia una gestione interna e centralizzata di piattaforme *ad hoc*, anche distinguendo le modalità di acquisizione dei dati e delle informazioni. Si può trattare di tematiche che hanno bisogno di una maggiore garanzia di privacy o di segretezza che impongono dei meccanismi di raccolta dati diversi a tutela di tali interessi, in altri casi invece la trasparenza delle fonti e del contenuto delle informazioni può prevalere nella formazione della volontà pubblica.

⁴² Vedasi gli AA citati alla nt. 34.

⁴³ Cfr. sugli effetti del potere digitale sulla società O. POLLICINO, *Potere digitale*, in *Enciclopedia del diritto. I Tematici*, V-2023, 413, che mette in evidenza come la radicale trasformazione derivante dal fattore digitale determina un ruolo centrale dei «soggetti privati che fanno da *gatekeeper* al cyberspazio», cosicché «si sono "trasformati" da attori economici a poteri in senso tecnico, spesso esercitando funzioni para costituzionali».

⁴⁴ Cfr. M. MONTI, *Il populismo digitale*, cit. 114 ss.; L. EFRÉN RÍOS VEGA, I. SPIGNO (a cura di), *La rappresentanza politica nell'era digitale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020 ed *ivi* in particolare E. CECCHERINI, S. RODRÍQUEZ, *Alla ricerca della verità perduta. Il ruolo del giudice nel contrasto alla disinformazione politica*, 183 ss.

⁴⁵ Così M. MONTI, *Gli esperti nella sfera pubblica piattafomizzata: spunti dalla comparazione sul ruolo delle comunità epistemiche nel discorso pubblico digitale*, in *Rivista diritti comparati*, 3, 2021, 32; nonché sul tema M. SORICE, *La «piattafomizzazione» della sfera pubblica*, in *Comunicazione politica*, 3, 2020.

In questo contesto non pare opportuno soffermarsi sulle caratteristiche tecniche che le varie istituzioni (nazionali e locali) potrebbero/dovrebbero attivare per favorire tale partecipazione, ma il governo, più di altri, sta già sperimentando tali percorsi in linea con l'attività di e-government⁴⁶, ed ancor più con quella di e-governance⁴⁷. In ogni caso si deve trattare di piattaforme che non siano gestite da soggetti privati, per evitare manipolazioni, ma in particolare perché i dati, che in questi contesti vengono raccolti, attengono, in forma molto embrionale ed iniziale, alla formazione dell'indirizzo politico italiano, agli obiettivi di cui le istituzioni devono tener conto che deve anche inserirsi in una gestione democratica delle informazioni⁴⁸.

Se il governo ha sicuramente gli strumenti organizzativi idonei per implementare tali piattaforme di *crowdfunding* e comunque per gestire questi dati, è necessario nello stesso tempo che il Parlamento non sia, ancora una volta, spettatore o al massimo si limiti a svolgere una funzione di controllo sulla raccolta dati, ma a sua volta sia luogo di stimolo per la formazione dell'indirizzo

⁴⁶ L'*e-Government* può essere definito come l'integrazione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nella pubblica amministrazione, con lo scopo di migliorare la trasparenza, l'efficienza, la responsabilità e la partecipazione dei cittadini. In particolare, può facilitare l'efficienza e l'efficacia dei processi governativi, ma da un punto di vista dell'obiettivo della partecipazione dei cittadini ai processi governativi, dovrebbe agevolare le comunicazioni fra cittadini e istituzioni e fra le stesse Amministrazioni quando devono operare per un fine comune.

⁴⁷ L'*e-governance* si riferisce all'utilizzo delle ICT per fornire servizi governativi, diffondere informazioni, attività di comunicazione e incorporare vari sistemi e servizi indipendenti. Quindi può essere considerato come uno strumento che mette a disposizione dei cittadini vari servizi governativi in modo conveniente con scambio di informazioni.

⁴⁸ Si deve trattare di un'attività coordinata dal governo ed in particolare dal Dipartimento della Trasformazione digitale che in questi ultimi anni ha avuto un'evoluzione significativa. Il processo d'informatizzazione dello Stato partito poco più di trent'anni fa, passando da una commissione informatica all'interno del Dipartimento della Funzione Pubblica, ossia un semplice organo consultivo, alla creazione di un organo *ad hoc* per il coordinamento dei sistemi informativi della pa: autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione (AIPA). La tappa successiva del percorso di informatizzazione della PA è rappresentata dall'approvazione con d. lgs. n. 82/2005 del "Codice dell'amministrazione digitale" che costituisce il punto di riferimento normativo essenziale, il principale strumento normativo attraverso il quale le PA italiane possono tradurre in modalità digitale i principi di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza previsti dalla stessa legge sul procedimento amministrativo, e dal d. lgs. 1° dicembre 2009, n. 177, attraverso il quale il Cnipa viene trasformato in Ente nazionale per la digitalizzazione della Pubblica Amministrazione (DigitPA). Con d.l. 18 n. 179/2012, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, c.1, della legge 17 dicembre 2012, n. 221 si ha poi l'istituzione dell'Agenzia per l'Italia digitale (AgID). Con l'art 24-ter del dpcm 1°ottobre 2012, introdotto dal dpcm 19 giugno 2019 si ha poi l'istituzione del Dipartimento per la trasformazione digitale qualificata come "la struttura di supporto al presidente del consiglio per la promozione e il coordinamento delle azioni del governo finalizzate alla definizione di una strategia unitaria in materia di trasformazione digitale e di modernizzazione del paese attraverso le tecnologie digitali. Esso dà attuazione alle direttive del presidente in materia e assicura il coordinamento e l'esecuzione dei programmi di trasformazione digitale". Sul punto cfr. L. GOLISANO, *Il governo del digitale: strutture di governo e innovazione digitale*, in *Giornale di diritto amministrativo* n. 6/2022, 824 ss.

politico. In definitiva, le ICT possono rappresentare uno strumento per incrementare la codeterminazione dell'indirizzo politico del Parlamento e del Governo, cercando così di mitigare quella centralità governativa percepita spesso come negativa in un contesto democratico.

ASIMMETRIE VALORIALI TRANSATLANTICHE TRA *SELF-REGULATION*, *HARD LAW* E CO-REGOLAZIONE (OVVERO SUL SE E SUL COME REGOLAMENTARE LE STRATEGIE CONTRO LA DISINFORMAZIONE ON LINE)*

ORESTE POLLICINO**

Sommario

1. Introduzione. – 2. Le asimmetrie valoriali sul fronte transatlantico. – 3. Il genere letterario: “codice di condotta”. – 4. Il laboratorio europeo. – 5. Conclusioni: quali l’armamentario di diritto costituzionale a disposizione per fronteggiare la disinformazione on line?

Abstract

The paper, after having raised several research questions which, by definition, will remain open, in relation to the relationship between constitutional law and new technologies will focus, from a transatlantic point of view, on the possible policy making options in relation to the regulation of the fight against disinformation. More precisely the paper, after having focuses on the different value based frames in Europe on the one hand and in the US on the other, will focus on the co-regulation path which has been followed in the writing exercise of the new EU Code against disinformation on line.

Suggerimento di citazione

O. POLLICINO, *Asimmetrie valoriali transatlantiche tra self-regulation, hard law e co-regolazione (ovvero sul se e sul come regolamentare le strategie contro la disinformazione on line)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2023. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Contributo realizzato nell’ambito del Progetto PRIN 2017 “Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law” (SE.CO.R.E TECH), Unità di Pisa.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale nell’Università commerciale “Luigi Bocconi” di Milano.

Contatto: oreste.policino@unibocconi.it

1. Introduzione

Quali sono le sembianze e gli elementi costitutivi del potere digitale privato? Perché l'emersione ed il consolidamento di questo potere è così rilevante per il diritto costituzionale e non è (più) soltanto una questione da affrontare con gli strumenti del diritto antitrust? Quando e per quali ragioni è avvenuta la metamorfosi delle più grandi società digitali di livello globale da attori economici a veri e propri poteri privati spesso in competizione con quelli pubblici? Quale l'arsenale di cui il costituzionalismo, in prospettiva transatlantica, può servirsi per contrastare l'amplificazione esponenziale di tali poteri, prendendo in considerazione la costellazione rilevante dei diritti in gioco, dalla libertà di espressione alla protezione dei dati personali, passando per la tutela della libertà di iniziativa economica? Quale il collegamento tra l'arsenale prima evocato e l'humus valoriale a fondamento delle tradizioni costituzionali comuni europee da una parte e del costituzionalismo americano dall'altra? Come la dimensione reattiva del diritto costituzionale rispetto a questa nuova sfida di contenimento di un potere privato assai unico in forza di parametri di ordine qualitativo e quantitativo incide sulle geometrie che caratterizzano il rapporto tra autorità e libertà e sulla separazione dei poteri, in particolare con riferimento al rapporto tra i poteri giurisdizionale e legislativo? Come configurare i nuovi spazi digitali di cui sono proprietari soggetti privati ma che sempre di più assomigliano a public forum in cui si alimenta, anche in modo distortivo e polarizzato, il discorso pubblico? Quale valore, descrittivo o prescrittivo, attribuire ai tentativi della giurisprudenza di equiparare tali spazi virtuali alle classiche agorà del mondo degli atomi? Infine, più in generale, come la migrazione di idee e di metafore costituzionali da una parte all'altra dell'Oceano può incidere sulle opzioni di politica del diritto che vengono ritenute dai poteri pubblici più adeguate per fronteggiare, in determinati campi, i poteri digitali privati? E a cosa sono dovute le crisi di rigetto di formanti (e metafore) che mal si attagliano ai contesti valoriali in cui sono a volte forzatamente incanalati?

Queste sono a mio avviso alcune delle domande principali che chi indaga oggi sull'impatto delle (non più tanto) nuove tecnologie digitali su tutela dei diritti e separazione dei poteri (la doppia anima del costituzionalismo come plasticamente evidenziato dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino) deve porsi.

Ovviamente impossibile in questa sede¹ provare a fornire una risposta esaustiva a tali interrogativi.

¹ Chi scrive ha provato a rispondere compiutamente a queste domande nella voce "*Potere Digitale*", Enc. diritto (voce), in M. CARTABIA, M. RUOTOLO (a cura di) *Potere e costituzione*, Giuffrè, 2023, 410-446.

Si proverà solo a concentrarsi sull'ultimo quesito cui si è fatto riferimento, in relazione alla migrazione di idee costituzionale in ambito digitale, utilizzando quale "laboratorio" di studio le modalità regolamentazione del fenomeno (che sta inquietantemente dilagando) della disinformazione on line.

2. Le asimmetrie valoriali sul fronte transatlantico

Come sempre accade, anche con riferimento al laboratorio privilegiato identificato, le opzioni di politica del diritto prescelte sono fortemente influenzate dall'humus valoriale che caratterizza gli ordinamenti in questione. Semplificando al massimo una questione che meriterebbe ben altro approfondimento, ma che in questo caso è funzionale all'oggetto privilegiato di indagine relativo alla percorribilità ed efficacia, alla luce delle novità adottate dall'ormai all'orizzonte Digital Services Act (DSA)², della via della co-regolazione quale possibilità di andare oltre il dilemma pseudo-esistenzialista prima evocato, si potrebbe dire che se la parola chiave del costituzionalismo statunitense è "libertà", quella del costituzionalismo europeo, e non poteva non esserlo, è "dignità". Più precisamente, esiste una profonda frattura di fondo che oppone alla visione nordamericana incentrata sull'esaltazione del Primo emendamento una rappresentazione squisitamente europea fondata sul predominio assiologico della protezione dei dati.

La libertà di espressione è stata interpretata da sempre nel diritto costituzionale statunitense come la stella polare, il diritto che segna la caratterizzazione di quell'ordinamento giuridico. Questo atteggiamento trova emersione nella cornice valoriale adottata dalla Corte Suprema, incline a esaltare fin dalla prima pronuncia in materia l'inedita dimensione libertaria del fenomeno Internet. Da subito, agli occhi della Corte Suprema statunitense, Internet, the new free marketplace of ideas, offre coordinate e spazi nuovi per l'esercizio della libertà di parola, ai quali occorre guardare attraverso lenti e categorie diverse da quelle che si applicano ai media tradizionali. Da qui la scelta, in *Reno v. ACLU*³, di mutuare dalla celebre dissenting opinion di Justice Holmes in *Abrams*⁴, l'utilizzo della metafora del free marketplace of ideas, la cui importazione nell'ordinamento europeo è stata la causa principale, come si dirà, delle questioni costituzionali sollevate dal consolidamento di nuovi atto-

² Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 15 dicembre 2020, relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE, COM(2020) 825 final.

³ Corte Suprema federale degli Stati Uniti d'America 26 giugno 1997, *Reno v. ACLU*, in 521 U.S. 844 (1997).

⁴ Corte Suprema federale degli Stati Uniti d'America, 10 novembre 1919, *Abrams v. United States*, in 250 U.S. 616 (1919). Si veda, nello specifico, la *dissenting opinion* di Holmes, 624 ss.

ri privati, come anche dimostrato dal parziale fallimento del primo codice di condotta dell'Unione europea in tema di lotta alla disinformazione.

Rispetto all'assetto valoriale statunitense appena descritto possiamo dire, semplificando, che tale libertà in Europa si gioca la sua partita "alla pari" con altri diritti fondamentali e non gode di quella prevalenza assiologica che caratterizza la posizione e l'interpretazione del Primo emendamento nell'ordinamento statunitense.

Ci sono almeno due elementi che confermano questo quadro, e sono rintracciabili entrambi all'interno del quadro convenzionale. Innanzitutto, l'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, al suo secondo comma, prevede un qualcosa di assolutamente "irricevibile" per il costituzionalismo statunitense. Ovvero la codificazione espressa, come del resto per tutte le altre libertà e diritti previsti dal medesimo testo convenzionale, di limiti e quindi di restrizioni alla stessa libertà, giustificate alla luce della stella polare del costituzionalismo europeo, ovvero il principio di responsabilità.

In secondo luogo, altro concetto sconosciuto al diritto costituzionale d'oltreoceano, la Convenzione (ma anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione) prevede espressamente la possibilità dell'abuso del diritto⁵, a conferma di quell'ottica di non assolutezza, bilanciamento e pari-ordinazione tra diritti quali caratteristiche delle tradizioni costituzionali comuni europee. Proprio questa impostazione più moderata, che considera la libertà di espressione in modo analogo ad altri diritti pari-ordinati, ha permesso di gettare le fondamenta per interventi normativi più moderni; si pensi al GDPR,⁶ alla Direttiva Copyright,⁷ e alla revisione della direttiva in tema di servizi media audiovisivi,⁸ e alle prossime riforme ormai prossime del cantiere digitale europeo (il DSA, già citato, il Digital Markets Act -DMA-⁹ e l'Artificial Intelligen-

⁵ Art. 17 CEDU and art. 54 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea

⁶ 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 (regolamento generale sulla protezione dei dati).

⁷ Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE.

⁸ Direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato.

⁹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 15 dicembre 2020, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), n. COM/2020/842 final. Vedi a riguardo, in questo *Simposio*, le assai interessanti e condivisibili riflessioni di M. LIBERTINI *Il Regolamento europeo sui mercati digitali e le norme generali in materia di concorrenza*

ce Act¹⁰, senza dimenticare il nuovo Codice di condotta contro la disinformazione pubblicato il 16 giugno del 2022¹¹, cui nell'ultima parte di questo scritto sarà dedicato un breve approfondimento).

3. Il genere letterario: “codice di condotta”

È solo alla luce dello scenario appena descritto che è possibile contestualizzare “il genere letterario” del codice di condotta e la trasfigurazione che sembra poter avere nel contesto europeo. Una sorta di di trasformatore, come vedremo guardando all'osservatorio privilegiato della strategia contro disinformazione, da un meccanismo fondato sulla auto-regolazione a, almeno potenzialmente, uno alternativo basato sulla co-regolazione¹².

Serve però procedere con ordine, con un cenno alle origini della fonte del diritto oggetto di indagine. Il codice di condotta non trova la sua culla nel contesto digitale, ma piuttosto in quello relativo alla c.d corporate social responsibility¹³. La ragione della genesi all'interno dell'ambito societario è duplice. In primo luogo, codificare le regole operazionali relative al loro operato interno alla società, dall'altro, sul fronte esterno e per ragioni legate alla dimensione reputazionale, dimostrare come l'assetto societario si sia dotato di principi organizzativi in conformità con le best practice più attente alla tutela dei diritti fondamentali in gioco, facendo riferimenti ai principi e valori sia etici che giuridici generalmente riconosciuti. Tutto questo, ovviamente su base volontaria. Per questa ragione sembra appropriata la definizione di Jimenez, Dittmar e Vargas Portillo ai sensi della quale «the term code of conduct refers to certain rules of correct behaviour established by associations involved in a particular sector of business activity with the objective of estab-

¹⁰ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 21 aprile 2021, che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (Legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, n. COM(2021) 206 final. Vedi a questo proposito, in questo *Simposio*, le assai interessanti considerazioni di G. Resta, *Cosa c'è di 'europeo' nella Proposta di Regolamento UE sull'intelligenza artificiale?*, in *Dir. inf.*, 2022, 323

¹¹ V. per lettura del testo aggiornato <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>.

¹² Per una mappatura, nel contesto europeo, ad ampio raggio, ad di là dell'ambito digitale oggetto privilegiato di questa indagine vedi l'analisi, anche se non più recente, di L.A.J. SENDEN, L. KICA, M. HIEMSTRA, K. KLINGER, *Mapping self- and co-regulation approaches in the EU context*, 2015, <https://dspace.library.uu.nl/handle/1874/327305>; ed anche L.A.J. SENDEN, *Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where do they meet?*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 9, 2005.

¹³ Una delle definizioni più accurate del concetto si trova nel *Green Paper* della Commissione sulla *Corporate Social Responsibility* come “a concept whereby companies integrate social and environmental concerns in their business operations and in their interaction with their stakeholders on a voluntary basis”. Commissione delle comunità europee, *Green paper promoting a European framework for corporate social responsibility*, 2001, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0366:FIN:EN:PDF>.

lishing norms reciprocal behaviours among themselves and other economic agents»¹⁴.

Perché però questo insieme di regole, di fatto scritte, su base volontaria, da chi poi è destinato ad applicarle, siano inquadrabili nel genere letterario del codice di condotta, ci sono delle condizioni minime da rispettare. In primo luogo, devono esserci degli obiettivi chiari e non equivoci che siano in grado di rispondere alla domanda “cosa”, vale a dire quali i fini ultimi da realizzare attraverso la scrittura del codice. In secondo luogo, è necessario che ad ogni obiettivo corrispondano una o più “misure” in grado di rispondere alla domanda “come”, vale a dire con quali mezzi e strumenti sia possibile realizzare gli obiettivi prefissati. In terzo luogo, è fondamentale che vi siano degli indicatori in grado di misurare e verificare l’efficacia dei risultati conseguiti e del mantenimento degli obblighi assunti (si tratta dei cosiddetti Key Performance Indicators - KPIs). Infine, è cruciale che al codice sia assicurata la natura dinamica di living document, sia per quanto riguarda il profilo soggettivo di nuovi possibili firmatari che potrebbero aderire, sia con riferimento a quello oggettivo della verifica circa la effettiva realizzazione degli impegni assunti.

Se si contestualizza il modello appena descritto di codice di condotta all’interno dell’ecosistema digitale in continua evoluzione dell’Unione europea, in cui, nonostante il codice genetico descritto in precedenza di matrice regolatoria - in conformità alle tradizioni costituzionali comuni - non è sempre possibile, per difetto di competenza, assenza di una base giuridica appropriata o semplicemente resistenza da parte di alcuni stati membri, adottare una normativa vincolante, si può osservare che i codici di condotta sono stati uno strumento assai utilizzato per tentare attraverso uno strumento di soft law, di convincere attori privati, a livello nazionale ed europeo, a raggiungere un livello più elevato di protezione dei diritti in gioco attraverso un dialogo con le istituzioni europee competenti e la successiva adozione di un codice di condotta. Il primo diritto per cui l’Unione europea ha deciso di muoversi per promuovere l’adozione di tali strumenti a livello nazionale è stato quello relativo alla protezione dei minori. Già con l’allegato II alla Raccomandazione del Consiglio 98/560¹⁵ si richiedeva l’adozione, su base volontaria, da parte degli operatori che erogavano servizi di media audiovisivi di codice di condotta a

¹⁴ D.L. JIMÉNEZ, E.C. DITTMAR, J.P. VARGAS PORTILLO, *New Directions in Corporate Social Responsibility and Ethics: Codes of Conduct in the Digital Environment*, in *Journal of Business Ethics*, 1, 2021, 5.

¹⁵ Raccomandazione del Consiglio del 24 settembre 1998 concernente lo sviluppo della competitività dell’industria dei servizi audiovisivi e d’informazione europei attraverso la promozione di strutture nazionali volte a raggiungere un livello comparabile e efficace di tutela dei minori e della dignità umana.

protezione sia, come si diceva, dei minori, sia, più in generale della dignità umana. I medesimi riferimenti a codici di condotta a livello nazionale che possano rendere più efficace la normativa (già vincolante) dell'Unione europea sono contemplati, ad esempio, dalla Direttiva e-Commerce,¹⁶ che li prevede anche a livello comunitario e dal GDPR all'art. 40.

In tutti questi casi, a ben vedere, i codici di condotta si innestano all'interno di un tessuto normativo già esistente a livello europeo, e sono finalizzati a precisarne i contorni o renderne più efficaci le disposizioni. Non sono dunque i casi più interessanti ai nostri fini, in quanto vi è già stata una regolamentazione (hard) sia essa volta a cercare armonizzazione minima con una direttiva o un'ambiziosa e quasi mai realizzata uniformità con un regolamento (spesso direttive mascherate quando toccano temi legati all'ecosistema digitale, si pensi al GDPR o alla nuova proposta di regolamento in materia di intelligenza artificiale)¹⁷. Si tratta dunque in sostanza di self-regulation, del tutto volontaria, che però ha già un tessuto normativo vincolante su cui poggiarsi, e la maggior parte delle volte, peraltro, si tratta di codici di condotta adottati a livello nazionale, ove invece il nostro ambito di indagine privilegiato è quello europeo.

Più interessante ai nostri fini quegli esercizi di scrittura relativi a codici di condotta a livello europeo che si confrontano con campi che non hanno alla base una preesistente normativa vincolante dell'Unione, perché, molto semplicemente, si tratta di temi che, al di là della competenza della stessa Unione sul punto, è molto controverso, prima ancora del "come" regolamentare, cioè attraverso quale opzione di politica del diritto, "se" farne o meno oggetto di regolazione.

4. Il laboratorio europeo

Un caso emblematico, come si diceva in apertura, è quello della lotta alla disinformazione online che per la complessità del tema, anche definitorio, e la difficoltà di bilanciare da una parte il diritto ad essere informati in modo se non veritiero, quanto meno verificabile, e la pericolosità di restrizioni ingiustificate alla libertà di espressione, con un pericoloso effetto di collateral cen-

¹⁶ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno.

¹⁷ Su questi punti ci si permette di rinviare all'Audizione di chi scrive, tenutasi presso le Commissioni riunite trasporti e attività produttive della Camera dei deputati l'8-2-2022 e consultabile a questo link <https://webtv.camera.it/evento/19913>.

sorship¹⁸, trova risposte diverse tanto sul “se” quanto sul “come” da una parte all’altra dell’oceano Atlantico.

È proprio sul grado di asimmetria transatlantica prima menzionata relativa al ruolo da attribuire alla libertà di espressione e a quanto la protezione ad essa accordata sia in grado di avere un predominio assiologico sulle altre libertà con essa in conflitto che si gioca la partita rilevante in tema di disinformazione.

L’Europa ha provato, con un primo Codice di condotta, nel 2018, a delegare alle grandi piattaforme la regolamentazione del fenomeno. Per comprendere perché si sia scelta la strada della self-regulation è importante fare un passo indietro, partendo proprio dalla metafora, prima richiamata, del free marketplace of ideas, di matrice statunitense, e del tentativo, da parte della Commissione europea di fare propria quella metafora, allorché abbia delegato l’esercizio di scrittura del primo Codice di condotta contro la disinformazione alle grandi piattaforme, con tutte le implicazioni di politica del diritto che ne sono conseguite.

Il linguaggio metaforico, e qui è necessaria una premessa di matrice teorico-definitoria, gioca un ruolo fondamentale, con particolare riferimento al processo migrazione di “metafore costituzionali” e delle conseguenti opzioni di politica del diritto. Più specificatamente lo strumento necessario, se non privilegiato per operazioni di traslazione e di “trasferimento” delle categorie “classiche” dal mondo materiale a quello immateriale, è l’utilizzo del linguaggio metaforico. In fondo, la metafora, quasi geneticamente, e sicuramente etimologicamente, ha in sé quel meta-pherein, trasferire “oltre”, attraverso campi di esperienza diversi.

Bisogna riconoscere ad Alessandro Giuliani il grande merito di aver per primo (anche prima degli studiosi cognitivisti nordamericani) fatto emergere l’importanza del linguaggio metaforico: «tutta la storia del pensiero giuridico potrebbe essere studiata, dal punto di vista del linguaggio, come un susseguirsi di metafore»¹⁹.

Il passaggio ulteriore è compiuto con la pubblicazione, nel 1980, del volume *Metaphors We Live by* di Lakoff e Johnson²⁰. Secondo tale prospettiva, ogni metafora avrebbe un «campo d’origine» («a source domain»), un «cam-

¹⁸ J. BALKIN, *Old-School/New-School Speech Regulation*, in *Harvard Law Review*, 127(8), 2014, 2296 ss.

¹⁹ A. GIULIANI, *La «nuova retorica» e la logica del linguaggio normativo*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1970, 379, il quale aggiunge che «basterebbe esaminare una qualsiasi delle controversie della scienza giuridica per vedere come le diverse soluzioni siano condizionate dalle metafore accettate, dalle similitudini, dal ricorso all’esempio», per il cui il lavoro del giurista non sarebbe altro che «correzione di metafore, chiarificazione del linguaggio».

²⁰ G. LAKOFF-M. JOHNSON, *Metaphors We Live by*, Chicago, The University of Chicago Press, 1980, trad. it. ID., *Metafora e vita quotidiana*, Bompiani, Milano 1998.

po di destinazione» («a target domain»). Il che implica, per dirla con Winter²¹, quel processo di «carry over, transfer knowledge across domain».

Questa premessa, si accennava prima, sembra rilevante per poter meglio comprendere il processo che ha portato alla migrazione (ed al rigetto) dal contesto statunitense a quello europeo della metafora, già più volte richiamata, del libero mercato delle idee, con conseguente fallimento, come si dirà, della opzione di politica del diritto conseguente, ovvero l'adozione del primo codice di condotta europea contro la disinformazione, interamente fondato su un meccanismo di autoregolamentazione e quindi di delega in bianco alle piattaforme digitali, nuovi poteri privati sempre più in competizione con i poteri pubblici e, di fatto, a volte, giocando un ruolo para-costituzionale²².

Si è aperto infatti, da qualche anno, un dibattito se, ed in caso di risposta affermativa, quale possa essere la reazione giuridica più adeguata rispetto ad un fenomeno che, i casi della stagione pandemica e di quella bellica sono esemplari al riguardo, è in grado di influenzare ed inquinare il dibattito pubblico fino a, con riferimento al momento elettorale, incidere sugli esiti dello stesso.

È proprio in questo contesto, come si accennava, che la metafora coniata da Holmes nel 1919, o meglio il suo riadattamento all'ecosistema digitale da parte della Corte suprema nel 1997, di Internet quale new free marketplace of ideas, è rilevante.

Quando infatti nel 2018 in Commissione europea decide di adottare una strategia, a livello comunitario, e quindi di matrice tendenzialmente unitaria, per fronteggiare il fenomeno della disinformazione, l'opinione prevalente, a cui, parte del gruppo di lavoro, l'autore di queste pagine si oppose, fu proprio quella di importare in Europa, dall'humus del costituzionalismo statunitense, in cui era nata e cresciuto, la metafora di Internet quale il nuovo mercato delle idee. Quindi una fiducia cieca nella capacità auto-correttiva del "mercato" a fare emergere, attraverso una free competition di idee e opinioni (anche quelle false), la verità, o comunque ad isolare la disinformazione senza la necessità di alcun intervento che prevedesse il coinvolgimento di istituzioni pubbliche. Il che si traduce nel meccanismo di autoregolamentazione come unica opzione di politica del diritto disponibile. Un orientamento questo che è sicuramente conforme alle radici culturali e costituzionali americane per cui,

²¹ S.L. WINTER, *A Clearing in the Forest. Law, Life, and Mind*, The University of Chicago Press, 2001.

²² V. ora M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Bologna, il Mulino, 2022. S. CASSESE, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?* Il Mulino, 2016; Giuffrè, Milano. V. anche G. De Gregorio, *Digital Constitutionalism in Europe. Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022 e Oreste Pollicino, *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet. A Road toward digital constitutionalism?* Hart, Oxford, 2021.

come è stato sostenuto dalla stessa Corte suprema «Under the First Amendment there is no such thing as a false idea. However pernicious an opinion may seem, we depend for its correction not on the conscience of judges and juries but on the competition of other ideas. But there is no constitutional value in false statements of fact».²³

Il che però è, al contrario, tutt'altro che in armonia con le tradizioni costituzionali europee e con il livello di concorrenzialità del pluralismo del dibattito pubblico in Internet che ha caratterizzato il modello continentale. Per essere più chiari, come si è avuto più volte di ribadire, il sistema statunitense non può essere “costituzionalmente” sensibile al tema della disinformazione per definizione, in quanto, come si diceva, si fonda sulla capacità autocorrettiva del “mercato delle idee” e per quelle caratteristiche peculiari proprie del costituzionalismo americano cui si accennava in precedenza. Vale a dire predominio assiologico del Primo emendamento, fiducia nello strumento tecnologico come “amplificatore” delle libertà preesistenti, grande rilevanza del profilo attivo, con riguardo alla libertà di espressione, di chi diffonde il proprio pensiero.

In Europa, al contrario, visto il sistema valoriale assai differente sia per quanto riguarda, come già richiamato, il ruolo giocato “alla pari” della libertà di espressione con le altre libertà fondamentali, sia con riferimento al concetto di abuso del diritto e all'attenzione al profilo passivo del diritto a essere informato se non in modo veritiero, quanto meno verificabile, un'importazione dell'idea di Internet quale new free marketplace of ideas nelle vesti di bussola di orientamento per (non regolare) il fenomeno della disinformazione non poteva che comportare (e portare a) una crisi di rigetto.

Crisi dovuta anche ad errato esercizio di trasferimento o traslazione dei campi di esperienza che abbiamo visto, caratterizzare, anche etimologicamente, il concetto di metafora. Si è visto infatti che tale concetto ha due elementi costitutivi, il campo di provenienza ed il campo di destinazione. Con riferimento alla metafora oggetto di importazione nel nostro caso, il libero mercato delle idee, evidentemente, il campo di provenienza della stessa è quello relativo al libero gioco di mercato tipico del diritto alla concorrenza e quello di destinazione fa invece riferimento al pluralismo di idee che dovrebbe caratterizzare lo spazio ed il discorso pubblico, nel mondo analogico e in quello digitale. Ebbene, è evidente che affinché l'importazione di una metafora possa funzionare gli elementi costitutivi dei due campi rilevanti non possono essere stravolti.

²³ Corte Suprema federale degli Stati Uniti d'America, 25 giugno 1974, *Gertz v. Robert Welch*, in 418 U.S. 323 (1974). Si veda, nello specifico, la *dissenting opinion* di Holmes, 624 ss.

Nel caso dell'importazione europea della metafora oggetto di indagine - libero mercato delle idee - invece si ha un netto stravolgimento del campo di provenienza, c.d. source domain, tra i periodi in cui la metafora è elaborata per la prima volta da Holmes nel 1919 e poi ripresa dalla Corte suprema nel 1997 e quello in cui, assai dopo, nel 2018, la stessa metafora è stata poi presa in prestito dalla Commissione europea nella sua prima strategia, ed il suo primo Codice di condotta contro la disinformazione. Quando Holmes scriveva la sua dissenting opinion il contesto statunitense era caratterizzato da un periodo di laissez faire, a forte traino liberale, in cui effettivamente vi erano tutte le caratteristiche, quanto al campo di provenienza della metafora, di un mercato libero e concorrenziale. Così come, quando nella traslazione dal mondo degli atomi a quello dei bit la Corte suprema riprendeva la metafora definendo a fine degli anni '90 Internet come the new marketplace of ideas, questa faceva effettivamente riferimento al momento fondativo per la nascita e lo sviluppo del cyberspazio, un "mercato" a quei tempi davvero libero, che aveva fatto illudere, come si è visto, i pionieri del web potesse davvero essere indipendente dal mondo reale. Al contrario, quando nel 2018 la metafora è importata forzatamente dalla Commissione europea nel vecchio continente al fine di elaborare la prima strategia europea contro la disinformazione, l'assetto economico (campo di provenienza della metafora) che caratterizzava (e tutt'ora caratterizza) il web, era ed è tutt'altro che libero, per via dell'emersione e del consolidamento di quei poteri privati cui prima si faceva accenno.

Alla luce di tali premesse, non è un caso che il Codice di condotta del 2018 contro la disinformazione, che pure rappresentava un unicum a livello mondiale quale modello di impegno volontario, da parte del potere digitale privato, ad adottare tutta una serie di misure che contenessero il fenomeno, è stato deludente quanto a vaghezza degli obblighi assunti da parte delle stesse piattaforme e l'assenza quasi completa di criteri per la verificabilità e la misurabilità degli impegni. In particolare, la versione del 2018 non prevedeva le condizioni fondamentali per rendere il codice uno strumento efficace al contrasto contro la disinformazione, in particolare considerata l'assenza di obiettivi e linee guida definiti dalla Commissione e strumenti di misurazione delle misure adottate dai firmatari.

Si è quindi deciso, in sostanza, a partire dall'autunno del 2021, di riscrivere, sotto il coordinamento di chi scrive ed alla luce delle linee guida della Commissione che erano nel frattempo state adottate²⁴, un nuovo codice che

²⁴ *Guidance on Strengthening the code of practice on disinformation*, adottate dalla Commissione il 26-4-2021 e consultabili qui <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/guidance-strengthening-code-practice-disinformation>.

potesse colmare le lacune del precedente ed essere uno strumento assai più efficace per contrastare un fenomeno che, intanto, era diventato di una gravità assoluta per gli effetti di inquinamento e di polarizzazione del discorso pubblico, che sempre più caratterizza le “digital agorà” ospitate dalle grandi piattaforme.

Rispetto al 2018 si avevano almeno quattro elementi aggiuntivi che non potevano che cambiare in meglio quanto realizzato con il primo codice di condotta. In primo luogo, la varietà e diversità di provenienza dei firmatari che non sono più soltanto le grandi piattaforme, ma comprendono anche esponenti della società civile, della comunità dei fact-checkers e delle imprese pubblicitarie, il che evidentemente ha portato spesso ad un aspro ma molto sano contraddittorio; in secondo luogo, la consapevolezza che bisognava trovare, dopo il fallimento dell’importazione statunitense del concetto di libero mercato delle idee, una risposta prettamente europea conforme all’assetto valoriale del vecchio continente, che si è tradotto in un meccanismo maggiormente bilanciato e di dialogo tra firmatari e Commissione; in terzo luogo, le linee guida della Commissione che fissavano la linea rossa al di sotto della quale, in termine di protezione dei diritti, non si doveva andare e indicando proposte per la misurazione e il monitoraggio degli obbiettivi; in quarto luogo e specialmente, la prossima entrata in vigore del DSA, già approvato dal Parlamento europeo e mentre si scrive sul tavolo del Consiglio, che farà dei codici di condotta, compreso quello appena presentato contro la disinformazione, strumenti privilegiati, seppure in modo come vedremo contraddittorio, di co-regolazione. Il punto è passato inosservato ai più, ma tra le tante virtù (e qualche vizio) del DSA vi è anche il tentativo di fare dei codici di condotta la sede privilegiata per andare oltre quello che si diceva essere il dilemma esistenziale già presente agli albori di Internet, ovvero self-regulation versus hard law.

Più precisamente, se è vero che il considerando 67 del DSA ribadisce la natura volontaria dei codici di condotta, il considerando 68 prevede espressamente l’opzione di co-regolazione accanto a quella della self-regulation per quanto riguarda i contenuti illeciti come definiti dagli ordinamenti degli stati membri. Inoltre, a dimostrare che si tratta di qualcosa di (molto) più di una cornice di self-regulation, in cui il non aderire ad un codice di condotta può avere soltanto per il non firmatario delle implicazioni negative dal punto di vista reputazionale, è espressamente previsto dallo stesso considerando secondo cui «The refusal without proper explanations by a provider of an online platform or of an online search engine of the Commission’s invitation to participate in the application of such a code of conduct could be taken into account, where relevant, when determining whether the online platform or the online search engine has infringed the obligations laid down by this Regu-

lation». Niente di più vicino ad una minaccia di enforcement esterno che a sua volta è niente di più lontano dai meccanismi propri della self-regulation nel settore digitale.

La disciplina più dettagliata è poi affidata rispettivamente all'art. 35 per i codici di condotta in generale e all'art. 36 più specificatamente per i codici in materia di pubblicità online. Il fil rouge delle disposizioni è sempre lo stesso: da una parte si ribadisce la natura volontaria, dall'altra emerge un ruolo assai più proattivo e di controllo della Commissione con riferimenti anche all'enforcement in caso di mancato adempimento degli obblighi assunti.

Tale serie di circostanze favorevoli ha fatto sì che il nuovo codice, di fatto, abbia anticipato il DSA quale primo laboratorio di co-regulation che, in futuro, potrà ben andare a toccare settori differenti rispetto a quello della disinformazione, come per esempio l'hate speech e la disciplina pubblicitaria. In altre parole, il nuovo codice definisce un esempio di co-regolazione che contribuisce a definire la strategia europea in relazione alle piattaforme digitali.

Rispetto al codice del 2018 il vero valore aggiunto è costituito da una presenza molto più massiccia e circostanziata degli indicatori delle prestazioni relativi alla effettività (e quindi misurabilità) degli impegni presi. Si fa riferimento ai già richiamati KPI, quasi del tutto assenti nel 2018, che nel nuovo codice prendono il nome di Qualitative Reporting Elements (QRE) e Services Level Indicators (SLI). Si tratta di un elemento cruciale, perché nessun codice di condotta può essere preso sul serio se non ha criteri, per l'appunto, seri e rigorosi per verificare se e come gli impegni assunti dai firmatari vengano poi tradotti in azioni concrete.

Quanto alle novità sostanziali, partendo dal Preambolo, si può notare come esso faccia riferimento alle tradizioni costituzionali europee ed al ruolo fondamentale della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, quindi ponendo al centro il ruolo dei diritti fondamentali, e del loro bilanciamento, nel contrasto alla disinformazione.

Nel primo capitolo, relativo al c.d. ad placement, uno dei capisaldi fondamentali è quello relativo alla trasparenza nei meccanismi di content monetisation. Tali strategie che sono legate al business model dei social media, costituiscono un importante mezzo che tende a favorire la circolazione di contenuti, tra cui la disinformazione, che portano a un maggiore engagement e quindi a una remunerazione legata alla loro diffusione. Di conseguenza, il codice dà grande risalto alla lotta senza quartiere contro i professionisti della disinformazione, cercando di valorizzare la demonetizzazione delle risorse necessarie per inquinare il dibattito pubblico.

Con riferimento al secondo capitolo, relativo al tema caldissimo del political adversting, il Codice si sofferma molto sulla necessità di una chiara identificazione di cosa sia pubblicità politica sul web, con un sistema di labelling

che deve essere il più chiaro e trasparente possibile. La linea di confine tra contenuti politici e altri contenuti, ma con contenuto politico, rende il contrasto alla disinformazione particolarmente complesso²⁵, particolarmente in momenti sensibili quali le elezioni.

Il terzo capitolo, relativo all'integrità dei servizi, ha un focus molto più accentuato rispetto al codice del 2018 sugli sforzi (che devono essere verificabili) per innalzare il livello di sicurezza contro tattiche, tecniche e procedure anche occulte di disinformazione. Un tale sistema fornisce maggiore flessibilità al codice anche per contrastare nuove strategie di manipolazione.

Il quarto capitolo, relativo al rafforzamento della posizione degli utenti dei servizi dei social network e delle grandi piattaforme, affronta un punto centrale e si concentra molto di più rispetto al passato sulle misure di mitigazione ed attenuazione del rischio e su nuovi strumenti per rafforzare, per l'appunto, la posizione dell'internauta. In questo caso, l'obiettivo è fornire agli utenti strumenti che permettano di contrastare la disinformazione, includendo, ad esempio, campagne di media literacy o strumenti di ricorso.

Il quinto capitolo, che è dedicato al rafforzamento della ricerca, enfatizza la necessità dell'accesso ai dati necessari da parte dei ricercatori per poter portare avanti in modo indipendente ed approfondito i loro studi sulla disinformazione, ovviamente il tutto in conformità con la disciplina del GDPR. Questo punto costituisce un importante passo in avanti, considerato il limite all'accesso ai dati sui contenuti che sono ospitati dai social media.

Il sesto capitolo, relativo alla questione cruciale del fact-checking, si concentra sul ruolo di tali attori nel contrasto alla disinformazione, in particolare assicurandosi che sia identificata una "fair financial contribution" a favore dei fact-checkers, per assicurarne indipendenza e dialogo con le piattaforme. I fact-checkers svolgono un ruolo sempre più centrale nel contrasto alla disinformazione e, in questi anni, hanno stretto maggiori rapporti con le grandi piattaforme che hanno supportato in diversi modi, anche attraverso fondi, l'attività di queste organizzazioni.

Infine, i capitoli su Transparency Centre e Task Force sono essenziali perché caratterizzano l'identità dinamica del codice come work in progress la cui valutazione sulla effettività degli impegni e sulla sua generale implementazione deve essere, per l'appunto, continuativa. In questo caso, la Task Force contribuisce anche alla definizione degli Structural Indicators (SI) ossia quelle misure diagonali che permettono la misurazione generale degli obiettivi del codice. Proprio questa parte del codice svolge un ruolo fondamentale per

²⁵ G. DE GREGORIO, C. GOANTA, *The Influencer Republic: Monetizing Political Speech on Social Media*, in *German Law Journal*, 23, 2, 204, 2022.

assicurare che il codice sia un living instrument e possa essere adattato alle sfide del contrasto alla disinformazione.

5. Conclusioni: quali l'armamentario di diritto costituzionale a disposizione per fronteggiare la disinformazione on line?

Il laboratorio appena descritto relativo alle diverse visioni di politica del diritto connesse alle modalità di fronteggiare il dilagante fenomeno della disinformazione on line fa emergere molte delle domande fondamentali che caratterizzano il rapporto tra diritto costituzionale e le nuove tecnologie siano ancora quelle che hanno caratterizzato la dimensione fondativa del diritto di internet

In particolare, la domanda rilevante è sempre la medesima che Goldsmith e Wu si ponevano già nel 2006, «*Who controls the Internet?*»²⁶, a cui se ne aggiunge un'altra altrettanto rilevante. Come è possibile per le democrazie liberali poter esercitare la propria sovranità “digitale” nei confronti dei poteri privati che competono sempre più alla pari con quelli pubblici?

L'*humus* valoriale assai differente che abbiamo visto caratterizzare l'ordinamento statunitense e quello europeo (ma qui potrebbero ovviamente essere inclusi altri modelli in competizione come quello cinese) spiega anche il perché del dibattito sulla sovranità digitale, che vede opporsi “visioni” diverse degli stessi diritti e standard di tutela differenti da parte di ordinamenti che possono rivendicare una posizione peculiare nella *governance* del cyberspazio.

Le reazioni, mantenendo ferma la rotta transatlantica che ci si è imposti all'inizio, non possono che essere illustrate, anche alla luce della cornice valoriale assai differente che si è cercato di richiamare, concentrandosi prima sull'ordinamento statunitense e poi su quello europeo, non prima però di una nota preliminare che collega le due sponde dell'Oceano.

Una prima, immediata, possibilità di reazione al consolidamento del potere digitale potrebbe essere quella di applicare orizzontalmente, anche nello spazio “Internet” e nei confronti delle grandi piattaforme, le disposizioni a tutela dei diritti fondamentali presenti nelle carte dei diritti.

È infatti eccessivamente pessimista quanto scrive Tim Wu, in genere uno dei più attenti studiosi dei temi oggetto di indagine, secondo il quale «colpisce il fatto che documenti come la Magna Carta, la Costituzione degli Stati Uniti, il Trattato di Lisbona e lo Statuto delle Nazioni Unite siano stati scritti per contenere l'esercizio di un potere pubblico privo di contrappesi, mentre non abbiano niente che faccia effettivamente la stessa cosa contro il potere

²⁶ V. T. WU e J.L. GOLDSMITH, in *Notre Dame Law Review Reflection*, 95, 2019, n. 1, 33 ss.; J.L. GOLDSMITH, *Against Cyberanarchy*, in *University of Chicago Law Review*, 65, 1998, n. 4, 1199 ss.;

privato incontrollato»²⁷. È fondamentale a questo proposito, come si vedrà, differenziare l'analisi quanto meno in una prospettiva transatlantica, perché Wu sottovaluta, come vedremo, la creatività e l'audacia della Corte di giustizia dell'Unione europea nel "trasformare" per via interpretativa (melius: manipolativa) disposizioni dei trattati chiaramente pensate esclusivamente nei confronti degli Stati membri in strumenti direttamente azionabili dai singoli, con un effetto diretto orizzontale neanche immaginato dagli Stati membri al momento della sottoscrizione degli stessi trattati.

Così come è eccessivamente ottimista quanto sostiene a questo riguardo Robert Alexy²⁸, ovvero che la questione relativa agli effetti orizzontali dei diritti fondamentali previsti dalle Carte costituzionali o dai *Bills of rights* non possa essere concettualmente scissa dal problema più generale del riconoscimento di un effetto diretto agli stessi diritti. In altre parole, se è riconosciuto ad un diritto fondamentale effetto diretto, tale riconoscimento dovrebbe essere caratterizzato da una doppia dimensione: quella verticale (autorità vs. libertà) e quella orizzontale (nei rapporti tra privati).

Il problema è che tale assunto, convincente da un punto di vista teorico, passando dall'"olimpo" dei filosofi all'"arena" dello *ius dicere*, rischia di non superare il test del diritto comparato, le scelte delle corti costituzionali e supreme possono divergere, su questo aspetto, in base al paradigma costituzionale al quale esse si ispirano che fa da architrave, da humus assiologico e culturale.

Con particolare riferimento contesto statunitense, l'arsenale di diritto costituzionale d'Oltreoceano, a differenza di quanto si dirà poi con riferimento all'ordinamento europeo, non dispone dell'arma relativa all'applicazione orizzontale dei diritti previsti dal *Bill* federale. O meglio, per quanto riguarda l'applicazione dei diritti previsti dagli Emendamenti della Costituzione introdotti a partire dal 1791, e con particolare riferimento al Primo emendamento, l'efficacia orizzontale (*inter privatos*) dello stesso è negata dall'applicazione della c.d. *state action doctrine*²⁹ in forza della quale le garanzie previste dai diritti sanciti dal *Bill of Rights* federale possono essere fatte valere soltanto nei confronti dei poteri pubblici e non dei privati.

La ragione alla base della resistenza alla accettazione di una generale efficacia orizzontale dei diritti previsti dalla Costituzione federale si spiega con il

²⁷ T. WU, *La Maledizione dei Giganti*, Bologna, Il Mulino, 2020, 10.

²⁸ R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 2012, 570-571.

²⁹ V. in particolare, S. GARDBAUM, *The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights*, in *Michigan Law Review*, 102, 2003, 388 ss.; M. TUSHNET, *The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 1, 2003, 79 ss.; W.R. HUHN, *The State Action Doctrine and The Principle of Democratic Choice*, in *Hofstra Law Review*, 84, 2006, 1380 ss.

terreno culturale che fa da humus al costituzionalismo statunitense, il quale è basato sui valori di *liberty* e *individual freedom* che costituiscono il fondamento dell'autonomia privata.

In altre parole, come ha osservato Mark Tushnet, «*the judicialisation of relations between private persons [is] as an intolerable intrusion of the state into the sphere of private autonomy*». La domanda, con riguardo al nostro campo di indagine, nasce spontanea: una tale intrusione può essere considerata intollerabile anche quando siamo di fronte a poteri privati che *de facto* spesso esercitano funzioni di natura pubblicistica o para-costituzionale e quindi possono essere considerati *latu sensu state actors*? La risposta della Corte suprema è abbastanza netta e conferma l'intollerabilità dell'intrusione. Nell'unica decisione di un certo rilievo assunta finora alle cronache³⁰, è stato escluso che un soggetto privato, per quando di dimensioni elefantache come YouTube, possa essere considerato uno *state actor*.

Non solo, ma come è stato giustamente notato «nell'interpretazione della Corte d'appello, mancano totalmente possibili punti di contatto tra un prestatore di servizi come Youtube e ciò che nel diritto costituzionale statunitense rappresenta uno *state actor*: non vi sarebbe alcuna partecipazione a quel novero limitato di funzioni che sono tradizionalmente riservate in via esclusiva allo Stato»³¹; al contrario, questi non sarebbero altro che soggetti privati che adottano decisioni relative alla *governance* del proprio spazio.

Proprio il riferimento al governo dello spazio gestito dalle piattaforme, vista l'invalidità dell'ostacolo relativo al (non) superamento della *state action doctrine*, rappresenta il secondo tentativo da parte del diritto da parte del diritto costituzionale statunitense, anche questo, come si vedrà, sostanzialmente senza successo, di poter essere più efficace nella (de)limitazione dell'emergente potere digitale.

In particolare si fa riferimento all'opzione interpretativa, cui si è accennato in apertura, volta ad una equiparazione degli spazi offerti dalle piattaforme digitali che offrono dei servizi c.d. di social network alla categoria del *public forum*, onde applicarvi la *public forum doctrine* che ammette limitatissime possibilità di interferenza con l'esercizio della libertà di espressione, perlopiù contenutisticamente neutre, in quei luoghi come parchi, strade e piazze che sono considerati naturalmente destinati a ospitare lo scambio di idee e opinioni tra individui.

³⁰ Corte d'appello federale degli Stati Uniti d'America per il Nono Circuito 26 febbraio 2020, *Prager University v. Google LLC*, n. 18-15712 (9th Cir. 2020).

³¹ BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati"*, in *Rivista di diritto dei media*, 2021, n. 2, 67 ss.; 22.

Si è evidenziato in dottrina³² che questa affermazione ricorre spesso metaforicamente allo scopo di descrivere i social network come la nuova pubblica piazza ma che cosa ben diversa sarebbe sottendervi una valenza normativa. La giurisprudenza statunitense, fino a oggi, ha avallato questa ricostruzione soltanto in presenza di account social utilizzati da *state officials*, ossia da soggetti che agiscono nella loro qualifica pubblicistica, allo scopo di ritenere effettivamente lesive della libertà di espressione degli utenti misure quali il blocco o la rimozione di commenti³³. Vale la pena segnalare che la giurisprudenza non considera la natura proprietaria ostativa alla qualificazione pubblicistica, rilevando che ben possono esistere *designated public forum*, ossia spazi che “diventano”, pur essendo privati, di natura sostanzialmente pubblica, coinvolti nel medesimo processo di metaformosi che abbiamo visto caratterizzare i soggetti in gioco.

Gli accennati tentativi di riqualificazione del ruolo delle piattaforme, e in special modo dei social network, sono densi di implicazioni che concernono i valori in gioco nello spazio digitale, con i quali i nuovi “poteri” devono inevitabilmente confrontarsi. Equiparare un social network a un servizio pubblico o uno “Stato” non è un’operazione neutrale, in quanto comporta l’assoggettamento a un compendio di garanzie che sono normalmente correlate all’operato degli attori pubblici. Se, sulla carta, questa operazione potrebbe segnare un avanzamento in senso garantistico, d’altro canto essa nasconde alcune insidie. In particolare, assoggettare allo stesso standard di tutela che si impone agli attori pubblici dei soggetti privati potrebbe dare luogo a conseguenze non agevoli rispetto ad alcune strategie che sono state elaborate a livello europeo, con riguardo soprattutto a contenuti che non presentino carattere illecito ma che possano divenire oggetto di rimozione o comunque di misure tecniche in ragione di strategie di contrasto elaborate sul piano della autoregolamentazione o della co-regolamentazione. La disinformazione rappresenta, in questa sede, un esempio calzante. Si tratta di un monito che, come è stato colto in dottrina³⁴, già Justice Alito aveva formulato in occasione

³² BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”*, cit., 68.

³³ Corte distrettuale degli Stati Uniti d’America per il distretto meridionale di New York 23 maggio 2018, Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. v. Trump, n. 1:17-cv-5205 (S.D.N.Y.); Corte d’appello federale degli Stati Uniti d’America per il Secondo Circuito 9 luglio 2019, Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. v. Trump, n. 18-1691 (2d Cir.); Corte Suprema federale degli Stati Uniti d’America 5 aprile 2021, Joseph Biden Jr., President of the United States, et al., v. Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ., in 593 U.S. __ (2021); Corte d’appello federale degli Stati Uniti d’America per il Quarto Circuito 7 gennaio 2019, Davison v. Randall, n. 17-2002 (4th Cir.).

³⁴ V. ancora BASSINI, *Libertà di espressione e social network*, cit., p. 78. Sui riflessi di queste possibili riqualificazioni v. soprattutto l’ampia panoramica di D.C. NUNZIATO, *From Town Square to*

della sua *concurring opinion* nel caso, *Packingham v. North Carolina*³⁵, criticando il linguaggio eccessivamente disinvolto con cui l'*opinion* della Corte suprema aveva suggerito che Internet e i social network in particolare costituissero i nuovi “*public forum*” della realtà digitale, senza aver soppesato le implicazioni di carattere normativo di questo *dictum*. Non solo: richiedendo che la moderazione dei contenuti da parte dei social network aderisca allo standard “pubblico” si rischierebbe di svuotare completamente la promessa di libertà insita nell’avvento di queste piattaforme, mettendo a rischio il loro possibile uso come strumento di protesta o di contrasto alla propaganda o alla censura pubblica. La mano dei social sarebbe così guidata dai poteri degli Stati, magari orientati anche da finalità virtuose, ma forse in alcuni casi animati da propositi meno commendevoli, specialmente nell’ambito di contesti di democrazie immature o di natura bellica come quelli tristemente noti.

In ogni caso il tentativo (o l’equivoco interpretativo) che sembra emergere in *Packingham* di attribuire un valore normativo e prescrittivo alla metafora spaziale³⁶ del cyberspace come *public forum* è definitivamente bloccato (o chiarito) in una relativamente recente sentenza della Corte distrettuale per il distretto settentrionale della California³⁷, in cui si dice chiaramente che, « [a]lthough Packingham spoke of “cyberspace” and “social media in particular” as “the most important places ... for the exchange of views” in modern society, [...] Packingham did not, and had no occasion to, address whether private social media corporations like YouTube are state actors that must regulate the content of their websites according to the strictures of the First Amendment ».

Metaforicamente, come è stato giustamente sottolineato, «si tratta di un colpo di grazia rispetto a ogni velleità di equiparazione che potesse sorreggersi su quella pur importantissima sentenza, il cui significato non deve essere perciò travisato».³⁸ Ancora una volta, le metafore vanno prese sul serio.

Vi è poi un ulteriore canale di riconfigurazione, che sembrerebbe emergere da una recente *concurring opinion* di Justice Thomas³⁹: qualificare come es-

Twittersphere: The Public Forum Doctrine Goes Digital, in *Journal of Science and Technology Law*, 25(1), 2019, 1 ss.

³⁵ Corte Suprema federale degli Stati Uniti d’America, *Packingham v. North Carolina*, Corte Suprema federale degli Stati Uniti d’America 19 giugno 2017, *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. (2017).

³⁶ A. MORELLI e O. POLLICINO, *Metaphors, judicial frames, and fundamental rights in cyberspace*, in *American Journal of Comparative Law*, 68, 2021, 616 ss.

³⁷ Corte distrettuale degli Stati Uniti d’America per il distretto settentrionale della California 26 marzo 2018, *Prager University v. Google LLC*, n. 17-CV-06064.

³⁸ Così M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”*. *Spunti di comparazione*, cit., 88.

³⁹ S.D.N.Y, *Knight Institute v. Trump*, cit. e 2d Cir., *Knight Institute v. Trump*, cit., successivamente 4th Cir., *Joseph Biden Jr. v. Knight Institute*, cit., su cui M. MONTI, *La Corte Suprema statunitense e il potere delle piattaforme digitali: considerazioni sulla privatizzazione della censura a partire da una concurring opinion*, in *DPCE On Line*, 1, 2021, 2781 ss.

essential facilities o comunque come infrastrutture da mettere al riparo da possibili discriminazioni nell'uso i social network, a fronte della loro inedita capacità di incidere su formidabili quantità di *speech*. Proprio perché ormai si tratta di servizi “essenziali” nella circolazione di contenuti e informazioni, per Justice Thomas è fondamentale individuare un regime giuridico congruo che consenta di limitare la possibilità di questi operatori di attuare comportamenti escludenti. La preoccupazione nasce dalle vicende che hanno riguardato la figura di Donald Trump e il suo c.d. *deplatforming* da Facebook e Twitter. Secondo Justice Thomas, occorre evitare che queste potenze economiche possano disporre di un potere giuridico altrettanto importante in grado di condizionare anche l'opinione pubblica e in ultima analisi la democrazia. Si tratta di un problema che non pare peraltro venir meno anche a voler considerare lo specifico caso di Trump come un episodio in cui le *fighting* e *inciting words* adoperate dall'allora Presidente travalicassero i confini della libertà di espressione come sanciti dal Primo emendamento e dalla sua interpretazione giurisprudenziale.

Anche laddove si dovesse accedere, poi, all'idea di una equiparazione nel senso sopra individuato, andrebbe poi compreso quale sia lo standard di tutela al quale riconoscere natura vincolante anche nei rapporti tra social e individui-utenti: le tradizioni costituzionali comuni dell'Unione europea o il Primo emendamento?

La domanda è volutamente provocatoria e sottende una problematica ancora viva nel costituzionalismo digitale che in qualche modo, a proposito di una migrazione di idee costituzionali o, più semplicemente, di una ibridazione o contaminazione tra standard di protezione provenienti da entrambe le sponde dell'Atlantico, riguarda il tentativo di legittimazione (ma anche di equiparazione a funzioni para-giurisdizionali) delle operazioni di bilanciamento compiute dalle piattaforme. In particolare, si fa riferimento ad una delle più recenti iniziative adottate da Facebook: l'istituzione di un *Oversight Board* indipendente⁴⁰ che avrà il compito di verificare l'adeguatezza delle decisioni adottate in sede di moderazione dei contenuti da parte del social network. Si tratta di un'operazione che implica di fatto un processo di auto-legittimazione e di privatizzazione della tutela dei diritti, che anticipa, ovviamente muovendosi sul terreno dell'autoregolamentazioni le mosse legislative, cui si farà riferimento nella parte finale di questo scritto, sulla sponda europea, perlopiù inclini a valorizzare la dimensione della trasparenza.

⁴⁰ K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in *Yale Law Journal*, 129, 2020, 2418 ss.; A. BURATTI, *Framing the Facebook Oversight Board: Rough Justice in the Wild Web?*, in *Rivista di diritto dei media*, 2, 2022, in corso di pubblicazione.

In particolare, le decisioni più significative, tra cui soprattutto quella relativa alla sospensione dell'account di Donald Trump, sembrano indicative di una contaminazione⁴¹ tra il sentire quasi estremo statunitense e quello più moderato europeo, più vicino al criterio di proporzionalità come bussola (anche) delle operazioni di bilanciamento.

Che sia la fine di una tendenza delle piattaforme digitali all'affermazione del Primo emendamento come standard globale?

⁴¹ O. POLLICINO, G. DE GREGORIO e M. BASSINI, *Trump's Indefinite Ban. Shifting the Facebook Oversight Board away from the First Amendment Doctrine*, in *Verfassungsblog*, 11 maggio 2021.

DALLA SELF-REGULATION ALLA OVER-REGULATION IN AMBITO DIGITALE: COME (E PERCHÉ) DI UN NECESSARIO CAMBIO DI PROSPETTIVA*

EDOARDO C. RAFFIOTTA**

Sommario

1. Introduzione. – 2. La proliferazione delle norme nel quadro normativo europeo: cybersecurity, privacy, AI, servizi digitali. – 3. Gli effetti dell’over-regulation sul diritto pubblico europeo. – 3.1. Alcune non trascurabili problematiche, in punto di diritto. – 3.2. (*segue*): le criticità dell’over-regulation nel diritto pubblico. – 3.3. (*segue*): over-regulation e mercato. – 4. Possibili cause dell’over-regulation. – 5. L’over-regulation come (strano) tentativo dell’UE di acquisire un ruolo in ambito tecnologico. – 6. Non solo di regolamentazione vive un sistema digitale affidabile.

Abstract

The "A Europe Fit for the Digital Age" strategy defined by the European Commission is increasingly characterized by copious regulatory output that regulates the impact of the new generation of technologies, most recently with the AI Act aimed at regulating artificial intelligence. This phenomenon seems to describe an over-regulation that will imply not easy coordination of the obligations foreseen, on the one hand, with the regulations on the protection, enhancement, and security of data - personal and non-personal - (GDPR, Data Act, Data Governance Act, NIS, etc.; on the other hand, with those directed to regulate the role of service providers (including gatekeepers and platforms) (Digital Markets Act, Digital Services Act, European Digital Identity, etc.). This intersection and, to some extent, an overlap of the AI Act with other European regulations will impose a - not always smooth - coordination that could jeopardize the competitiveness of European companies.

Suggerimento di citazione

E.C. RAFFIOTTA, *Dalla self-regulation alla over-regulation in ambito digitale: come (e perché) di un necessario cambio di prospettiva*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2023. Disponibile in: www.osservatoriosullefonti.it

* Contributo realizzato nell’ambito del Progetto PRIN 2017 “Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law” (SE.CO.R.E TECH), Unità di Pisa.

** Professore associato di Diritto costituzionale nella Università degli Studi di Milano-Bicocca
Contatto: edoardo.raffiotta@unimib.it

1. Introduzione

Ronald Dworkin sosteneva che il concetto stesso di diritto fosse un “concetto interpretativo”, come tale “aperto alla controversia e alla discussione, la cui semantica non è autosufficiente”¹. Ne derivava ciò che il giurista statunitense indicava come l’ “assillo semantico”, colpevole di offuscare le capacità di comprensione dell’interprete e, soprattutto, di impedire a quest’ultimo di cogliere la reale dimensione giuridica individuabile invece, appunto, nell’opera di interpretazione.

La fortunata formula dworkiniana ben si presta ad essere mutuata per descrivere lo stato dell’arte del diritto di matrice europea (*rectius*: di matrice unionale): prendendo in prestito le parole di Dworkin, sembra che oggi vi siano buoni motivi per poter scrivere di un’Unione investita invero da un “assillo *normativo*”, intendendosi con ciò l’attivismo che negli ultimi anni ha caratterizzato - e caratterizza tuttora - l’attività di produzione di norme ad opera degli organi europei. Un fenomeno, più generalmente ascrivibile all’*over-regulation*, che oggi appare caratterizzare l’UE, e sul quale vale dunque la pena soffermarsi cercando di comprenderne le ragioni, gli effetti e - soprattutto - le possibili distorsioni (in campo economico, ma non solo).

Mai come oggi la tecnologia e il suo diritto hanno subito trasformazioni così radicali. Siamo nel mezzo di processi di trasformazione già avviati e in continua evoluzione. Quello che sta caratterizzando tale nuova stagione, su tutto, è l’interesse per lo Stato a fenomeni che hanno sempre maggiore centralità ed effetti non solo sui diritti costituzionali, ma altresì con interferenze persino sulle forme di governo. Lo Stato sta sempre più regolando attraverso il diritto pubblico fenomeni fino ieri rimessi all’autonomia dei privati e alla giurisprudenza dei singoli casi. Ed è quindi anche per questo che è sorto un nuovo spazio di ricerca scientifica di taglio sempre più giuspubblicistico, che si muove in parallelo rispetto agli interessi dei civilisti.

In questo testo si vuole provare anzitutto a ricostruire i molti ambiti di nuova regolazione, o di prossima imminente regolazione, al fine proporre qualche spunto di riflessione sulle conseguenze di questa nuova stagione del diritto. Che vede protagonista il diritto pubblico.

2. La proliferazione delle norme nel quadro normativo europeo: alcuni esempi: cybersecurity, privacy, AI, servizi digitali

È ampiamente noto che la storia dell’umanità, o meglio, della civiltà umana, sia sempre stata influenzata, tra le altre cose, dalle fasi evolutive o involutive del ciclo economico-produttivo. Le crisi economiche hanno spesso causato

¹ M. LA TORRE, *La rivolta dei principi. Ronald Dworkin*, in Id., *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Leo S. Olschki, Firenze, 2020, pp. 13-29.

un profondo sconvolgimento dell'ordine istituzionale esistente, aprendo la strada a richieste popolari e sollevando interrogativi sulla solidità dell'apparato statale da parte degli operatori del settore; allo stesso modo, i periodi di aumento della produttività e della ricchezza media sono generalmente caratterizzati da un consolidamento del tessuto sociale e da un rafforzamento dei principi democratici. È noto che in tali casi le ragioni del mutato scenario possono essere rintracciate nel concetto di "progresso", che porta a un "cambiamento" che, se sufficientemente radicale, si traduce in una "rivoluzione". Per questo l'espressione "rivoluzione industriale" viene oggi utilizzata per descrivere tre fondamentali cambiamenti nel mondo dell'economia e della produzione, correlati a altrettanti fattori di progresso: l'introduzione della macchina a vapore e il suo utilizzo su larga scala (prima rivoluzione industriale, seconda metà del XVIII secolo); la comparsa dell'elettricità nel processo produttivo e del petrolio nell'economia (seconda rivoluzione industriale, comunemente associata all'anno 1870); l'avvento delle prime forme di telecomunicazione e dell'informatica (terza rivoluzione industriale, a partire dal 1970)². Oggi, per chiunque si avvicini al tema dell'intelligenza artificiale (AI) e - più in generale - del *digital*, è facile parlare di una "quarta rivoluzione industriale", o meglio, "rivoluzione industriale 4.0", con ciò riferendosi alla commistione sempre più stretta tra il mondo reale delle unità produttive e quello dell'*Internet of things* e dei sistemi cibernetici. Questa interazione sempre più intensa tra software e hardware, come l'attuale stadio di interconnessione tra macchine, fino a poco tempo fa era impensabile (è interessante notare come le prime tre rivoluzioni industriali siano state separate da circa un secolo, mentre tra la terza e la quarta, ammesso che non siamo già alla quinta, sono trascorsi meno di quarant'anni), rende sempre più chiaro come le nuove tecnologie, in particolare le intelligenze artificiali, siano destinate a cambiare profondamente lo *status quo* attuale³, investendo interi settori - e di conseguenza ruoli e impieghi - con una rivoluzione completa, forse addirittura cancellandoli (il Comitato economico e sociale europeo ha già individuato undici settori che verranno trasformati dall'AI)⁴.

Il digitale, insomma, governa oggi il cambiamento e governerà domani la quotidianità.

² M. BARONI, *L'Intelligenza Artificiale tra costituzione e globalismo: perché non c'è futuro senza uomo*, su *Ius in Itinere*, online, 1/2019.

³ Sul ruolo della tecnica e del progresso tecnico-scientifico nei mutamenti sociali e nel dominio politico si v. E. FORSTHOFF, *Lo stato della società industriale*, A. MANGIA (a cura di), Giuffrè, Milano, 2011.

⁴ CESE, Documento C-288, 31 Agosto 2017. Per il Comitato, "l'AI pone sfide per la società" nei settori di etica; sicurezza; privacy; trasparenza e rendicontabilità; lavoro; istruzione e competenze; (dis)uguaglianza e inclusività; disposizioni legislative e regolamentari; governance e democrazia; guerra; superintelligenza.

Non stupisce allora che l'Unione abbia deciso non solo di non rimanere indifferente a tale scenario ma - al contrario - di giocarvi un ruolo da (aspirante) protagonista. Anche, e soprattutto, a mente della presenza di competitor quali Stati Uniti e Cina (rispetto ai quali l'Unione ha ormai ampiamente dimostrato voler adottare un approccio *human-centered* e dichiaratamente orientato alla tutela delle libertà e dei diritti individuali⁵, così distinguendosi da realtà - come appunto quella statunitense e cinese - più attente, pur se in maniera estremamente differente l'una dall'altra⁶, alle implicazioni di mercato; il che, si vedrà nel prosieguo, non manca di influire anche in tema di *over-regulation*). A titolo esemplificativo, è nell'ambito del rinnovato ruolo da protagonista dell'UE che si inserisce e nel quale deve esser letto il programma "*Shaping europe's digital future*", avente il preciso obiettivo - come specificato dall'Unione sulle proprie pagine - di plasmare il futuro digitale dell'Europa tramite tre pilastri fondamentali (la "tecnologia al servizio delle persone"; una "economia digitale equa e competitiva"; nonché una "società aperta, democratica e sostenibile"): il tutto finalizzato a far divenire l'Unione "un modello di riferimento mondiale per l'economia digitale" facendole inoltre sostenere "le economie in via di sviluppo nella digitalizzazione" e varare norme digitali per poi promuoverle a livello internazionale⁷.

Un intento quindi da salutarsi con particolare favore ma per la cui corretta concretizzazione, contemporaneamente, deve chiedersi al legislatore europeo di muoversi con particolare cautela ponendo attenzione al difficile equilibrio tra l'intento regolatore da un lato e, dall'altro, la scivolosa china dell'*over-regulation*.

Verso la quale tuttavia il legislatore europeo sembra oramai inconsapevolmente orientato.

Per comprendere perché sia possibile parlare di *over-regulation* è sufficiente - e al contempo necessario - ripercorrere i più recenti interventi normativi introdotti dall'UE in ambito *digital* (nello specifico, sarà sufficiente un breve riepilogo dell'attuale quadro normativo in tema privacy; cybersecurity e AI).

Il primo rilevante intervento regolatore in tema privacy è costituito naturalmente dal GDPR (Regolamento EU n. 679/2016), in vigore dal 24 maggio

⁵ Sul punto si v. esemplificativamente l'iniziativa *International Outreach for human-centric Artificial Intelligence*, promossa dal Servizio per gli strumenti di politica estera (FPI) della Commissione europea e la Direzione generale per le reti, i contenuti e la tecnologia delle comunicazioni (DG CONNECT), in collaborazione con i Servizi europei per l'azione esterna (SEAE) (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/international-outreach-ai>)._____

⁶ A fronte del liberismo USA, in Cina domina come noto il c.d. inedito "socialismo di mercato". G. C. CHOW, D. H. PERKINS, *Routledge Handbook of the Chinese Economy*, Routledge, Londra, 2015.

⁷ https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/shaping-europes-digital-future_it.

2016 e applicato dal 25 maggio 2018 in sostituzione della Direttiva sulla protezione dei dati (Direttiva 95/46/CE). Con il GDPR si afferma il concetto di responsabilizzazione - *accountability* - del Titolare del trattamento dei dati, si introduce la “privacy by design” e si legittima un approccio al trattamento dei dati *risk-based*, orientato a far sì che gravi sul Titolare del trattamento l’onere di fornire idonee garanzie sull’adeguatezza delle misure di sicurezza dallo stesso predisposte a seguito della obbligatoria valutazione d’impatto⁸. Il sistema di tutela introdotto dal GDPR è poi integrato dalla Direttiva sull’applicazione della legge sulla protezione dei dati (Direttiva n. 680/2016)⁹, in vigore dal 5 maggio 2016, e dal Regolamento n. 1725/2018, in vigore dall’11 dicembre 2018 (integra il sistema protezione dati del GDPR), per effetto del quale è abrogato il regolamento (CE) n. 45/2001¹⁰ e ove sono definiti i doveri e i poteri del GEPD - Garante europeo della protezione dei dati (che il 15 Maggio 2020 ha adottato il proprio Regolamento interno). Passando per il Regolamento n. 1724/2018, applicabile dall’11 dicembre 2018¹¹, che segue al Regolamento UE n. 1024/2012 e istituisce lo Sportello Unico Digitale (con l’obiettivo di facilitare l’accesso alle informazioni, alle procedure amministrative e ai servizi di assistenza per i cittadini che vogliono trasferirsi, studiare o aprire una propria attività in un Paese dell’Unione europea diverso da quello di residenza)¹², deve inoltre ricordarsi il Data Governance Act (Regolamento UE n. 868/2022), in vigore dal 23 giugno 2022 (in applicazione dal 24 settembre 2023), che, modificando il Regolamento n. 1724/2018, stabilisce le condizioni per il riutilizzo, all’interno dell’Unione, di determinate categorie di dati detenuti da enti pubblici, oltre a introdurre un quadro di notifica e

⁸ Il tutto oltre all’introduzione di regole più rigorose per la selezione e la nomina di un responsabile del trattamento e di eventuali sub-responsabili; all’ampliamento dei diritti dell’interessato; all’introduzione di criteri rigorosi per il trasferimento dei dati al di fuori dell’Ue, etc.

⁹ Relativa alla protezione dei dati delle persone fisiche quando il trattamento dei medesimi avvenga da parte delle competenti autorità a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati (finalizzata dunque, in sintesi, a garantire che i dati personali di vittime, testimoni e indagati siano debitamente protetti, agevolando la cooperazione transfrontaliera nella lotta contro la criminalità e il terrorismo).

¹⁰ Relativo al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell’Unione.

¹¹ L’articolo 2, l’articolo 4, gli articoli da 7 a 12, gli articoli 16 e 17, l’articolo 18, paragrafi da 1 a 4, l’articolo 19, l’articolo 20, l’articolo 24, paragrafi 1, 2 e 3, l’articolo 25, paragrafi da 1 a 4, l’articolo 26 e l’articolo 27 si applicano a decorrere dal 12 dicembre 2020. L’articolo 6, l’articolo 13, l’articolo 14, paragrafi da 1 a 8, l’articolo 14, paragrafo 10, e l’articolo 15 si applicano a decorrere dal 12 dicembre 2023. Fatta salva la data di applicazione degli articoli 2, 9, 10 e 11, le autorità municipali rendono accessibili le informazioni, le spiegazioni e le istruzioni di cui ai detti articoli al più tardi entro il 12 dicembre 2022).

¹² *Ex multis* G. PERA, *EIRA: il caso d’uso SUAP/SUE, AGID*, su http://eventipa.formez.it/sites/default/files/allegati_eventi/AGID_EIRASportelli%20Unici-Pera.pdf.

controllo per la fornitura di servizi di intermediazione dei dati (di fatto ampliando quanto già regolamentato nel 2019 tramite la Direttiva 2019/1024). Senza dimenticare il Data Act¹³, attualmente al livello di mera Proposta (pubblicata il 23 Febbraio 2022): la Legge sui dati, parte della Strategia europea sulla governance dei dati, si applicherà ai produttori di dispositivi connessi e ai fornitori di servizi correlati sul mercato UE e, rivedendo alcuni aspetti della Direttiva Database, una volta entrata in vigore¹⁴ introdurrà tra le altre cose misure volte a prevenire l'abuso di squilibri contrattuali che ostacolano un'equa condivisione dei dati e nuove norme che stabiliscono le condizioni quadro per consentire ai clienti di passare efficacemente da un operatore di servizi all'altro, nel tentativo inoltre di creare un quadro generale per l'interoperabilità dei dati.

In ambito *cybersecurity* va invece menzionata - *in primis* - la NIS (Direttiva (UE) 2016/1148 recante misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione), entrata in vigore nel 2018 con obbligo di recepimento per gli Stati entro il 9 maggio dello stesso anno (e applicazione entro il 10 maggio 2018): prima normativa organica dell'Unione sul tema, fa seguito al *EU Cybersecurity strategy plan* del 2013 e definisce le misure necessarie per conseguire un elevato livello di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi. Si applica agli Operatori di Servizi Essenziali (OSE) e ai Fornitori di Servizi Digitali (FSD), e onera entrambi di adottare misure tecniche e organizzative adeguate e proporzionate alla gestione dei rischi e a prevenire e minimizzare l'impatto degli incidenti a carico della sicurezza delle reti e dei sistemi informativi, al fine di assicurare la continuità del servizio; imponendo loro l'obbligo di notificare, senza ingiustificato ritardo, gli incidenti aventi un impatto rilevante sulla continuità e sulla fornitura del servizio al Computer Security Incident Response Team (CSIRT) italiano¹⁵, informandone anche la competente Autorità NIS di riferimento.

¹³ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (normativa sui dati) {SEC(2022) 81 final} - {SWD(2022) 34 final} - {SWD(2022) 35 final}.

¹⁴ Il 28 giugno 2023 è stato raggiunto un accordo politico tra il Parlamento europeo e il Consiglio dell'UE.

¹⁵ Il Computer Security Incident Response Team (CSIRT) italiano definisce le procedure per la prevenzione e la gestione degli incidenti informatici; riceve le notifiche di incidente, informandone il DIS, quale punto di contatto unico e per le attività di prevenzione e preparazione a eventuali situazioni di crisi e di attivazione delle procedure di allertamento affidate al Nucleo per la Sicurezza Cibernetica; fornisce al soggetto che ha effettuato la notifica le informazioni che possono facilitare la gestione efficace dell'evento; informa gli altri Stati membri dell'UE eventualmente coinvolti dall'incidente, tutelando la sicurezza e gli interessi commerciali dell'OSE o del FSD nonché la riservatezza delle informazioni fornite; garantisce la collaborazione nella rete di CSIRT, attraverso l'individuazione di forme di cooperazione operativa, lo scambio di informazioni e la condivisione di best practices. Il CSIRT italiano è stato istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri mediante uni-

Alla NIS ha fatto seguito la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio per sfruttare al meglio le reti e i sistemi informativi verso un'efficace attuazione della stessa NIS (di cui la Comunicazione specifica contenuto ed obiettivi. Per la Comunicazione, la NIS ha tre obiettivi principali: migliorare le capacità nazionali di cibersicurezza; rafforzare la cooperazione a livello dell'UE; promuovere una cultura di gestione del rischio e di segnalazione degli incidenti tra i principali attori economici, in particolare gli operatori che forniscono servizi essenziali per il mantenimento di attività economiche e sociali e i fornitori di servizi digitali).

Il Reg. 887/2021 (*Regulation of the European Parliament and the Council establishing the European Cybersecurity Industrial, Technology and Research Competence Centre*), approvato il 20 maggio 2021 e in vigore dal 28 giugno 2021, istituisce il Centro europeo di competenza per la cibersicurezza nell'ambito industriale, tecnologico e della ricerca e la rete dei centri nazionali di coordinamento (c.d. Centro europeo per la cibersicurezza); mentre il Cybersecurity Act (Reg. UE n. 881/2019 - relativo all'ENISA, l'Agenzia dell'Unione europea per la cibersicurezza, e alla certificazione della cibersicurezza per le tecnologie dell'informazione e della comunicazione), in vigore dal 27 giugno 2019 (alcune norme si applicano dal 28 giugno 2021) segue al Reg. UE n. 526/2013 ("Regolamento sulla cibersicurezza", ora abrogato), e da un lato rafforza il ruolo dell'ENISA¹⁶ (garantendole un mandato permanente e consentendole di svolgere non solo compiti di consulenza tecnica, come è stato fino ad ora, ma anche attività di supporto alla gestione operativa degli incidenti informatici da parte degli Stati membri)¹⁷, dall'altro introduce un sistema europeo per la certificazione della sicurezza informatica dei dispositivi connessi ad Internet e di altri prodotti e servizi digitali (introducendo un quadro normativo disciplinante gli schemi europei di certificazione della sicurezza informatica, nell'ottica di una "security by design"¹⁸. Di recente appro-

ficazione del Computer Emergency Response Team (CERT) Nazionale e del CERT-PA, assumendone i compiti. Nelle more della definizione di funzionamento e organizzazione della nuova struttura le funzioni del CSIRT italiano sono state svolte dal CERT-N unitamente al CERT-PA, con una ripartizione di ruoli e responsabilità secondo le relative constituency (Pubblica Amministrazione per il CERT-PA, settore privato per il CERT-N) e con l'introduzione di uno scambio informativo rafforzato e di specifiche procedure di gestione delle notifiche. Più diffusamente si v. [sicurezza nazionale.gov.it](https://www.sicurezza nazionale.gov.it).

¹⁶ L'ENISA, creata nel 2004 dal Regolamento 460/2004, è pienamente operativa dal 1 settembre 2005. Inizialmente denominata Agenzia europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione, ha assunto il nome attuale il 28 giugno 2019 con il Regolamento UE 2019/881.

¹⁷ L. TOSONI, *Cybersecurity Act, ecco le nuove norme in arrivo su certificazione dei prodotti e servizi ICT*, su <https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/cybersecurity-act-ecco-cosa-ci-aspetta-dopo-la-direttiva-nis/>.

¹⁸ Un primo schema di certificazione è rappresentato dal c.d. EUCC (*Common Criteria based European candidate cybersecurity certification scheme*), sul modello dei Common Criteria ISO/IEC

vazione è la c.d. NIS2 (Direttiva UE n. 2022/2555), pubblicata in GUUE il 27 dicembre scorso: con il successore della NIS l'Unione supera la distinzione tra operatori dei servizi essenziali e fornitori di servizi digitali; considerando inoltre come soggetti meritevoli di attenzione anche gli enti pubblici minori e le piccole e medie imprese nonché - da ultimo - introducendo una nuova e ulteriore distinzione (tra servizi essenziali e servizi importanti). A livello dispositivo, tra i nuovi obblighi introdotti dalla NIS2 può ricordarsi l'estensione della segnalazione della notifica già individuata dalla NIS, estesa a tutti i soggetti destinatari della NIS2¹⁹. E ancora, da ultimo, merita certo menzione il Cyber-resilience Act (Proposta di Regolamento pubblicata il 15 settembre 2022): una volta che la proposta sarà adottata ed entrerà in vigore, gli operatori economici e gli Stati membri avranno due anni di tempo per adeguarsi ai nuovi obblighi e alle nuove regole comuni di cybersecurity per i produttori e gli sviluppatori di prodotti con elementi digitali (sia hardware che software). Esemplicativamente, per il Regolamento i produttori saranno responsabili della sicurezza informatica per tutto il ciclo di vita del prodotto (in tale solco si inserisce, altresì, la Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a requisiti orizzontali di cibersecurity per i prodotti con elementi digitali, pubblicata il 15 settembre 2022 e finalizzata a modificare il Reg. UE n. 1020/2019 sulla vigilanza del mercato e sulla conformità dei prodotti)²⁰. E questo, si noti, è il quadro normativo solo europeo²¹.

15408. Sarebbero inoltre in sviluppo un secondo schema che copre i servizi cloud (EUCS) e un terzo sulle reti 5G (EU5G), mentre i sistemi di certificazione ISO27001 pur non rientrando nelle competenze dell'ENISA potranno essere proposti e approvati come "schemi formali europei di certificazione della cybersecurity" per servizi e per processi) https://www.sicurezzaegiustizia.com/wp-content/uploads/2022/08/SeG_II_MMXXII_INNOVA.pdf.

¹⁹ Considerando 92 e art. 23 Direttiva (UE) 2022/2555.

²⁰ Quattro gli obiettivi specifici: i) garantire che i fabbricanti migliorino la sicurezza dei prodotti con elementi digitali fin dalla fase di progettazione e sviluppo e durante l'intero ciclo di vita; ii) garantire un quadro coerente in materia di cibersecurity, facilitando la conformità per i produttori di hardware e software; iii) migliorare la trasparenza delle proprietà di sicurezza dei prodotti con elementi digitali e iv) consentire alle imprese e ai consumatori di utilizzarli in modo sicuro.

²¹ In ambito cybersecurity, in Italia deve ricordarsi l'introduzione ad opera del D.L. 105/2019 del Perimetro di sicurezza nazionale cibernetica, per assicurare un livello elevato di sicurezza delle reti, dei sistemi informativi e dei servizi informatici delle amministrazioni pubbliche, degli enti e degli operatori pubblici e privati aventi una sede nel territorio nazionale, da cui dipende l'esercizio di una funzione essenziale dello Stato, nonché per assicurare la prestazione di un servizio essenziale per il mantenimento di attività civili, sociali o economiche fondamentali per gli interessi dello Stato e dal cui malfunzionamento, interruzione, anche parziali, ovvero utilizzo improprio, possa derivare un pregiudizio per la sicurezza nazionale. Il DPCM 131/2020 ha individuato i parametri con cui sono individuati i soggetti che svolgono funzioni essenziali o che prestano un servizio essenziale per lo Stato; mentre il DPCM 81/2021 individua, mediante le tabelle allegate, le categorie gli incidenti aventi impatto sui beni ICT. La classificazione è funzionale alla individuazione della tempistica delle comunicazioni al CSIRT che la norma impone ai soggetti individuati nel perimetro di sicurezza. I termini a riguardo sono molto stringenti e l'appartenenza ad una o all'altra categoria di incidente

Non diversa la situazione in tema di *AI*.

Alla Strategia sull'intelligenza artificiale pubblicata il 25 aprile 2018²² hanno fatto seguito le Linee guida etiche finali per un'intelligenza artificiale affidabile, pubblicate dal Gruppo ad alto livello sull'intelligenza artificiale l'8 aprile 2019 (e a loro volta da leggersi nel solco della Dichiarazione di cooperazione sull'intelligenza artificiale, firmata da 25 paesi europei il 10 aprile 2018), e il Libro bianco sull'Intelligenza artificiale pubblicato il 19 febbraio 2020 (proseguendo quanto inizialmente indicato dal Rapporto sulla responsabilità per l'Intelligenza Artificiale e altre tecnologie emergenti del Gruppo di esperti sulla responsabilità e le nuove tecnologie, pubblicato il 21 novembre 2019), per poi recentemente giungere all'AI Act, la cui proposta è stata pubblicata il 21 aprile 2021²³ ed è attualmente giunta nella fase finale dell'*iter* di approvazione.

Il Regolamento, che sarà applicabile a decorrere da 24 mesi dopo l'entrata in vigore del medesimo, rappresenta la prima normativa organica dell'Unione (oltre che, in assoluto) sul tema, e ha come obiettivo principale quello di affrontare i rischi legati agli usi specifici dell'IA, classificandoli in 4 diversi livelli: rischio inaccettabile, rischio elevato, rischio limitato e rischio minimo. In generale, nella proposta di regolamento si prevedono regole di trasparenza armonizzate applicabili a tutti i sistemi di IA, mentre sono previste specifiche disposizioni per i sistemi di IA classificati "ad alto rischio", per i quali viene introdotta una specifica definizione, affinché rispettino determinati requisiti obbligatori relativi alla loro affidabilità²⁴.

implica l'obbligo di comunicazione entro 1 ora per i casi più gravi e 6 ore per i casi meno gravi. Il Decreto del Presidente della Repubblica n. 54 del 5 febbraio 2021 individua le procedure, le modalità e i termini da seguire per l'acquisizione, da parte dei soggetti inclusi nel perimetro, di oggetti di fornitura. Inoltre, individua le modalità e i termini entro cui le Autorità competenti effettuano attività di verifica e ispezione. Il decreto è letto in combinato disposto con il successivo DPCM del 15 giugno 2021 che individua le categorie di beni ICT destinati ad essere impiegati nel perimetro di sicurezza nazionale cibernetica. Il DPCM 15 giugno 2021 ordina le modalità di Comunicazione al CVCN (Centro di Valutazione e Certificazione Nazionale) della procedura di procurement, per i soggetti che intendano procedere all'affidamento di forniture di beni, sistemi e servizi ICT. Infine, il DPCM 18 maggio 2022, n. 92 stabilisce le procedure, i requisiti e i termini per l'accredimento dei laboratori accreditati di prova (i cosiddetti LAP) a supporto del Centro di valutazione e certificazione nazionale (CVCN): da adesso sarà dunque possibile individuare i laboratori che dovranno verificare la sicurezza tecnologica delle aziende e delle pubbliche amministrazioni ritenute essenziali per la sicurezza dello Stato.

²² Che introduceva una pianificazione finanziaria e normativa dell'Unione sul tema (più approfonditamente si v. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/european-approach-artificial-intelligence>).

²³ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione {SEC(2021) 167 final} - {SWD(2021) 84 final} - {SWD(2021) 85 final}.

²⁴ La proposta di regolamento prevede le seguenti pratiche vietate di Intelligenza Artificiale, in quanto contrarie ai principi dell'Unione ed ai suoi diritti fondamentali: a) l'immissione sul mercato,

L'AI Act è poi da leggersi in combinato con il Piano coordinato sull'IA, che ne costituisce un allegato (in particolare, il Piano chiede agli Stati membri, tra le altre cose, anche di allineare le politiche sull'IA per ridurre la frammentazione intra-unionale) e - pro futuro - con la Proposta di Regolamento sulle macchine (sulle macchine [COM(2021) 202 final]), pubblicata il 21 aprile 2021²⁵.

E ancora, potrebbe continuarsi: il pensiero va a titolo esemplificativo all'ambito dei servizi digitali, nel quale si sono susseguiti il Regolamento (UE) 2021/694, che istituisce il programma "Europa digitale"²⁶ per il periodo 2021-2027, abrogando la decisione (UE) 2015/2240; il Regolamento (UE) 2019/1150 che nell'obiettivo di promuovere maggiore equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online opera una distinzione tra "fornitori dei motori di ricerca online" e "fornitore di servizi di intermediazione online". Oltre, naturalmente, al binomio costituito dal DSA (Digital Services Act – Regolamento (UE) 2022/2065 relativo a un mercato

la messa in servizio o l'uso di sistemi di IA che utilizzino tecniche subliminali al di là della consapevolezza di una persona al fine di falsare in misura rilevante il comportamento di una persona in modo tale da provocare o da poter causare a tale persona o ad un'altra persona un danno fisico o psicologico; b) l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di sistemi di IA che sfruttino qualsiasi vulnerabilità di un gruppo specifico di persone, per la loro età o disabilità fisica o mentale, al fine di falsarne in misura rilevante il comportamento in un modo che provochi o possa provocare danni fisici o psicologici agli stessi o ad altri; c) l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di sistemi di IA da parte di pubbliche autorità o per loro conto, che valuti o classifichi l'affidabilità delle persone fisiche per un determinato periodo di tempo sulla base del loro comportamento sociale o caratteristiche o della personalità, note o previste, mediante un punteggio sociale che determini uno o entrambi i seguenti elementi: - un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di talune persone fisiche o di interi gruppi di persone fisiche in contesti sociali che non hanno alcun rapporto con i contesti con cui i dati sono stati originariamente generati o raccolti; - un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di talune persone fisiche o di interi gruppi di persone fisiche che sia sproporzionato rispetto alla gravità del loro comportamento sociale; d) l'uso di sistemi di identificazione biometrica remota "in tempo reale" in spazi accessibili al pubblico ai fini dell'applicazione della legge, a meno che e nella misura in cui tale uso sia strettamente necessario per uno dei seguenti motivi: - la ricerca mirata di potenziali vittime di crimini, inclusi i bambini scomparsi; - la prevenzione di specifiche e imminenti minacce alla vita di persone o di attacchi terroristici; - l'accertamento, la localizzazione, l'identificazione o l'azione penale nei confronti di un autore del reato o sospettato di un reato punibile con una pena o una misura massima di almeno tre anni. Per l'uso di tali sistemi di identificazione biometrica vengono comunque definiti una serie di specifici requisiti (*Il nuovo approccio europeo all'Intelligenza Artificiale*, su https://temi.camera.it/leg18/post/OCD15_14416/il-nuovo-approccio-europeo-all-intelligenza-artificiale.html, 22 aprile 2021).

²⁵ Sostituisce l'attuale "Direttiva Macchine" n. 2006/42/CE, avente lo scopo di precisare i requisiti di sicurezza dei prodotti interessati, nonché con la Proposta per una Direttiva sull'applicazione delle regole sulla responsabilità civile non contrattuale all'AI (COM(2022) 496 final 2022/0303 (COD), pubblicata il 28 settembre 2022 per introdurre norme uniformi circa alcuni specifici aspetti della responsabilità civile extracontrattuale per i danni causati da sistemi di intelligenza artificiale.

²⁶ In particolare, il Regolamento stabilisce gli obiettivi del programma, la sua dotazione finanziaria per il periodo 2021-2027, le forme di finanziamento dell'Unione e le norme di erogazione dei finanziamenti (Reg. UE 2021/694, art. 2 e ss.).

unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE) e dal DMA (Digital Market Act – Regolamento (UE) 2022/1925 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828): il quadro giuridico costituito dalla legge sui servizi digitali (DSA) e dalla legge sul mercato digitale (DMA) introduce nuovi e stringenti oneri sulle piattaforme online²⁷.

3. Gli effetti dell'*over-regulation* sul diritto pubblico europeo

Era il 2012 quando l'*Economist* scriveva di una *over-regulated America*²⁸, denunciando una tendenza all'eccesso regolatorio in quello che era indicato come il Paese del *laissez-faire* e, soprattutto, non mancando di rimarcare la differenza esistente tra lo scenario USA e quello dei cittadini europei ("le cui vite" - si leggeva - "sono state a lungo regolate da governi ingerenti e da *diktat* di Bruxelles"). Se da un lato trattavasi di una considerazione pressoché ovvia, nota a tutti la tradizione di *civil law* quale modello giuridico assolutamente dominante nel continente, dall'altro lato quanto scritto dall'*Economist* era sintomatico di una evidente distorsione insita non tanto nell'ordinamento statunitense (rispetto al quale il pericolo veniva solamente teorizzato proprio al fine di evitarne la concretizzazione) bensì nell'ordinamento giuridico europeo, contraddistinto da un governo centrale la cui ingerenza nella politica - in specie economica - degli Stati membri (era il periodo dell'austerità) diveniva già allora più penetrante e, ciò che più interessa, espressione di una non trascurabile tendenza all'accentramento legislativo (proprio nel 2012 iniziavano i lavori per il GDPR, con la presentazione della relativa Proposta da parte della Commissione)²⁹.

Una tendenza all'accentramento che, come ben si è potuto dimostrare, non è certamente diminuita nel tempo, essendo anzi vero piuttosto il contra-

²⁷ Tra cui pubblicare il numero di utenti attivi e, se la piattaforma o un motore di ricerca ha più di 45 milioni di utenti (10 % della popolazione in Europa), essere indicate dalla Commissione come piattaforma online di dimensioni molto grandi o un motore di ricerca online di dimensioni molto grandi; da cui deriva il termine di 4 mesi per conformarsi agli obblighi del DSA, che comprendono l'esecuzione e la fornitura alla Commissione della loro prima valutazione annuale dei rischi. Gli Stati membri dovranno inoltre nominare coordinatori dei servizi digitali entro il 17 febbraio 2024, quando anche le piattaforme con meno di 45 milioni di utenti attivi dovranno rispettare tutte le norme in materia di DSA. Similmente, le imprese devono fornire alla Commissione informazioni sul loro numero di utilizzatori in modo che la Commissione possa indicare i "gatekeeper" entro il 6 settembre 2023. Questi ultimi avranno quindi tempo fino al marzo 2024 per garantire il rispetto degli obblighi del DMA (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/policies/digital-services-act-package>).

²⁸ *Over-regulated America. The home of laissez-faire is being suffocated by excessive and badly written regulation*, *The Economist*, 18 Feb. 2012.

²⁹ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati (regolamento generale sulla protezione dei dati) /* COM/2012/011 final - 2012/0011 (COD).

rio. La pur sintetica panoramica dello stato dell'arte della regolamentazione su (solo alcuni dei) più rappresentativi temi del digitale (cui come accennato possono aggiungersi il DMA³⁰ e il DSA, e come potrebbe aggiungersi altresì la normativa sul 5G) rivela la presenza di veri e propri microcosmi normativi, risultato di un - non di rado incessante - susseguirsi di norme (tanto Regolamenti quanto Direttive, senza considerare le fonti non vincolanti e di *soft law*) la maggior parte delle quali indirizzate ad introdurre nell'ordinamento, si è visto, nuovi e più stringenti obblighi per i fornitori di servizi digitali.

Certo trattasi di norme la cui finalità ultima è la costruzione di un ecosistema digitale orientato alla tutela individuale, attraverso la predisposizione di adeguate garanzie a protezione dei cittadini (nonché consumatori e fruitori dei servizi digitali cui tali norme si riferiscono).

Ciononostante, il lodevole intento che muove il legislatore europeo non può - esso solo - ritenersi bastevole a elidere le evidenti criticità insite in tale *modus operandi*.

3.1. Alcune non trascurabili problematiche, in punto di diritto

Innanzitutto, un quadro giuridico così composto (e così *composito*) rende inevitabile la sovrapposizione di competenze e la proliferazione di Organi, Agenzie ed Autorità entro le cui attività è troppo spesso troppo difficile orientarsi. Si pensi esemplificativamente ai casi in cui una vulnerabilità informatica dia luogo a una violazione della cybersecurity e, di conseguenza, a una *data breach*, e alla relativa sovrapposizione di competenze che ne deriverebbe per ACN e il Garante per la protezione dei dati. O ancora, in caso di contenuti illegali, se ne prevede il contrasto e la rimozione ad opera della legge sui servizi digitali ma – correlativamente – vi è anche in materia di contrasto ad un utilizzo illecito di dati personali (come in tema di revenge porn o, comunque, di pornografia non consensuale)³¹ una chiara competenza del Garante per la protezione dei dati personali (che dunque dovrà condividere tale competenza interna con l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, tanto da essersi istituito un tavolo di lavoro per elaborare un codice di condotta nell'ambito del protocollo d'intesa tra le due Autorità)³². Ovviamente, poi, le criticità concernenti i contenuti illeciti verranno amplificate dall'IA (si pensi al caso dei *deepfake*, disciplinati dal Titolo IV della Proposta di Regolamento): anche in questo caso, si tratterà di vedere come verranno meglio circoscritte e specificate le competenze delle Autorità nazionali.

³⁰ A. PORTEUSE, *The Digital Markets Act: The Path to Overregulation*, CPI, 13 giugno 2022.

³¹ G. SCORZA (intervento), *Contrasto alla pornografia non consensuale: istruzioni per l'uso*, su <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9829215>.

³² <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9874988>.

Ed invero, quante e quali Autorità saranno chiamate a regolare l'intelligenza artificiale è uno dei punti ancora poco chiari dell'AI Act. Pare ormai definito il livello europeo con la scelta di istituire il comitato per l'intelligenza artificiale (art. 56), ma un ruolo importante è rappresentato altresì dalle autorità nazionali (art. 59), che secondo la normativa "ciascuno Stato membro istituisce o designa", ma proprio sul numero e sul modello da seguire nello strutturare le autorità nazionali³³ manca ancora una scelta politica chiara, tanto più se si considerano le tre differenti posizioni espresse inizialmente nei testi di Commissione, Consiglio e Parlamento europeo: probabilmente, una risposta definitiva la avremo solo con la pubblicazione del testo del Regolamento in Gazzetta Ufficiale.

Il Regolamento sull'intelligenza artificiale interessa d'altronde numerosi ambiti giuridici già regolati e nei quali già operano Autorità amministrative indipendenti. Si pensi sotto il primo profilo (l'interazione tra AI Act e preesistenti regolamentazioni) al rapporto tra intelligenza artificiale e protezione dei dati personali, due normative che in virtù della "vasta area di potenziale sovrapposizione" rendono concreto il rischio di condurre ad un eccesso di regolamentazione (come del resto recentemente chiarito dalla Vicepresidenza del Garante stesso)³⁴.

³³ Nonostante tale contesto, emergono ormai alcuni tratti comuni che le Autorità nazionali dovranno avere. Anzitutto dovranno essere soggetti autonomi e indipendenti, con una forte competenza tecnica. Tale primo tratto porta conseguentemente a ritenere che la struttura organizzativa potrebbe essere in alternativa, o un'Autorità amministrativa indipendente o un'Agenzia. In tal senso, la Spagna è il primo Paese che ha istituito per legge la propria Autorità nazionale, optando per il modello dell'Agenzia: *Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial*. Ovviamente le sue competenze non sono ancora definite, in attesa di una specificazione da parte dell'AI Act. Ma considerando che l'Autorità nazionale dovrà essere istituita entro tre mesi dall'entrata in vigore del Regolamento europeo, si è partiti costituendone la struttura organizzativa.

³⁴ G. CERRINA FERONI, *Intelligenza artificiale e ruolo della protezione dei dati personali*, su <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9855742>, che analiticamente ricorda come "La sovrapposizione deriva, da un lato, dalla definizione estremamente ampia di IA, che comprende persino gli approcci statistici e, dall'altro lato, dal fatto che i cosiddetti sistemi di IA ad alto rischio sono definiti nella bozza per aree in cui per la stragrande maggioranza sono i dati personali ad essere trattati. Si pensi all'identificazione biometrica, all'istruzione, alla sanità, alle prestazioni assistenziali, all'immigrazione, ecc. Solo nel settore delle infrastrutture il Regolamento IA potrebbe avere un'applicazione del tutto autonoma. Negli altri settori vi sarebbe, di fatto, una coregolamentazione e, probabilmente, saranno le normative in materia di protezione dei dati personali a prevalere in quanto competenti per materia. La bozza di Regolamento AI riguarda poi in larga parte oggetti e i principi già enucleati nel GDPR (sebbene l'approccio al rischio diverga perché l'uno responsabilizza il titolare del trattamento ponendo al centro i diritti dell'interessato, l'altro invece introduce un meccanismo di compliance a standard predefiniti dall'alto). Entrambe le leggi si concentrano sulle finalità del trattamento dei dati personali, sull'utilizzo del sistema di IA, sull'approccio by design; entrambi richiedono che gli indirizzi del Regolamento identifichino i rischi per i diritti fondamentali. Tuttavia la proposta di Regolamento si propone esplicitamente di avere un approccio «umano-centrico» e di plasmare IA che siano affidabili e sicure per gli individui".

Circa invece il secondo dei due profili accennati (l'interazione tra AI Act e le già esistenti Autorità) si può far riferimento alla relazione tra la *data protection* e la competenza del Garante privacy; la tutela dei consumatori e la disciplina del mercato dei servizi digitali (come visto interessato anche dal Digital Market Act) di competenza di AGCM; il contrasto dei contenuti digitali illegittimi - anche ex Digital Services Act - di competenza di AGCOM; e ancora la materia bancaria e finanziaria, che in ambito di intelligenza artificiale l'AI Act lascia alla competenza della BCE e in ambito nazionale alla competenza di Banca d'Italia e Consob. Insomma, un quadro di sovrapposizioni tra discipline e competenza tra Autorità che già rappresenta un problema e che forse rischia di venire ulteriormente aggravato dall'istituzione di una nuova Autorità amministrativa indipendente.

E questi sono solo alcuni dei numerosi, possibili macro-esempi di problematiche concrete emergenti dall'*over-regulation*, con e quali il giurista e gli interpreti dovranno sempre più confrontarsi.

3.2. (segue): le criticità dell'*over-regulation* nel diritto pubblico

Innanzitutto, lo si è visto, l'*over-regulation* è causa di una accresciuta e non più ignorabile complessità normativa. Tanto più che, lo si è brevemente accennato con il perimetro di sicurezza cibernetica italiano, ogni novella europea deve trovare adeguata applicazione a livello nazionale, contribuendo così a complicare anche la macchina amministrativa interna³⁵ (il cui peso specifico va gradualmente accrescendosi, non di rado eccedendo la mera opera interpretativa tramite un'attività di creazione del diritto)³⁶, rendendo inoltre concreto il rischio di difformità applicative all'interno del territorio dell'Unione (specie quando sia richiesta l'istituzione da parte degli Stati membri di apposite Autorità di controllo, come da ultimo previsto dall'AI Act)³⁷.

³⁵ E. MARTIN, *France's bureaucratic challenge*, su *GIS*, 10 luglio 2020, per cui "Circa il 56% del prodotto interno lordo (PIL) francese è destinato alla spesa pubblica. Spesso diversi livelli di governo hanno la stessa missione. Una miriade di agenzie produce e applica circa 400.000 standard e requisiti legali. Il think tank francese IFRAP ha recentemente stimato in 84 miliardi di euro i costi generali della burocrazia francese".

³⁶ M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, su *Rivista AIC*, 4/2018, per cui "la previsione e implementazione costante dei poteri normativi delle amministrazioni indipendenti è emblematica della trasformazione in atto, e che, oltretutto, la giurisprudenza, amministrativa *in primis*, ha comunque in qualche modo registrato e cercato di giustificare questo processo, imponendo però, come contrappeso, che "la dequotazione del principio di legalità sostanziale - giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori e concretizzata nell'attribuzione alle autorità di settore di ampi poteri regolamentari - impone il rafforzamento del principio di legalità procedimentale che si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore al procedimento di formazione degli atti regolamentari".

³⁷ AI Act, Capo 4, art. 30, per cui "Ciascuno Stato membro designa o istituisce un'autorità di notifica responsabile della predisposizione e dell'esecuzione delle procedure necessarie per la valuta-

Si consideri, poi, che - come è naturale - il quadro giuridico dell'Unione è perennemente in evoluzione, anche per effetto dell'opera interpretativa non solo cristallizzata nelle pronunce di Corti e Tribunali, ma anche nell'attività degli stessi Organi UE: si pensi ad esempio alla decisione della Commissione, pubblicata il 10 luglio 2023, relativa all'adeguatezza del "EU-US Data Privacy Framework (il nuovo quadro normativo in materia di trasferimento dei dati personali tra UE e USA)"³⁸. Con tale decisione la Commissione ha rilevato che il livello di protezione offerto dagli USA in tema di trasferimento di dati dalla UE è da considerarsi paragonabile a quello dell'Unione e, dunque, accettabile; nonostante tuttavia non siano dello stesso avviso né il Parlamento³⁹ né il Garante europeo (EDPB)⁴⁰: rendendo quindi ben probabile che si giungerà ad adire la Corte di Giustizia dell'Unione.

Per non menzionare, inoltre, come il rischio di antinomie sussista altresì all'interno dei sistemi giuridici nazionali, quanto tra i medesimi: davanti ad una sempre crescente mole di regole e norme in continua evoluzione, comprendere e rispettare appieno l'intero quadro normativo diviene difficoltoso per i cittadini come anche per gli stessi Stati membri (potendo potenzialmente minare - non sembra azzardato - il principio di certezza del diritto)⁴¹.

Né può mancare di menzionarsi il principio di sussidiarietà: pur a mente della considerazione per cui caratteristiche intrinseche delle tecnologie digitali sono la capacità penetrativa e la diffusività delle stesse (tali da rendere quasi giocoforza obbligato un intervento tramite Regolamento), è altrettanto vero che l'eccesso di regolamentazione può contribuire a spostare l'equilibrio decisionale verso l'alto, riducendo la capacità degli Stati membri di adottare politiche adeguate alle singole specificità nazionali.

3.3. (*segue*): over-regulation e mercato

A ben vedere, tuttavia, è nel mercato interno che l'over-regulation rischia di impattare più significativamente. Ne è convinto Steffen Kampeter, ammini-

zione, la designazione e la notifica degli organismi di valutazione della conformità e per il loro monitoraggio.

2. Gli Stati membri possono designare come autorità di notifica un organismo nazionale di accreditamento di cui al regolamento (CE) n. 765/2008 ...".

³⁸ <https://commission.europa.eu/system/files/2023-07/Adequacy%20decision%20EU-US%20Data%20Privacy%20Framework.pdf>.

³⁹ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0204_EN.html.

⁴⁰ https://edpb.europa.eu/news/news/2023/edpb-welcomes-improvements-under-eu-us-data-privacy-framework-concerns-remain_en.

⁴¹ Non è d'altronde cosa nuova, a puro titolo esemplificativo, la rilevanza della mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa o di un quadro giuridico eccessivamente caotico. Recentemente sul punto si v. ad esempio Corte cost. sent. n. 110/2023, sulla "irrimediabile oscurità" del dettato normativo e, quindi, la derivante "intollerabile incertezza" nell'applicazione delle disposizioni regolamentari (come d'altronde già previsto in altri ordinamenti, ex multis tedesco e francese).

stratore delegato della BDA (la *Confederation of German Employers' Associations*), per cui - come recentemente ricordato anche dal *Die Welt* - “Le imprese hanno bisogno di lavoro per l’innovazione e la creazione di valore, non di burocrazia”. Similmente, la Vicepresidente del Parlamento UE Dita Charanzová già in passato denunciava una crescente tendenza all’over-regulation da parte dell’Unione, specificando come “Over-regulation does not lead to fair competition; more competition leads to fairer competition”⁴². In particolare, per la Vicepresidente era necessario che l’Europa, se veramente intenzionata a competere con gli USA, costruisse un ambiente imprenditoriale più flessibile e - in ultima istanza - più sensibile alle evoluzioni spontanee del mercato: diversamente, veniva denunciato, “l’eccesso di regolamentazione farà sì che sempre più start-up” site nel territorio europeo “guardino agli Stati Uniti”.

Oggi tale fenomeno appare invero, se non *ictu oculi* evidente, comunque ben documentato, tanto che c’è già chi scrive di un’Europa vittima di un “unicorn drain”⁴³, mentre un recente report segnala che secondo una stima della BEI (Banca europea per gli investimenti) circa il 75% di tutte le aziende europee ad alta tecnologia quando giunge alla fase di sviluppo avanzato viene acquisito da imprese extraeuropee⁴⁴.

Da un simile quadro emerge un’Unione che - pur teoricamente mossa dalla volontà di “rendere l’Europa il luogo in cui fare investimenti industriali che creino crescita e posti di lavoro”⁴⁵ - si mostra in realtà incapace di prendere le distanze da un approccio regolatorio eccessivamente penetrante e chiaramente tendente all’onnicomprendività: ne costituisce vivido esempio un diritto della concorrenza attualmente finalizzato a disciplinare la libertà delle imprese di associarsi, di fissare i prezzi, di gestire il proprio capitale intellettuale (brevetti), di consegnare i beni ai potenziali acquirenti e di elaborare contratti (ad esempio, accordi di esclusiva)⁴⁶, anche se ciò significa intervenire in ogni fase del processo produttivo e di vita dell’azienda o - addirittura - metterne a repentaglio il business model: un’osservazione solo apparentemente azzardata, e che d’altronde può farsi nei confronti, esemplificativamente, del Digital Market Act. Il cui art. 16 prevede che quando “il gatekeeper ha violato sistematicamente gli obblighi sanciti dagli articoli 5 e 6 e ha ulteriormente rafforzato o ampliato la sua posizione di gatekeeper...la Commissione può im-

⁴² <https://www.theparliamentmagazine.eu/news/article/overregulation-means-more-and-more-eu-startups-leaving-for-us>.

⁴³ <https://sifted.eu/articles/european-unicorns-relocating-us>

⁴⁴ <https://tech.eu/2023/03/29/how-the-european-champions-alliance-is-helping-to-keep/>.

⁴⁵ Vertice UE del 22 marzo 2023.

⁴⁶ E. COLOMBATTO, *The EU's uncompetitive competition law*, su GIS, 18 aprile 2023.

porre a tale gatekeeper...qualsiasi rimedio comportamentale o strutturale proporzionato alla violazione commessa e necessario per garantire il rispetto del presente regolamento”: ciò, nonostante gli obblighi di cui all’art. 6 DMA siano suscettibili di ulteriore successiva specificazione (e dunque disegnati *ex ante* come generali), e pur potendo integrarsi la sistematicità del comportamento illecito anche in caso di più violazioni concomitanti (e non, dunque, successive tra loro e dilazionate nel tempo)⁴⁷.

Simili previsioni, allora, rischiano in tutta evidenza di circoscrivere eccessivamente l’operatività delle piattaforme e dei prestatori di servizi, limitandone gli investimenti e - in ultima istanza - ponendo un freno all’innovazione entro il territorio dell’Unione (valido il brocardo per cui “The best antidote to the disruptive power of innovation is overregulation”)⁴⁸.

L’Unione pare insomma ostaggio della non scritta legge per cui “Big is bad”, quasi una presunzione di illiceità verso il comportamento delle maggiori piattaforme, nella convinzione che limitare l’area di manovra delle stesse equivalga di per sé solo a creare terreno fertile per una maggiore innovazione e dunque una maggiore concorrenza. Tutto ciò diviene ancora più singolare se si pone mente all’attenzione posta - sin dalla nascita e poi nello sviluppo dell’Unione - al mercato e alla libera circolazione non solo di merci, bensì anche di capitali e conoscenze. Tanto che può certamente affermarsi - forse provocatoriamente - che sarebbe eccessivamente miope, da parte degli organi legislativi dell’Unione, non riconoscere come, oggi, buona parte del mercato e il suo sviluppo dipendano grandemente dall’evoluzione della tecnologia: non tanto e non solo dalle reti e da internet, ma ancor prima dalla cybersicurezza, dalla robotica e da ultimo, sempre più, dall’intelligenza artificiale⁴⁹; tecnologie che per creare benessere⁵⁰ necessitano di sviluppo e che per svilupparsi richiedono, innanzitutto, un sufficiente grado di libertà.

4. Possibili cause dell’*over-regulation*

Più complesso è identificare le cause dell’*over-regulation*.

Una prima ipotesi sembrerebbe condurre alla *functional regulation*: in tal senso, una causa dell’*over-regulation* potrebbe essere l’eccesso di fiducia

⁴⁷ A. PORTEUSE, *The Digital Markets Act: The Path to Overregulation*, CPI, 13 giugno 2022.

⁴⁸ T. WU, *The Master Switch*, Knopf Doubleday Publishing Group, New York, 2010. Wu è stato dal 2021 al 2023 legal advisor del Presidente USA per la tecnologia e la politica della concorrenza.

⁴⁹ Sia consentito sul punto il rinvio a E. C. RAFFIOTTA, *L’economia del XXI secolo tra diritto globale e ordinamenti nazionali: la forza del mercato e la debolezza dello Stato*, su *Percorsi Costituzionali*, Fondazione Magna Carta, 2-3/2018.

⁵⁰ Sia consentito sul punto il rinvio a E. C. RAFFIOTTA, *Libertà economiche e Internet*, in T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Mondadori Education, Milano, 2017, 412 ss.

nella regolamentazione funzionale interna alle aziende, per cui si tende ad attribuire aprioristica rilevanza a processi di proceduralizzazione e auditing interni agli operatori di settore, in una “fiducia burocratica nella documentazione e nelle procedure come mezzi per controllare i rischi”⁵¹, figlia anche del successo conosciuto dalle procedure di auditing a partire dagli anni novanta del secolo scorso⁵².

Ancora, potrebbe farsi riferimento alla tendenza, innegabilmente sviluppata nel corso degli ultimi decenni, a individuare nell'imprenditore e nella sua struttura organizzativa il soggetto su cui grava una responsabilizzazione ex ante, orientata a sanzionare la colpa in organizzazione. Ne costituisce un esempio la diffusione del principio di accountability, introdotto nel GDPR e attualmente presente pressoché in ogni normativa della digital strategy europea; come, da ultimo, nell'AI Act⁵³: si v. il Considerando 38, per cui è necessario “evitare impatti negativi [dell'AI], mantenere la fiducia del pubblico e garantire l'accountability”, o l'art. 17, lett. m) del Regolamento, per il quale i fornitori di servizi classificabili come ad alto rischio dovranno dotarsi di un valido sistema di management della qualità finalizzato alla creazione di un valido accountability framework. L'over-regulation può manifestarsi, invero, anche nei sistemi di gestione della qualità e - più in generale - nelle procedure di certificazione e nella creazione di standard condivisi (recentemente comparsi nelle strategie e nelle *policies* dell'UE⁵⁴, spesso tramite l'attività dell'ENISA - cui è esemplificativamente demandata la definizione dei futuri standard applicabili nella cybersecurity⁵⁵ e nel 5G⁵⁶), potendo inoltre contribuire all'aumento della burocrazia e - altresì - alla creazione di fenomeni distorsivi (per cui, esemplificativamente, le aziende potrebbero preoccuparsi

⁵¹ S. N. EISENSTADT, *Bureaucracy, bureaucratization, and debureaucratization*. Adm. Sci. Q. 4 (3), 1959, 302–320, come citato in K. STØRKERSEN, T. THORVALDSEN, T. KONGSVIK, S. DEKKER, *How deregulation can become overregulation: An empirical study into the growth of internal bureaucracy when governments take a step back*, su *Safety Science*, Elsevier, 2020.

⁵² M. POWER, *The Audit Explosion*, Demos, Londra, 1994. La diffusione del sistema di auditing sarebbe stata tale da portare alla formulazione dell'espressione “società dell'audit”, per cui C. B. JENSEN, B. R. WINTHEREIK, *Audit loops and audit implosion*, in A. LEBNER, *Redescribing Relations: Strathernian Conversations on Ethnography, Knowledge and Politics*, Berghahn, New York, 2017, 155–181, in K. STØRKERSEN, cit.

⁵³ Così anche C. CASTETS-RENARD, P. BESSE, *Ex ante Accountability of the AI Act: Between Certification and Standardization*, in *Pursuit of Fundamental Rights in the Country of Compliance*, in C. CASTETS-RENARD, J. EYNARD, *Artificial Intelligence Law: Between Sectoral Rules and Comprehensive Regime*, Comparative Law Perspectives, Bruylant, 2022.

⁵⁴ <https://www.enisa.europa.eu/topics/standards>.

⁵⁵ S. PURSER, *Standards for Cyber Security*, su <https://www.enisa.europa.eu/publications/articles/standards-for-cyber-security>.

⁵⁶ <https://www.enisa.europa.eu/publications/5g-cybersecurity-standards>.

maggiormente del processo di certificazione e della apparente verificabilità delle procedure di sicurezza piuttosto che della sicurezza reale)⁵⁷.

In modo quasi paradossale, una forma atipica e distorta di *deregulation* può produrre in concreto troppe norme: accade quando le Autorità stabiliscono gli obiettivi da raggiungere, onerando i privati di trovare soluzioni compliant all'obiettivo (spesso senza tenere conto delle necessità - anche imprenditoriali e di mercato - dei medesimi).

Un altro fattore cui potrebbe ricondursi l'eccesso di regolamentazione è l'eccessiva fiducia (intesa non tanto come trust, bensì come reliance) nell'agenda delle organizzazioni sovranazionali, pur a dispetto di un evidente slittamento delle medesime verso il sovradimensionamento⁵⁸ e una troppo frequente mancanza di quell'*accountability* che - invece - viene richiesta ai player privati.

5. L'*over-regulation* come (strano) tentativo dell'UE di acquisire un ruolo in ambito tecnologico

Forse, però, la ragione ultima cui può essere ricondotta la prolifica attività normativa dell'UE può indicarsi - semplicemente - nel tentativo dell'Unione di non perdere (ulteriore) terreno in quella corsa al mondo digitale cui, evidentemente, Stati Uniti e Cina stanno già partecipando da tempo. Lo scenario globale ci presenta ormai con disarmante chiarezza un mercato digitale governato dai soggetti privati, che producono e monopolizzano la tecnologia: la maggior parte di questi soggetti nasce o - si è visto - si stabilisce negli USA o in oriente, dove la propensione al *laissez-faire* da un lato (negli Stati Uniti) o il possibile maggiore sostegno governativo (in Cina) consentono alla forza disruptive delle nuove tecnologie di trovare un terreno complessivamente più fertile alla sua crescita. Certo questo ha un costo, che tradizionalmente ricade sugli utenti: i cui dati sono più facilmente accessibili e comunque utilizzabili. Dunque, in definitiva, o più facilmente soggetti a seguire le forze del mercato, venendo commercializzati con maggiore facilità (può ricordarsi il noto motto nato in Silicon Valley, per cui "If you're not paying for the product, then you're the product"); o resi massicciamente disponibili alle forze di governo (esemplificativo il caso del social scoring cinese).

Proprio in tale spazio ha deciso allora di muoversi l'Unione, adottando un approccio inedito ai suoi principali competitors.

⁵⁷ K. V. STØRKERSEN, *Bureaucracy Overload Calling for Audit Implosion: A Sociological Study of how the International Safety Management Code Affects Norwegian Coastal Transport*, Norwegian University of Science and Technology, Trondheim, 2018, come citato in T. STØRKERSEN, 2020, *cit.*

⁵⁸ Fortemente critico sul punto Prince Michael of Liechtenstein, *Supranational organizations and accountability*, su <https://www.gisreportsonline.com/r/supranational-organizations/>.

Il descritto eccesso regolatorio, in tal senso, non rappresenta altro se non l'esito di una strategia (porsi, attraverso l'introduzione di specifiche garanzie allo strapotere privato, quale faro della tutela individuale e dei diritti della persona) tanto lodevole in teoria, pur quanto scivolosa in pratica (a maggior ragione quando si tratti - come per la tecnologia - di un *quid novum* che fatica ad adattarsi alle maglie normative)⁵⁹.

6. Non solo di regolamentazione vive un sistema digitale affidabile

Possibile, allora, che non si possano percorrere altre strade, e che sia impossibile trovare una terza via (rispetto agli approcci statunitense e cinese) senza cadere nell'*over-regulation*? Il quadro attuale non appare certo confortante, e anzi sembrerebbe confermare quella condizione di dipendenza nei confronti del mercato e dei soggetti economici globali in cui i singoli Stati versano ormai da tempo. Un vero e proprio potere di nuovi sovrani⁶⁰, che nella dimensione del Transnazionale⁶¹ trovano la propria realizzazione, arricchendo non solo la propria capitalizzazione bensì anche la propria capacità di influenzare gli equilibri e le politiche pubbliche.

In altri termini lo Stato, non è una novità, si mostra troppo spesso inadeguato a rivestire il ruolo di primo piano che gli era stato consegnato nel secolo scorso, ostaggio di una situazione che sembrerebbe non lasciargli alcun mar-

⁵⁹ Poco ha potuto il c.d. REFIT (REgulatory FITness and performance programme), programma di controllo dell'adeguatezza e dell'efficacia della regolamentazione UE lanciato nel 2012, grazie al quale la Commissione europea intende fare in modo che le leggi dell'UE raggiungano gli obiettivi prefissati "a un costo minimo" e - soprattutto - "a vantaggio dei cittadini e delle imprese", anche tramite un'attività di semplificazione normativa. L'obiettivo principale del programma REFIT è identificare e affrontare gli ostacoli e i problemi derivanti dall'eccessiva regolamentazione, cercando di semplificare e razionalizzare il quadro normativo dell'UE. REFIT si concentra sulla valutazione dell'impatto delle norme esistenti, sulla semplificazione normativa, sulla riduzione degli oneri amministrativi e sulla migliore attuazione e applicazione delle norme dell'UE. REFIT coinvolge diverse fasi, tra cui la consultazione pubblica, l'analisi e la valutazione delle norme esistenti, l'identificazione delle aree in cui possono essere apportati miglioramenti, l'elaborazione di proposte legislative e l'attuazione di azioni concrete per semplificare e migliorare l'efficacia della normativa dell'UE. Attraverso il programma REFIT, l'UE cerca di garantire una migliore regolamentazione, che sia efficiente, coerente, trasparente e rispettosa dei principi di sussidiarietà e proporzionalità. Ciò mira a migliorare il contesto normativo per le imprese, i cittadini e le istituzioni europee, promuovendo la competitività, l'innovazione e il benessere generale.

Consultando le pagine del programma, il REFIT risulta aver contribuito - in ambito digital - all'ENISA e alla Direttiva NIS (<https://op.europa.eu/webpub/com/refit-scoreboard/en/policy/3/index.html>).

⁶⁰ M. R. FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, il Mulino, Bologna, 2022. Scrive espressamente di nuovi "sovrani" G. AZZARRITI in G. AZZARRITI, S. DELLAVALLE, *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico transnazionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2014.

⁶¹ Si v. sul punto gli scritti di Teubner, tra cui G. TEUBNER, *La Bukovina globale: il pluralismo giuridico nella società mondiale*, Aldershot, Dartmouth, 1997.

gine di manovra. Da un lato - in caso di deregulation - le tendenze costituzionali dei sovrani privati non incontrerebbero più alcun limite (il che decreterebbe probabilmente la definitiva subalternità delle compagini statuali)⁶². Diversamente - proseguendo nel solco di quanto tracciato dall'Unione negli ultimi anni - diviene concreto il pericolo di una soccombenza dello Stato per effetto del troppo peso dato dalla sua stessa sovrabbondanza normativa: l'eccesso regolatorio, infatti, aumenta il numero di antinomie normative, rende eccessivamente complessa l'attività dell'interprete (in primis del giudice), agisce insomma sulle fondamenta dell'ordinamento, minandone l'autorevolezza e - in definitiva - la capacità di riflettere e governare la complessità del reale (con tutti gli effetti che ne derivano in termini di proliferazione delle fonti alternative e, dunque, di certezza del diritto)⁶³.

Eppure, pur essendo vero che oggi il diritto subisce il fatto⁶⁴, questo non significa che sia possibile - né consentito - rinunciare allo Stato e arrendersi tout court all'impossibilità di regolamentare adeguatamente le tecnologie dell'innovazione. Il punto d'arrivo di ogni iniziativa europea non può essere, in tal senso, quello della aprioristica contrapposizione tra il potere pubblico e le spinte privatistiche (contrapposizione cristallizzata dal brocardo Big is bad): una tale soluzione sarebbe al contempo dannosa per l'economia europea - che incontrerebbe rilevanti ostacoli all'ingresso delle spinte innovatrici che ne costituiscono l'unica ricetta possibile per la sopravvivenza - come anche inefficace a contenere le forze statunitensi e cinesi.

Piuttosto, l'Unione europea può e deve utilizzare la propria credibilità e il proprio peso economico nel contesto internazionale per percorrere una regolazione intellegibile e quanto più ispirata a principi chiari piuttosto che a procedure burocratiche.

Ad esempio, assicurando regolamenti e direttive, meno enciclopediche in termini di lunghezza e costruzione. Anche in grado di regolare una materia con maggiore velocità e chiarezza.

⁶² Sul "fatto" come motore dei mutamenti costituzionali si v. A. MANGIA, *Mutamento costituzionale e dogmatica giuridica*, in *Lo Stato*, Mucchi Editore, 2022.

⁶³ T. E. FROSINI (a firma di), *Se la legge non governa la complessità del reale*, su *Il Mattino*, 5 luglio 2023.

⁶⁴ G. MORBIDELLI, Prefazione, in E. C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, BUP, Bologna, 2019. Circa il valore del "fatto" sulle fonti del diritto - anche se con particolare riferimento al principio di proporzionalità e dunque della legittimità dell'intervento normativo - si v. A. MANGIA, *Un raffinato esempio di distinguishing*.

Se la fonte è il fatto, che deve fare il giudice quando il fatto cambia?, in *Nuove Autonomie*, Editoriale Scientifica, 2022, per cui "la situazione di fatto si fa parametro di legittimità dell'intervento pubblico...e dunque si fa...fonte-fatto".

In tal senso il regolamento europeo sull'intelligenza artificiale concluderà un percorso legislativo durato più di due anni. Era infatti il 21 aprile del 2021 quando la Commissione Europea presentò la prima bozza di proposta. Un tempo in linea con il complesso processo legislativo europeo, ma che appare inadeguato, in particolare, se si pensa all'oggetto di questa disciplina: l'intelligenza artificiale, ovvero la tecnologia più dirompente del nostro tempo, in continua trasformazione. Un procedimento così lungo che porta legittimamente a chiedersi se non ci sia il rischio che l'AI Act nasca vecchio o comunque inidoneo a regolare una tecnologia in inarrestabile evoluzione.

Tra i tanti esempi che rafforzano questo timore, basti la constatazione che quando è stata immaginata la struttura generale del regolamento nell'aprile del 2021, appunto, non era stata ancora diffusa la oggi celebre applicazione di intelligenza generativa ChatGpt, sviluppata da OpenAi, e che infatti non rientrava nell'originaria definizione di intelligenza artificiale prevista dal regolamento. Si è pertanto intervenuto nelle ultime versioni a adeguare la terminologia della normativa europea, proprio al fine di includerla. Qualsiasi intervento però non pare risolutivo, perché siamo solo all'ultimo stadio di una evoluzione perpetua e radicale, forse più in linea con una normativa di principi che con un regolamento dettagliato come l'AI Act, valido per tutti i Paesi dell'UE.

Del resto, non è il primo caso, specialmente in materia di digitale. Basti pensare al caso eclatante del regolamento europeo per la protezione dei dati personali del 2016 (GDPR - reg. (EU) 2016/679) – entrato in vigore nel 2018 – ovvero quanto l'intelligenza artificiale era già sviluppata e pienamente operativa. Già allora, all'indomani dell'approvazione del GDPR ci si era chiesti se si potesse applicare all'intelligenza artificiale. A tal punto che il Garante Privacy, insieme all'Agcom e all'AGCM, avviò un'indagine congiunta, nella quale prese atto della mancanza nel GDPR di disposizioni specifiche sui Big Data e l'intelligenza artificiale. Insomma, lo stesso GDPR è nato vecchio.

Ma l'impossibilità di avere discipline regolatorie di dettaglio che possano essere al passo con l'evoluzione tecnologica è solo uno dei problemi, che si aggiunge alla difficoltà di districarsi tra fonti che spesso si integrano, ma talvolta finiscono per sovrapporsi e creare difficoltà applicative qui per ragioni di spazio solo accennate.

Non si dovrebbe inoltre ignorare come un maggiore ruolo dovrebbero anche averlo gli Stati nel regolare una materia anche in ottica di promozione della tecnologia. In tal senso sembrerebbe utile rafforzare il principio di sussidiarietà attraverso una rigorosa applicazione di criteri di necessità e proporzionalità, nonché il valore aggiunto, dell'azione e dell'intervento europeo. Pur nella consapevolezza che quando trattasi di tecnologie dell'informazione e di

digital è di primo rilievo una regolamentazione comune, è comunque necessario che l'azione dell'Unione non travalichi i confini dello stretto necessario.

A tal proposito, si rende necessaria una valutazione d'impatto ad ampio raggio delle Proposte regolatorie avanzate in sede europea, così che sia possibile valutarne attentamente costi, benefici e implicazioni giuridiche.

Di fondamentale importanza un'adesione quasi ideologica alla cultura dell'innovazione e, al contempo, di un approccio più flessibile alla regolamentazione, accompagnato da un supporto finanziario alla ricerca e all'innovazione. Una tecnologia così complessa come l'intelligenza artificiale la "controlli", o meglio indirizzi e ispiri ai tuoi valori solo se la autoproduci. E in tal senso i numeri dell'AI Index di Stanford del 2023 propongono un quadro eloquente: sono sempre gli Stati Uniti a investire maggiormente sull'IA. Nel 2022 i fondi privati americani per questo settore sono stati più di 47 miliardi di dollari. Oltre il triplo dei fondi cinesi (13,4) e dieci volte più dei britannici (4,3); per non parlare della Germania (2,3) e della Francia (1,7). Purtroppo, l'Italia non è menzionata, proprio per l'irrisorietà dei fondi. Eppure, questo è uno degli aspetti chiave per lo sviluppo di una tecnologia affidabile e competitiva, che, non dimentichiamoci, rappresenta da tempo un fondamentale asset di sviluppo economico.

PARTECIPAZIONE E CONSULTAZIONE DELLE PARTI
INTERESSATE PER LA TUTELA DELL'AMBIENTE NELL'UNIONE
EUROPEA. L'ESPERIENZA DELLA PIATTAFORMA *DI' LA TUA**

ILARIA LOLLI**

Sommario

1. La partecipazione ai processi decisionali come “pilastro” della *governance* ambientale. – 2. La partecipazione e le consultazioni per la tutela dell'ambiente nell'Unione europea: dal ‘silenzio’ dei Trattati al c.d. Regolamento Aarhus. – 3. Le consultazioni della Commissione europea nel quadro della partecipazione ai processi decisionali dell'UE. – 4. Il portale europeo *Di' la tua*. I rilievi della Corte dei conti europea ed i ‘buoni propositi’ della Commissione. – 5. Una ‘cartina al tornasole’: le consultazioni sul portale *Di' la tua* in materia di tutela dell'ambiente. – 6. Conclusioni: ignorari o riluttanti?

Abstract

Public participation in environmental decision-making is one of the three ‘pillars’ of the Aarhus Convention (1998), which, as a mixed agreement, applies to the EU institutions too. Nevertheless, the EU Treaties do not contain specific provisions with regard to participation in environmental matters, which therefore draws on the general provisions of TEU and TFEU. In turn, Regulation (EC) No 1367/2006 (the so-called Aarhus Regulation) only provides for a participation in the elaboration of EU plans and programmes relating to the environment, but not in other cases, such as the preparation of policies and of legal drafts. Within the framework of the White paper on governance (2001) and the so-called ‘Better regulation’ system, the Commission strives to interpret participation in its mildest sense, that is mere consultations. In this context the Commission also relies on the digital platform Have your say, the functioning of which, however, still presents many problematic issues, not least the one relating to the low attendance of the public. A brief overview of some consultations regarding environmental-related topics seems to constitute an effective ‘litmus paper’ of the functioning of the platform, in particular for what concerns the low rate of participation.

Suggerimento di citazione

I. LOLLI, *Partecipazione e consultazione delle parti interessate per la tutela dell'ambiente nell'Unione europea. L'esperienza della piattaforma Di' la tua*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2023. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Contributo realizzato nell'ambito del Progetto PRIN 2017 “Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law” (SE.CO.R.E TECH), Unità di Pisa.

** Ricercatrice confermata di Diritto costituzionale presso l'Università di Pisa.

Contatto: ilaria.lolli@unipi.it

1. La partecipazione ai processi decisionali come “pilastro” della *governance* ambientale

Se garantire ai cittadini la possibilità di partecipare alla formazione ed alla attuazione delle *policies* è principio che ormai pacificamente innerva i moderni ordinamenti democratici, sicché il nesso che lega il cittadino alle istituzioni non dovrebbe (più) essere l'obbedienza, ma l'adesione¹, non c'è dubbio che proprio nella tutela dell'ambiente – a conferma della sua natura, a questo punto pacificamente riconosciuta, di “diritto sonda” o “diritto precursore” – esso abbia trovato ormai da decenni una sua positiva consacrazione.

Muovendo dalla constatazione che «*environmental issues are best handled with participation of all concerned citizens*», già il Principio 10 della Dichiarazione di Rio de Janeiro del 1992 enucleava quelli che sarebbero diventati i c.d. tre pilastri della *governance* ambientale, ossia il diritto di accesso alle informazioni ambientali, il diritto di partecipazione ai processi decisionali, il diritto ai rimedi giurisdizionali ed amministrativi, compresi mezzi di ricorso e di riparazione².

E nella stessa direzione muoveva Agenda 21, il programma d'azione che accompagnava la Dichiarazione, che espressamente riconosceva come una «*broad participation in decision-making*» costituisse «*one of the fundamental prerequisites for the achievement of sustainable development*»³.

Il principio troverà una concreta attuazione a livello regionale nella Convenzione di Aarhus, siglata sotto l'egida dell'UNECE il 25 giugno 1998 ed entrata in vigore il 30 ottobre 2001⁴, il cui Preambolo riassuntivamente enuclea i

¹ «Non per costrizione, ma per convinzione»: così G. AMATO, *Le nostre fragili democrazie e il clima. Possiamo attrezzarci per farcela?*, *Lectio magistralis*, Roma 15 settembre 2022, reperibile, fra l'altro, su https://www.treccani.it/magazine/atlanter/societa/Le_nostre_fragili_democrazie.html.

² *United Nations Declaration on Environment and Development*, Rio de Janeiro, 1992. A livello internazionale l'importanza del coinvolgimento attivo dei cittadini nelle questioni ambientali era peraltro già presente, ancorché ‘sotto traccia’, in alcune dichiarazioni ed in altri strumenti di *soft law* già dagli anni '70, come, ad esempio, la *World Charter for Nature* (Carta mondiale della Natura) adottata nel 1982 dalla Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione n.37/7 (cfr. Principio 15), cui si aggiungeranno alcuni strumenti settoriali a carattere vincolante che inseriranno il principio di partecipazione pubblica in ambito transfrontaliero (cfr. p.e. la Convenzione di Espoo del 1991 sulla valutazione di impatto ambientale in contesto transfrontaliero e le due Convenzioni di Helsinki del 1992 sugli incidenti industriali transfrontalieri e sui fiumi e laghi internazionali). Sul Principio 10 di Rio ed i suoi prodromi, cfr., *ex aliis*, A. ANGELETTI, *Introduzione*, in A. ANGELETTI (a cura di) *Partecipazione, accesso e giustizia nel diritto ambientale*, ESI, Napoli, 2011, 12 ss., V. CIERVO, *La partecipazione al processo decisionale*, in R. GIUFFRIDA (a cura di), *Diritto europeo dell'ambiente*, Giappichelli Torino, 2012, 62 ss., E. ORLANDO, *Il dibattito pubblico nella Convenzione di Aarhus e nella legislazione europea*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2020, (3), 573 ss.

³ Cfr. par.23.2.

⁴ Ancorché regionale, la Convenzione è comunque aperta alla firma anche di Paesi non ECE ed è stata ad oggi ratificata dall'Unione europea e da 46 Stati (inclusi tutti i Paesi UE).

benefici che, coerentemente con il modello della c.d. democrazia ambientale⁵, possono derivare dal garantire un più ampio accesso alle informazioni ed una maggiore partecipazione ai processi decisionali⁶.

Aumentare la consapevolezza del pubblico sulle questioni ambientali e consentirgli di esprimere le proprie preoccupazioni, facendo contestualmente sì che i soggetti pubblici tengano in debita considerazione tali preoccupazioni, si legge nel Preambolo, porta infatti, da un lato, a veder accresciute la responsabilità e la trasparenza del processo decisionale; dall'altro lato, a rafforzare il sostegno pubblico alle decisioni. Da qui, fra l'altro, l'importanza – messa sempre in evidenza nel Preambolo – dei mezzi di comunicazione nonché dei mezzi elettronici o di altre forme di comunicazione che si fossero resi disponibili nel futuro.

In quanto teleologicamente collegato (come già in Agenda 21) al principio dello sviluppo sostenibile, nella sua duplice accezione, diacronica e sincronica, di equità infra- ed inter-generazionale⁷, l'art.1 della Convenzione impone dunque alle Parti l'obbligo di riconoscere a «*every person of present and future generations*» il diritto di partecipare «*in decision-making*»⁸.

⁵I contributi sulla c.d. democrazia ambientale sono assai numerosi. V. per tutti, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, i recenti lavori di R. LOUVIN, *Democrazia ambientale e accesso alla giustizia*, in *DPCCE online*, 58-SP2, 186 ss. e M. LEE, *Environmental democracy and Law on Public Participation* (21 giugno 2023), disponibile all'indirizzo SSRN <https://ssrn.com/abstract=4487188>.

⁶La bibliografia sulla Convenzione di Aarhus e sulle molte questioni legate alla sua interpretazione ed applicazione è vastissima. In proposito, *ex multis*, oltre a M. LEE, C. ABBOT, *The usual suspects? Public Participation Under the Aarhus Convention*, in *The Modern Law Review*, 2003, vol.66, No.1, 80 ss., e S. BAIONA, *La Convenzione di Aarhus: il quadro istituzionale internazionale*, in A. ANGELETTI (a cura di) *Partecipazione, accesso e giustizia nel diritto ambientale*, ESI, Napoli, 2011, 17 ss., v. il recente studio monografico di E. BARRITT, *The foundations of the Aarhus Convention. Environmental democracy, Rights and Stewardship*, Hart Publishing, Oxford, 2020; inoltre, anche con specifico riferimento alle vicende della sua attuazione da parte dell'UE (su cui v. brevemente *infra*), cfr. V. RODENHOFF, *The Aarhus Convention and its implications for the 'Institutions' of the European Community*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 11, (3), 2002, 343 ss., nonché, più recentemente, L. KRÄMER, *The EU and Public Participation in Environmental Decision-Making*, in J. JENDROSKA, M. BAR (eds.), *Procedural Environmental Rights: Principle X in Theory and Practice*, Intersentia, Cambridge, 2018, 121 ss., E. ORLANDO, *Il dibattito pubblico nella Convenzione di Aarhus e nella legislazione europea*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2020, (3), 571 ss., C. SCISSA, *What Room for the 1998 Aarhus Convention in the European Green Deal? An Analysis of the Possible Reluctance of the Court of Justice*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2021, (1), 93 ss.; tutti con ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁷«*In order to contribute to the protection of the right of every person of present and future generations to live in an environment adequate to his or her health and well-being*».

⁸In sostanza, la Convenzione non si limita ad introdurre degli obblighi a carico delle Parti contraenti, ma associa a tali obblighi il riconoscimento di diritti partecipativi di carattere procedurale. Sulle caratteristiche di tali «*procedural environmental rights*» e sulla loro riconducibilità o meno alla peraltro problematica categoria degli «*environmental human rights*» v., *ex multis*, oltre a E. BARRITT, *The foundations of the Aarhus Convention*, cit., (n.18), *passim*, L. MONTI, *I diritti umani ambientali nella Convenzione di Aarhus*, in E. ROZO ACUÑA (a cura di), *Profili di diritto ambientale da Rio de Janeiro a Johannesburg*, Giappichelli, Torino, 2004, 71 ss., E. HEY, *The Interaction between*

Cosa debba intendersi per «*participation in decision-making*» viene poi specificato agli articoli da 6 ad 8, che disciplinano il diritto alla partecipazione del «*public*» (artt.7 e 8) ossia, ex art.2, paragrafo 4, «*one or more natural or legal persons, and, in accordance with national legislation or practice, their associations, organizations or groups*» ovvero del c.d. «*public concerned*», il pubblico interessato, cioè, ex art.2, paragrafo 5, quella parte del pubblico «*affected or likely to be affected by, or having an interest in, the environmental decision-making*», con la precisazione che tale interesse si ritiene sussistente *ex se* per «*non-governmental organizations promoting environmental protection and meeting any requirements under national law*».

In particolare, si introduce un vero e proprio obbligo per le Parti di assicurare, in una fase adeguata del procedimento e quindi in un momento in cui tutte le alternative sono ancora praticabili, la effettiva partecipazione del pubblico ai processi decisionali, siano essi quelli di cui all'art.6 («*decisions on specific activities*»⁹), all'art.7 («*preparation of plans, programmes and policies relating to the environment*») ed all'art.8 («*preparation [...] of executive regulations and other generally applicable legally binding rules that may have a significant effect on the environment*»).

In linea generale e riassuntivamente (ancorché con delle significative differenze), ciò si dovrebbe sostanziare nel diritto, per il pubblico interessato, di essere adeguatamente, tempestivamente ed efficacemente informato della iniziativa, di disporre di un tempo congruo per elaborare le proprie valutazioni e di poter partecipare effettivamente al procedimento; correlativamente e conseguentemente, l'obbligo, per il decisore pubblico, di tenere in debito conto gli esiti della partecipazione come pure quello di rendere noto il contenuto della decisione assunta, con le ragioni e le considerazioni sulle quali questa si fonda¹⁰.

Human Rights and the Environment in the European "Aarhus space" in A. GREAR, L.J. KOTZÉ (eds), *Research Handbook on Human Rights and the Environment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2015, 353 ss., B. PETERS, *Unpacking the diversity of procedural environmental rights: the European Convention on Human Rights and the Aarhus Convention*, in *Journal of Environmental Law*, 2018, Vol. 30, No. 1, 1 ss., J. EBBESSON, *Public participation*, in L. RAJAMANI, J. PEEL (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, 2nd edn., Oxford Handbooks, Oxford, 2021, 351 ss., N. SHARMAN, *Objectives of public participation in international environmental decision-making*, in *International Comparative Law Quarterly*, 2023, 72(2), 333 ss.

⁹ Si tratta dei procedimenti autorizzatori relativi alle attività elencate all'Annex I.

¹⁰ Il diritto di partecipare, come accennato nel testo, è peraltro riconosciuto con una diversa intensità, risultando garantito nella misura più ampia nelle ipotesi di cui all'art.6, in misura più sfumata per i casi di cui all'art.7, con una differenza significativa fra piani e programmi da un lato e *policies* dall'altro lato (in quest'ultimo caso, venuta meno ogni obbligatorietà, le Parti «*shall endeavour to provide opportunities for public participation*»), finendo da ultimo per tradursi, all'art.8, in una mera sollecitazione relativamente alla partecipazione alla elaborazione delle proposte normative («*each Party shall strive to promote effective public participation*»). Sul punto cfr. V. RODENHOFF, *The Aarhus Convention and its Implications*, cit., 348 e S. BAIONA, *La Convenzione di Aarhus*, cit., 34 ss.

Quanto all'accesso alla giustizia, premesso che la questione si pone solo per le decisioni di cui agli artt. 6 (decisioni) e 7 (piani, programmi e *policies*), non è chiaro, come sottolinea L. Krämer, se la Convenzione riconosca o meno il diritto di impugnare tali atti allegando il mancato rispetto del diritto di partecipare al procedimento. Se infatti, dice Krämer, da un lato è innegabile che sarebbe contraddittorio assicurare a qualcuno il "diritto di partecipare" per poi negare la giustiziabilità del diritto stesso quando questo fosse violato, dall'altro lato è parimenti innegabile che l'art.9, paragrafo 2, della Convenzione riconosce tale diritto solo per la violazione dell'art.6 e non dell'art.7¹¹.

2. La partecipazione e le consultazioni per la tutela dell'ambiente nell'Unione europea: dal 'silenzio' dei Trattati al c.d. Regolamento Aarhus

Sebbene l'Unione europea abbia sottoscritto e successivamente, nel 2005, approvato la Convenzione di Aarhus¹² e sebbene, a partire da quel momento, quest'ultima ormai formi, come afferma la Corte di giustizia europea, «parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'Unione»¹³, il Trattato di Lisbona (come del resto i precedenti) non contiene previsioni specifiche per quel che concerne la partecipazione ai processi decisionali nei quali venga in rilievo la tutela dell'ambiente.

In proposito dunque non si può che attingere a quanto prevedono in via generale l'art.11, par.2, del TUE, che impone alle istituzioni europee di mantenere «un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile» e l'art.15, par.1, del TFUE¹⁴, là dove si prevede che le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operino nel modo più trasparente possibile «al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile».

Insomma, si potrebbe dire, trasparenza, partecipazione, buon governo: *tout se tient*.

A tali disposizioni si aggiunge poi l'art.11, par.3, del TUE, in virtù del quale, al fine di «assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni

¹¹ Cfr. L. KRÄMER, *The EU and Public Participation*, cit., p.130. Sul punto, per quel che concerne il diritto europeo, v. *infra*.

¹² Cfr. Decisione 2005/370.

¹³ Cfr. Corte di giustizia dell'Unione Europea (CGUE), caso C-240/09, *Lesoochranárske zoskupeniei VLK* (par.30). In sostanza, come sottolinea L. Krämer, in virtù di quanto prevede l'art.216, par.2, TFUE, l'adesione avrebbe avuto l'effetto di rendere vincolante la Convenzione non solo nei confronti degli Stati membri ma anche delle istituzioni europee e di porla in posizione sovraordinata rispetto alle fonti di diritto derivato. L. KRÄMER, *The EU and Public Participation*, cit., p.124. Sul punto v. ancora, ampiamente, anche C. Scissa, per la quale la Convenzione di Aarhus costituisce «a perfect example of a mixed agreement in the environmental protection». C. SCISSA, *What Room for the 1998 Aarhus Convention*, cit., 95 ss.

¹⁴ Già art.255 del Trattato di Maastricht.

dell'Unione», la Commissione ha il dovere di procedere «ad ampie consultazioni delle parti interessate». Giova ricordare in proposito che già l'art.2 del *Protocollo (n.2) sulla applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità* allegato al Trattato di Amsterdam del 2004 aveva previsto che la Commissione, prima di proporre un atto legislativo, dovesse effettuare, eccettuati casi di particolare urgenza o riservatezza, «ampie consultazioni». L'art.3 del *Protocollo (n.2)* allegato al Trattato di Lisbona (sempre su sussidiarietà e proporzionalità) contiene una previsione quasi analoga, tranne per il fatto che l'obbligo di consultazioni da parte della Commissione è oggi derogabile solo in casi di straordinaria urgenza.

Emerge peraltro, dalla semplice lettura delle disposizioni citate, la necessità di chiarire la profonda differenza che intercorre fra le due fattispecie di cui all'art.11 del TUE, ossia tra l'obbligo di mantenere un «dialogo» con i cittadini (par.2) e quello di procedere a «consultazioni» degli stessi (par.3), dove, come sottolinea L. Krämer, il primo è chiaramente più ampio del secondo.

Chi conduce la consultazione infatti, mette a disposizione un documento e chiede che su di esso vengano formulati dei commenti. E se per un verso i tempi della consultazione sono rimessi nelle mani di chi l'ha aperta, per altro verso le opinioni fornite non saranno vincolanti, né sarà necessario fornire alcuna spiegazione sulle ragioni delle scelte effettuate. Per questo, dice Krämer, la consultazione è essenzialmente un processo unilaterale.

Ben diverso è invece il «dialogo», che si configura come un processo bilaterale o multilaterale, che implica una discussione fra il decisore pubblico ed i rappresentanti della società civile e che comporta, così ancora Krämer, un vero e proprio scambio di punti di vista¹⁵.

L'obbligo esplicito di procedere a 'mere' consultazioni che grava sulla Commissione ai sensi dell'art.11, par.3, del TUE non esclude peraltro che essa, al pari di tutte le istituzioni europee, sia assoggettata anche all'altro obbligo, quello di garantire un dialogo regolare con la società civile ex art.11, par.2¹⁶.

Nel 'silenzio' dei Trattati sulla partecipazione ai processi decisionali in materia ambientale, non bisogna tuttavia trascurare che, già prima della entrata in vigore del Trattato di Lisbona, era stato adottato il Regolamento (CE) n.1367/2006 (c.d. Regolamento Aarhus) sulla applicazione alle istituzioni ed

¹⁵ L. KRÄMER, *The EU and Public Participation*, cit. p. 122. Assicurerebbe ad esempio una partecipazione effettiva ed andrebbe quindi «*far beyond*» la mera consultazione, osserva ancora Krämer, quella prevista dalla Convenzione di Aarhus, la quale obbliga non solo a fornire una tempestiva e completa informazione e ad assicurare la possibilità di presentare commenti in tempo utile, ma impone anche che questi ultimi vengano tenuti nella giusta considerazione e, nel momento in cui la decisione è presa, si dia conto delle ragioni che l'hanno sorretta (*ivi*, p.125).

¹⁶ L. KRÄMER, *The EU and Public Participation*, cit., p.122.

agli organi comunitari della Convenzione e sul riconoscimento dei «diritti garantiti dai [suoi] tre pilastri»¹⁷, tuttora in vigore.

Se le attenzioni dei commentatori e della Corte di giustizia sembravano appuntarsi in particolare sui meccanismi di riesame interno previsti dall'art.10 (sui quali da ultimo interverrà, a parziale modifica del Regolamento Aarhus, il Regolamento (UE) 2021/1767)¹⁸, ai nostri fini, con un occhio cioè alla partecipazione del pubblico ai processi decisionali, non si può non notare come ben poco se ne tratti; e come quel poco sia circoscritto ai soli procedimenti relativi alla formazione di piani e programmi in materia ambientale, ad esclusione quindi, rispetto a quanto previsto dalla Convenzione, della elaborazione di «*policies*» di cui all'art.7 e della preparazione di «*executive regulations and other generally applicable legally binding rules*» menzionati dall'art.8¹⁹.

Ricalcando sostanzialmente quanto previsto in particolare dagli artt.6 e 7 della Convenzione, l'art.9 del Regolamento – si noti: il solo in materia di partecipazione – prevede che le istituzioni e gli organi dell'Unione, introducano, «mediante opportune disposizioni pratiche e/o di altro tipo» ed in un momento in cui «tutte le possibilità sono aperte», «opportunità concrete» per il pubblico di partecipare alla elaborazione, alla modifica ed alla revisione, come detto, dei soli piani o programmi in materia ambientale (par.1). Tale obbligo, si specifica, grava in particolare sulla Commissione all'atto della elaborazione di una proposta di piano o programma da sottoporre ad altre istituzioni od organi (ancora il par.1)

Quanto alle modalità della partecipazione, è sempre l'art.9 (cfr. i paragrafi successivi) a prevedere che le istituzioni e gli organi comunitari debbano informare tempestivamente il pubblico, consentendogli di partecipare tramite l'invio di commenti da far pervenire in un arco di tempo non inferiore ad otto settimane o di prendere parte a riunioni ed audizioni (se previste) con un

¹⁷ Cfr. il sesto *considerando*.

¹⁸ In sostanza, il nuovo regolamento ha ampliato la nozione di «atto amministrativo» (prima circoscritta ai soli provvedimenti di portata individuale) fino ad includere qualunque atto non legislativo avente effetti giuridici ed esterni, estendendo in questo modo, come detto, il diritto al riesame interno. La questione esula peraltro dal perimetro di questo scritto, per cui sul punto sia consentito rinviare riassuntivamente, oltre che a C. SCISSA, *What Room for the 1998 Aarhus Convention*, cit., 104 ss., a E. BROSSET, *Enfin! Le Règlement Aarhus est révisé: un nouveau pas l'accès à la justice en matière environnementale?*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2022, (5).

¹⁹ Quanto ai piani e programmi, poi, non si può che accennare qui brevemente alle difficoltà generate dal dettato di cui all'art.2, paragrafo 2, lett. e), in virtù del quale i piani e programmi richiamati dall'art.9 sarebbero solo quelli «previsti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative», ad esclusione comunque di quelli finanziari o di bilancio e quelli di protezione civile. Sul punto v., in senso fortemente critico, L. KRÄMER, *The EU and Public Participation*, cit., p.129, il quale sottolinea che il Regolamento andrebbe ben oltre quanto previsto dalla Convenzione di Aarhus, che sul punto non introduce limitazioni.

preavviso di almeno quattro settimane. Dell'esito della partecipazione si dovrà quindi tenere debitamente conto, come pure si dovranno rendere note le motivazioni e le considerazioni poste a base della decisione.

Per quanto 'timido', anche il Regolamento Aarhus sulla partecipazione sarebbe stato, secondo alcuni, comunque disatteso. Si è detto infatti che, sebbene la Convenzione di Aarhus ed i meccanismi partecipativi da essa previsti assumano, come si è visto, carattere vincolante, in realtà le istituzioni europee (Commissione compresa), anche dopo la adozione del Regolamento, piuttosto che costruire percorsi di vero e proprio dialogo, si sarebbero generalmente limitate ad introdurre strumenti di mera consultazione, seguendo gli indirizzi della stessa Commissione sulla *better regulation* di cui diremo²⁰.

Il discorso ci porterebbe probabilmente troppo lontano. Anche perché, per quanto lacunose appaiano le disposizioni del Regolamento Aarhus, non bisogna dimenticare che il 'cappello' fornito dalle disposizioni del Trattato di Lisbona sopra ricordate sembrerebbe comunque più che idoneo ad impegnare le istituzioni europee a costruire meccanismi partecipativi 'forti', in materia ambientale così come in tutte le altre materie. Se tale impegno si configuri come un vero e proprio obbligo, quali potrebbero essere gli strumenti per il suo assolvimento e quali i meccanismi sanzionatori che potrebbero assisterlo esula tuttavia dallo scopo di questo scritto, che in realtà, come dichiarato nel titolo, intende concentrarsi specificamente proprio sullo strumento più 'debole', quello delle consultazioni – o, se si preferisce, delle 'mere' consultazioni – della Commissione europea, ed in particolare su quelle condotte attraverso il portale *Di' la tua*. Per cui, qui dobbiamo abbandonare il tema.

3. Le consultazioni della Commissione europea nel quadro della partecipazione ai processi decisionali dell'UE

È dunque all'interno di questa cornice che il diritto alla partecipazione ai processi decisionali, *ivi* compresi per l'appunto, anche quelli in materia ambientale, è stato concretamente costruito dalle istituzioni europee – e segnatamente dalla Commissione – per la verità ancor prima della entrata in vigore del Regolamento Aarhus e del Trattato di Lisbona.

Consapevole della necessità di superare il paradosso di una Unione europea «spesso percepita come qualcosa di troppo lontano e, allo stesso tempo, troppo invadente», già nel Libro bianco sulla *governance* europea del 2001²¹ la Commissione sottolineava infatti la necessità di promuovere una maggior

²⁰ L. KRÄMER, *The EU and Public Participation*, cit., p.130 ss..

²¹ COM(2001) 428 def. Il concetto di *governance* fatto proprio dal documento includeva «le norme, i processi e i comportamenti che influiscono sul modo in cui le competenze sono esercitate a livello europeo, soprattutto con riferimento ai principi di apertura, partecipazione, responsabilità, efficacia e coerenza» (GUCE C 287/5)

apertura nel processo di elaborazione delle politiche dell'Unione, in modo da consentire una partecipazione più ampia dei cittadini e delle organizzazioni alla definizione ed alla presentazione delle politiche stesse²².

La partecipazione veniva dunque riconosciuta come uno dei principi coesenziali ad una buona *governance*, democratica e rispettosa del principio di legalità²³. Garantire la più ampia partecipazione lungo tutto il percorso di messa a punto delle politiche e degli interventi avrebbe infatti per un verso aumentato la fiducia dei cittadini nelle istituzioni e nelle loro scelte, per altro verso assicurato «la qualità, la pertinenza e l'efficacia delle politiche dell'Unione» (p.7). Perché questa in definitiva era la *ratio* stessa dell'istituto: «[L]a partecipazione non consiste nell'istituzionalizzare le proteste, ma in una più efficace elaborazione della politica, basata su consultazioni tempestive e sull'esperienza del passato» (p.12).

Proprio le consultazioni, «più efficaci e trasparenti», venivano individuate come uno strumento fondamentale per aiutare la Commissione e le altre istituzioni da un lato ad «arbitrare tra istanze e priorità contrapposte»; dall'altro lato, a «definire le politiche disponendo di una visione a più lungo termine» (p.12).

E, in questo sforzo di «comunicare più attivamente con il grande pubblico sulle questioni europee», un ruolo sicuramente di rilievo era riconosciuto alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, strumenti destinati ad affiancarsi a quelli più tradizionali (richiesta di osservazioni, audizioni, istituzione di comitati ed organismi consultivi *ad hoc*, ecc.) (p.8 ss.).

Sulla spinta del Libro bianco e sulla base del Piano d'azione per legiferare meglio del 2002²⁴, la Commissione elaborerà una serie di documenti (comunicazioni, ma anche *Guidelines* e *Toolbox*) attraverso i quali metterà progres-

²² Qualche dubbio peraltro emergeva su quali fossero i soggetti cui il Libro bianco si riferiva. Esso faceva infatti ricorso di volta in volta a termini quali «cittadini» «pubblico» «società civile» «parti interessate», senza tuttavia fornire alcuna definizione, fatta eccezione per la «società civile», che (conformemente ad un parere del CESE del 1999, richiamato nel documento in nota), avrebbe ricompreso le organizzazioni sindacali e padronali (le c.d. parti sociali), le ONG, le associazioni professionali, le organizzazioni di carità e quelle di base, le organizzazioni che riuniscono i cittadini nella vita locale, comprese chiese e comunità religiose. In proposito rileva G. GOTTI, *The involvement of the Public in the Green Deal's Regulatory Appeal to People as 'Citizens'*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2021, (1), 122 (spec.131 s.), che, per quanto molto spesso il Libro bianco utilizzasse termini quali «citizens», «people», «general public» (l'autore si riferisce al testo in inglese), la partecipazione era chiaramente intesa quale strumento per coinvolgere «stakeholders» e «interested parties», ossia quei soggetti maggiormente interessati e toccati dalle politiche europee.

²³ Quattro gli altri principi da porre a fondamento della buona *governance*: apertura (ossia: spiegare meglio e con un linguaggio accessibile e comprensibile quali fossero i compiti dell'Unione e quale la natura delle sue decisioni); responsabilità (definizione chiara dei ruoli delle istituzioni dell'UE); efficacia (raggiungimento dei risultati in base ad obiettivi individuati con chiarezza ed alla valutazione dei loro impatti futuri); coerenza reciproca delle scelte.

²⁴ COM (2002) 278 def.

sivamente a punto il c.d. *'Better regulation' system* (il sistema 'Legiferare meglio'), il quale ovviamente non si limita alle sole questioni relative alla partecipazione ai processi decisionali, toccando tutti gli strumenti e gli istituti volti al miglioramento della qualità della attività regolatoria delle istituzioni europee²⁵.

La prima di queste Comunicazioni arriva di lì a poco, sempre nel 2002²⁶. E fra i temi toccati figurano ancora le consultazioni della Commissione. Nella comunicazione vengono infatti individuati i principi generali ed i requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate. L'auspicio della Commissione è di costruire ciò che mancava, ossia «una strategia che mobilizzasse l'intera Commissione sulle modalità di consultazione», razionalizzando un sistema che già conosce molte e diversificate procedure di consultazione, applicate in quasi tutti i settori di sua competenza, (p.3). Da qui, per l'appunto, la individuazione di una serie di *requisiti minimi* sulla base dei quali le consultazioni dovrebbero essere tenute, e cioè (p.17 ss.):

- a) chiarezza sull'oggetto;
- b) individuazione dei destinatari;
- c) pubblicazione;
- d) limiti di tempo per partecipare;
- e) ricevuta e *feedback*.

Ma ciò che forse è più interessante è quanto la Commissione afferma a proposito delle ragioni sottese alla sua scelta di ricorrere ad un documento di strategia quale la comunicazione, piuttosto che ad uno strumento giuridicamente vincolante. E sono argomentazioni di sicuro interesse, perché la Commissione è sempre stata fedele a questa scelta iniziale, fatta ormai più di due decenni fa.

Le parole della Commissione sono illuminanti (p.9): oltre alla necessità di dover distinguere fra «le consultazioni che la Commissione avvia di propria iniziativa, prima di adottare una proposta, e il successivo processo decisionale istituzionalizzato e obbligatorio, stabilito dai trattati», è parimenti indispensabile, a suo avviso, evitare che si creino situazioni in cui una proposta della Commissione sia impugnata innanzi alla Corte di giustizia «per una presunta insufficienza di consultazione delle parti interessate». Questa la lapidaria conclusione: «[u]n approccio iperlegalistico del genere risulterebbe incompatibile con l'esigenza di elaborare tempestivamente gli orientamenti politici e con le aspettative dei cittadini, i quali dalle istituzioni europee si attendono

²⁵ In generale, sulla *better regulation*, v. per tutti S. MARINAI, *L'Unione europea e la better regulation: spunti di riflessione e prospettive future*, in *Eurojus*, 2021, (3), p.152 ss., con ulteriori indicazioni bibliografiche.

²⁶ *Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo. Principi generali e requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate ad opera della Commissione*, COM(2002) 704 def.

interventi di merito, anziché un’attenzione eccessiva agli aspetti procedurali». Con buona pace di chi ragiona di giustiziabilità dei “diritti procedurali”...

Come detto, il percorso verso la *better regulation* verrà scandito da una serie di tappe, fra le quali giova ricordare la Comunicazione *Legiferare meglio per ottenere risultati migliori - Agenda dell’UE* del 2015²⁷, l’Accordo interistituzionale “*Legiferare meglio*” tra il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione del 13 aprile 2016²⁸, la Comunicazione *Legiferare meglio: bilancio e perseveranza nell’impegno*²⁹ nonché, da ultimo, la Comunicazione del 2021 *Legiferare meglio: unire le forze per produrre leggi migliori*³⁰, sulla quale torneremo.

Quanto ai documenti ‘operativi’, alle comunicazioni hanno di volta in volta fatto seguito *Better Regulation Guidelines*, del 2015, del 2017³¹ e del 2021, come pure *Better Regulation toolbox*, anche in questo caso nel 2015, nel 2017 e nel 2021.

E proprio dalle *Better Regulation guidelines* del 2021 (ma già considerazioni analoghe erano presenti in quelle del 2017), viene a mio avviso una delle più puntuali indicazioni su cosa significhi “legiferare meglio” e quale sia il senso delle consultazioni: «‘*Better regulation*’ is not about regulating or deregulating. It is a way of working that allows political decisions to be prepared in an open and transparent manner, informed by the best available evidence, including via the comprehensive involvement of stakeholders»(p.5)³².

Ciò non solo per assicurare il rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, ma anche per garantire che la legislazione europea goda del «*broad support of the EU citizens*» e che rimanga «*fit for purpose, future-proof and open to innovative solutions in a context of ever more rapid technological, societal and environmental change*» (*ivi*).

4. Il portale europeo *Di’ la tua*. I rilievi della Corte dei conti europea ed i ‘buoni propositi’ della Commissione

Fra gli strumenti consultivi messi in campo dalla Commissione europea nel quadro del citato ‘*better regulation*’ system figura anche l’utilizzo della piattaforma digitale *Di’ la tua* (*Have your say*), attraverso il quale, come dice la stessa Commissione, i portatori di interessi, ma anche il grande pubblico, gli

²⁷ COM(2015) 215 final

²⁸ In *GUUE* L 23 del 12.5.2016.

²⁹ COM(2017) 651 final

³⁰ COM(2021) 219 final

³¹ SWD(2017) 350 final: *Better Regulation guidelines*, p.69.

³² Dove «*evidence*» si riferisce a «*multiple sources of data, information, and knowledge, including quantitative data such as statistics and measurements, qualitative data such as opinions, stakeholder input, conclusions of evaluations, as well as scientific and expert advice*» (p.5).

esperti scientifici e tecnici, possono contribuire alle iniziative, man mano che queste prendono forma ed anche dopo la loro adozione da parte della Commissione³³.

È comunque la Commissione stessa a chiarire che, dal momento che i rispondenti offrono volontariamente un *feedback*, la consultazione non fornisce un quadro rappresentativo della popolazione dell'UE. In sostanza, la autoselezione dei rispondenti fa sì che le risposte non siano tratte da un campione rappresentativo³⁴.

Fino al 2023 il portale prevedeva che le consultazioni pubbliche si svolgessero in due fasi, una prima consistente nell'invito a presentare – entro un periodo di quattro settimane – dei commenti, in base ai quali poi sarebbe stato redatto un questionario (formato da domande aperte e chiuse), sottoposto a consultazione per un periodo di 12 settimane³⁵.

Nello specifico, il primo passaggio per informare i cittadini di una specifica iniziativa della Commissione, chiarendone ragioni ed obiettivi, era costituito dalla pubblicazione della c.d. Tabella di marcia (*Roadmap*)³⁶ o della c.d. Valutazione di impatto iniziale (VII) (*Inception impact assessment*), obbligatoria per i temi di maggior rilevanza³⁷. Secondo gli orientamenti della Commissione, la VII era obbligatoria nel caso di Tabella di marcia o VII, assieme ad una bozza della Strategia di consultazione, avrebbero dovuto essere pubblicate precocemente sul portale ed avrebbero dovuto indicare quali attività di consultazione fossero previste. Dopo la pubblicazione della Tabella di marcia o della VII i soggetti interessati avevano rispettivamente quattro o dodici settimane per inviare un *feedback*³⁸.

Alle Tabelle di marcia o alla VII faceva seguito una Strategia di consultazione che, tenendo conto delle eventuali osservazioni pervenute, avrebbe dovuto definire portata e obiettivi della consultazione, individuazione delle parti interessate, attività di consultazione previste, tempistiche e regime linguistico prescelto³⁹.

³³ COM(2021) 219 final, di cui ancora nel testo, sezione 3.

³⁴ Cfr. *Better Regulation toolbox* 2017, p.423.

³⁵ Per una accurata descrizione del ciclo legislativo e degli aggiustamenti apportati a seguito della iniziativa in materia di *better regulation* cfr. riassuntivamente S. MARINAI, *L'Unione europea e la better regulation*, cit. p.155 ss.

³⁶ *Roadmap*: «a tool to substantiate the political validation of an initiative the Commission is preparing and, to inform stakeholders about planned consultation work, impact assessments, evaluations, Fitness Checks» (dal Glossario delle *Guidelines* 2017).

³⁷ *Inception impact assessment*: «the initial description of the problem, its underlying drivers, the policy objectives, policy options and the economic, social, environmental impacts of those policy options» (così ancora dal Glossario delle *Guidelines* 2017).

³⁸ *Guidelines* 2017, p.80.

³⁹ *Better regulation toolbox* 2017, p.380.

A ciò faceva infine seguito, come sopra accennato, la consultazione vera e propria, tramite la somministrazione di questionari aperti per la risposta per un periodo di dodici settimane, i cui risultati venivano presentati dalla Commissione attraverso Relazioni di sintesi fattuali e Relazioni sinottiche⁴⁰.

Nella sua Relazione speciale n.14/2019 – dal titolo peraltro già ampiamente anticipatorio, ancorché non del tutto esaustivo, delle conclusioni⁴¹ – la Corte dei conti europea, sulla base di una analisi a campione di alcune delle consultazioni pubbliche indette dalla Commissione attraverso il portale *Di' la tua*, pur registrando dati positivi sul grado di soddisfazione dei partecipanti⁴², si soffermava partitamente sui molti nodi problematici che, come del resto spesso accade per questo tipo di strumenti, sembravano affliggere il meccanismo. Proprio perché molto puntuali e probabilmente generalizzabili a portali strutturati come *Di' la tua*, vale la pena, a me pare, richiamare i principali rilievi mossi dalla Corte dei conti, organizzati, logicamente e cronologicamente, per 'tappe'⁴³.

Quanto a Tabelle di marcia, VII, Strategie di consultazione:

- a) mancata previsione di un congruo intervallo fra pubblicazione della Tabella di marcia o della VII e apertura della consultazione pubblica, con conseguente sovrapposizione, in alcuni casi, dei tempi per il *feedback* su Tabella di marcia o VII e per la consultazione;
- b) in alcuni casi, mancata pubblicazione della Strategia di consultazione o comunque di informazioni adeguate prima della apertura della consultazione;
- c) mancato utilizzo, in alcune Strategie di consultazione, di una «matrice per la mappatura delle parti interessate», la cui individuazio-

⁴⁰ Le *Relazioni di sintesi fattuali* dovrebbero fornire le fondamentali informazioni statistiche destinate al pubblico quali ad esempio quelle concernenti i tipi di gruppi di parti interessate o il numero e la distribuzione geografica dei partecipanti e dovrebbero essere pubblicate poco dopo la conclusione della consultazione. A loro volta, le *Relazioni sinottiche* – sia come allegati alla VII o come documenti autonomi – dovrebbero offrire una rassegna dettagliata dei *feedback* e dei contributi ricevuti e dovrebbero anche dare conto del modo in cui si è tenuto conto dei contributi, spiegando eventualmente le ragioni per cui alcuni di questi non siano stati presi in considerazione. Cfr. *Guidelines* 2017, rispettivamente p.84 e p.87.

⁴¹ Corte dei conti europea, Relazione speciale n.14/2019 «*Di' la tua*»: *le consultazioni pubbliche della Commissione coinvolgono i cittadini, ma le attività per renderle note sono insufficienti*, disponibile all'indirizzo www.eca.europa.eu.

⁴² La stessa Corte ricordava come l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) avesse collocato la Commissione al primo posto, fra tutti i Paesi aderenti, per quanto riguardava il «coinvolgimento delle parti interessate» nella elaborazione della legislazione primaria e secondaria. Cfr. *OECD Regulatory Policy Outlook 2018*, OECD Publishing, Paris, p.48.

⁴³ Per i richiami puntuali ai documenti sui quali si fondava l'analisi della Corte (*Better Regulation guidelines* 2015 e 2017, *Better Regulation toolbox* 2015 e 2017) sia consentito rinviare al meritorio ed esaustivo lavoro della stessa Corte, *passim*.

ne è prerequisite per una proficua raccolta di informazioni e per la selezione delle opportune attività di consultazione;

- d) mancata comunicazione, nelle Strategie di consultazione, della possibilità, per la Commissione, di avvalersi di altri strumenti di consultazione per coinvolgere tutti i soggetti che ritiene opportuno raggiungere e delle modalità di confronto fra i risultati;
- e) mancato utilizzo, in alcune Strategie di consultazione, di tutte le lingue ufficiali.

Quanto alle consultazioni pubbliche:

- a) differenze significative – non solo fra Direzioni Generali, cui spetta gestire la procedura, ma anche fra una consultazione all'altra – relativamente alla scelta dei canali e dei metodi di comunicazione (inclusi *social media*) utilizzati per informare della consultazione;
- f) mancata individuazione di criteri chiari per stabilire se una iniziativa dovesse essere tradotta e, se sì, in quante lingue;
- g) in alcuni casi, eccessiva lunghezza o complessità sotto il profilo tecnico dei questionari, senza che, in questo secondo caso, venisse fatta alcuna distinzione fra specialisti e non specialisti;
- h) mancata indicazione, in alcuni casi, delle implicazioni dell'esito della consultazione sulle future iniziative della Commissione.

Quanto al trattamento dei dati ed agli esiti delle consultazioni:

- a) in alcuni casi, mancata o carente informazione sulle modalità di raccolta e di trattamento dei dati personali dei rispondenti;
- b) scarsa trasparenza (nei confronti della stessa Corte dei conti⁴⁴) circa i controlli effettuati dalla Commissione sulla geolocalizzazione degli indirizzi IP sorgente, sui problemi dovuti a indisponibilità del *server* (sovraccarico), sul potenziale utilizzo di mezzi per accedere in via anonima ai servizi Internet (rete TOR⁴⁵), sulla protezione dagli *Internet bot*⁴⁶ e su eventuali altri controlli effettuati;
- c) in alcuni casi, lettura 'politica' degli esiti della consultazione (sul punto v. *infra* par.6);

⁴⁴ Nel caso di una consultazione pubblica la Corte aveva richiesto gli indirizzi IP sorgente. La Commissione, richiamandosi alla propria interpretazione delle norme in materia di protezione dei dati, non aveva consentito l'accesso a tali informazioni.

⁴⁵ Il *browser* TOR (*The Onion Router*) è un *web browser* che consente di navigare in via anonima in Internet e protegge dalla analisi del traffico.

⁴⁶ In genere la Commissione utilizza un CAPTCHA come misura anti-*bot*. In alcuni casi (p.e. in occasione della consultazione pubblica sull'ora legale del 2018, su cui v. brevemente *infra*) il CAPTCHA – come ricorda la Corte dei Conti – era stato sostituito da un altro meccanismo, a causa delle preoccupazioni derivanti dall'utilizzo dei dati da parte di Google.

- d) in alcuni casi, mancata individuazione di una o più «campagne»⁴⁷ o non adeguatezza delle informazioni relativamente a quelle individuate nella Relazione sinottica;
- e) difformità e carenze nella restituzione dei dati relativi alla tipologia dei rispondenti, con particolare riferimento alla mancata distinzione fra organizzazioni ed imprese iscritte/non iscritte al Registro sulla trasparenza.

Ma, alla base di tutto e più in generale, il vero problema, ad avviso della Corte, era lo scarso livello di partecipazione (da qui, come accennato, il titolo stesso della Relazione)⁴⁸.

Analizzando in particolare le modalità e gli esiti della consultazione sulla abolizione del cambio semestrale dell'ora del 2018 e conducendo a sua volta una indagine tramite questionario, la Corte osservava come l'utilizzo, da parte della Commissione, di specifiche misure di comunicazione quali campagne promozionali a pagamento nelle lingue locali e utilizzo dei *social media* (*Facebook e Twitter*) avevano certamente incrementato il numero dei rispondenti (peraltro con notevoli asimmetrie da Paese a Paese), ma il 'peso' della sensibilizzazione dei cittadini sembrava ancora poggiare per la gran parte sulle organizzazioni della società civile.

Interpellati su come avrebbero migliorato l'approccio della Commissione per entrare in contatto con i cittadini, i partecipanti all'indagine della Corte avevano suggerito che fosse intensificata la pubblicità su *social media*, televisione, stampa e anche posta elettronica. Non mancava però anche chi riteneva opportuno coinvolgere maggiormente le amministrazioni nazionali e regionali nella pubblicizzazione delle iniziative.

I rilievi mossi si traducevano in una serie di raccomandazioni della Corte alla Commissione e che ben possono essere considerate una sorta di *baedeker* per le consultazioni tramite piattaforme informatiche:

- a) migliorare il monitoraggio delle consultazioni;
- b) migliorare le strategie di comunicazione;
- c) tradurre in tutte le lingue ufficiali i principali documenti per le consultazioni su iniziative prioritarie o di ampio interesse pubblico
- d) preparazione di questionari generali per il pubblico e di domande specifiche per gli specialisti;

⁴⁷ Una stessa risposta da parte di più rispondenti potrebbe rappresentare una coincidenza o potrebbe essere il frutto di una azione coordinata (una "campagna", per l'appunto). Nel caso in cui venisse individuata una campagna, la Commissione dovrebbe analizzarla separatamente e presentare i risultati in maniera adeguata (cfr. *Better Regulation toolbox 2017*, p.417 e 419 (2015), p.333).

⁴⁸ Cfr. la Relazione della Corte, p.30.

- e) applicazione di *standard* elevati per il trattamento e la sicurezza dei dati;
- f) offerta ai partecipanti di un *feedback* tempestivo sull'esito delle consultazioni.

Di tali nodi era pienamente consapevole anche la Commissione (cfr. la Comunicazione *Legiferare meglio: bilancio e perseveranza nell'impegno*, del 2019⁴⁹), tanto che nel 2021 presentava una nuova Comunicazione, *Legiferare meglio: unire le forze per produrre leggi migliori*⁵⁰, con la quale mirava a proporre ulteriori miglioramenti dell'azione delle istituzioni europee, soffermandosi anche sull'utilizzo del portale *Di' la tua* (v. sezione 3).

Con riferimento a quest'ultimo, in particolare, riconoscendo la necessità di intensificare gli sforzi per pubblicizzare le consultazioni pubbliche al fine di attrarre un maggior numero di partecipanti, la Commissione si impegnava per un verso a far conoscere meglio il portale stesso, non solo per il tramite di soggetti, istituzionali e non⁵¹, ma anche attraverso i *social media*; per altro verso, a incoraggiare la comunità scientifica a presentare ricerche pertinenti all'inizio del processo.

La Commissione si impegnava inoltre a ristrutturare il portale, introducendo alcune semplificazioni relativamente al suo funzionamento, fra cui, in particolare, la previsione di un unico invito a presentare contributi, strutturato in modo da combinare in una unica fase i commenti sulle tabelle di marcia e le valutazioni d'impatto iniziali con il questionario, in modo da eliminare quelle consultazioni multiple sulla stessa iniziativa probabilmente in grado di «mettere a dura prova le risorse dei portatori di interessi».

E ancora: la Commissione si impegnava a pubblicare gli inviti a presentare contributi in tutte le lingue ufficiali dell'UE, fatta eccezione per quelle iniziative molto tecniche e dei questionari specializzati, per i quali, a suo avviso, lo sforzo sarebbe stato sproporzionato rispetto ai contributi attesi.

Anzi, proprio per le questioni molto tecniche la Commissione avrebbe valutato caso per caso se procedere, piuttosto che ad una consultazione pubblica, ad una consultazione 'mirata' dei portatori di interessi.

Infine, si sarebbe proceduto anche ad una revisione dei questionari di consultazione pubblica, spesso troppo lunghi e troppo tecnici e senza un giusto equilibrio tra domande aperte e chiuse.

È ancora probabilmente troppo presto per verificare se gli impegni assunti dalla Commissione abbiano avuto gli esiti sperati. Certo è che, dal punto di

⁴⁹ COM(2019) 178.

⁵⁰ COM(2021) 219 final.

⁵¹ Incrementando ad esempio la collaborazione con il Comitato delle regioni, il CESE, le autorità nazionali, le parti sociali e le associazioni rappresentative.

vista della partecipazione, i risultati sembrano essere ancora piuttosto deludenti.

5. Una ‘cartina al tornasole’: le consultazioni sul portale *Di’ la tua* in materia di tutela dell’ambiente

La Comunicazione della Commissione del 2021 (l’ultima in ordine di tempo) affrontava, come detto, una molteplicità di nodi problematici relativamente alle consultazioni tramite il portale *Di’ la tua*, alcuni dei quali si è tentato di risolvere attraverso una ristrutturazione della piattaforma.

Non c’è dubbio però che la questione di fondo, quella che in ultima analisi può determinare il successo o l’insuccesso di iniziative del genere, sia sempre quello della partecipazione, più o meno ampia, di coloro cui è destinata. A questo proposito, forse proprio una materia come la tutela dell’ambiente può rappresentare una utile ‘cartina al tornasole’ per verificare quanto ci sia effettivamente di vero, quando parliamo di numeri, trattandosi di materia indubbiamente suscettibile di interessare non solo le istituzioni, il mondo della scienza, i gruppi di interesse, ma anche grandi fette della popolazione.

Sebbene l’ambiente, stante la sua natura di interesse diffuso, venga pacificamente ricondotto alla sfera giuridica di ciascun individuo in quanto tale, non sempre tuttavia le opinioni dei singoli, ancorché fondate sul medesimo interesse, coincidono. Non è infatti infrequente il caso che contro determinate scelte operate per la tutela dell’ambiente si schierino coloro che, pur riconoscendone in linea di massima la utilità, si oppongono ad esse per timore delle ricadute negative sull’ambiente locale. È la ben nota sindrome *nimby* (*not in my backyard*), entrata ormai da tempo anche nel lessico della Corte costituzionale⁵², che spesso affligge non solo i singoli cittadini o associazioni e comitati, ma anche le amministrazioni locali, pronte a schierarsi al loro fianco.

Più in generale, poi, assai di frequente le esigenze di tutela dell’ambiente sono chiamate a confrontarsi con fasci di interessi confliggenti, primi fra tutti quelli alla crescita economica, allo sviluppo territoriale e sociale, all’approvvigionamento ed alla sicurezza energetica; sicché molteplici sono i ‘punti di vista’ ed altrettante le opinioni divergenti che su una determinata questione possono formarsi.

Date queste premesse, si sarebbe quindi indotti a ritenere che la partecipazione, non solo delle parti interessate, sia pubbliche che private, ma anche dei singoli cittadini, al procedimento di formazione delle politiche e degli atti normativi dell’UE, ancorché nella forma più ‘blanda’ delle consultazioni attraverso il portale *Di’ la tua*, sia comunque significativa. Così però non sembra essere.

⁵² Cfr Corte costituzionale, sent. n.62 del 2005 (punto 4 del *considerato in diritto*).

Dal 1 giugno 2016 (data a partire dalla quale risultano sulla piattaforma le prime consultazioni) al 30 giugno 2023 la Commissione europea ha condotto tramite il portale *Di' la tua* circa 2350 procedure di consultazione⁵³.

Da una ricognizione mirata delle iniziative riconducibili alla tutela dell'ambiente – inteso nel senso ampio di cui agli artt.191 e 192 del TFUE, quindi includendo non solo le iniziative rubricate sotto le voci *Ambiente* e *Azioni per il clima* (che figurano come voci distinte) ma anche, ad esempio, quelle rintracciabili sotto voci quali *Energia*, *Mercato unico* o *Trasporti* – il quadro che emerge è, come accennato, abbastanza desolante, anche successivamente a quella sorta di 'spartiacque' costituito dalla Comunicazione della Commissione del 2021 (i cui effetti comunque, come detto, non potevano certamente essere immediati).

Limitandoci in particolare, per restringere ulteriormente il campo, alle sole proposte legislative della Commissione ed ai risultati delle sole consultazioni⁵⁴, in genere il numero delle risposte valide non supera le poche centinaia, in alcuni casi si ferma a qualche decina o anche meno⁵⁵.

Non c'è dubbio che la scarsa partecipazione sia in alcuni casi legata alla eccessiva tecnicità dei temi, ma pure argomenti che, anche per l'ampio dibattito sorto nei c.d. *mainstream media*, avrebbero potuto e dovuto stimolare un maggior interesse, spesso – anche se non sempre – non superano le soglie delle poche centinaia di risposte, come emerge dalla analisi di alcuni casi, scelti fra quelli relativi a temi di particolare rilevanza.

Così, non fa registrare grandi numeri, ad esempio, la consultazione sulla proposta di regolamento per la introduzione del c.d. *carbon border adjustment mechanism (CBAM)*, per la tassazione alla frontiera dei prodotti maggiormente *carbon-intensive* importati da Paesi extra-UE, se l'importatore non è in grado di dimostrare che sul prodotto sono già state corrisposte le quote di emissione di CO₂⁵⁶. La proposta, che riguarda alcuni fondamentali settori produttivi⁵⁷, chiama in causa non solo i produttori extra-UE, ma anche quei produttori europei che, per far fronte alla concorrenza sleale dei primi o perché per essi vi è un rischio di *carbon leakage*, diretto o indiretto (per gli alti costi dell'energia), godono di un sistema di assegnazione gratuita delle quote

⁵³ Vale la pena segnalare che al 30 giugno 2023 il portale riportava anche circa 75 procedure aperte e ne segnalava 400 di futura pubblicazione.

⁵⁴ Come detto, fino al 2023 le consultazioni vere e proprie tramite questionari a risposta aperta e chiusa erano precedute da una Tabella di marcia e da una Valutazione di impatto (VII), che erano oggetto di commenti in forma libera.

⁵⁵ È questo il caso, ad esempio, della consultazione del 2020 sulla proposta di regolamento sulle sostanze che riducono l'ozono (COM(2022) 151 final), che ha ottenuto 34 risposte.

⁵⁶ Si tratta di quello che oggi è il Regolamento (UE) 2023/956, che entrerà gradualmente in vigore a partire dal 1° ottobre 2023.

⁵⁷ Ossia cemento, energia elettrica, concimi, ghisa, ferro e acciaio, alluminio, idrogeno.

di emissione di CO₂ pari al 100% del loro *benchmark* di riferimento. Per questo, sin da subito sono molte le voci che da più parti si levano, sia in favore che contro.

Malgrado la evidente rilevanza della questione⁵⁸, la consultazione pubblica sul portale *Di' la tua*, che si tiene fra il 22 luglio 2020 ed il 28 ottobre 2020, riceve solo 617 risposte valide. Quelle provenienti dall'Italia saranno soltanto 23.

Decisamente più incoraggiante appare l'esito della consultazione pubblica sulla proposta di direttiva su *Salute del suolo – protezione, gestione e ripristino sostenibile dei suoli dell'UE*, che, con il dichiarato scopo di colmare una evidente lacuna normativa, mira ad assicurare ai suoli lo stesso livello di protezione già previsto per acqua, aria ed ambiente marino, definendo in particolare le condizioni di un suolo sano ed introducendo norme che favoriscano un uso ed un ripristino sostenibili dei suoli.

In questo caso infatti la consultazione pubblica che si tiene dal 1° agosto 2022 al 24 ottobre 2022 riceve 5801 risposte valide (divenute poi 5782 dopo che sono state stralciate le risposte riconducibili ad una campagna)⁵⁹, 504 delle quali provenienti dall'Italia. Numeri più alti, certo, ma che non devono indurre eccessivo ottimismo, se comunque raffrontati con la platea di soggetti potenzialmente interessati (sul punto v. *infra* par.6)⁶⁰.

La conferma che non siamo comunque di fronte ad un *trend* positivo arriva subito dopo, con i risultati della consultazione sulla proposta di regolamento per garantire catene del valore resilienti delle c.d. materie prime critiche, il cui approvvigionamento sicuro e sostenibile è considerato essenziale per le «tecnologie ambientali» innovative (in particolare per la transizione energetica). Anche in questo caso siamo di fronte ad una iniziativa che potrebbe avere impatti molto significativi sia sul mercato interno che su quello extra-UE, dal momento che mira da un lato a ridurre la dipendenza dalle materie prime primarie, ad esempio mobilitando il potenziale delle materie prime secondarie; dall'altro lato, a garantire un approvvigionamento diversificato, equo e sostenibile dai mercati mondiali.

La consultazione, tenutasi fra il 30 settembre 2022 ed il 25 novembre 2022, riceve soltanto 258 risposte valide. Di queste, solo 10 saranno quelle provenienti dall'Italia.

⁵⁸ Confermata dal fatto che contestualmente alle consultazioni tramite *Di' la tua* la Commissione riterrà di dover attivare anche due procedure di consultazione 'mirata'. Cfr. *Commission staff working document Impact Assessment Report*, COM(2021) 564 final.

⁵⁹ Sul punto cfr. *Factual summary of the online public consultation on "soil health – protecting, sustainably managing and restoring EU soils*, ref.: Ares(2023)1432432 – 27/2/2023.

⁶⁰ Data la rilevanza della questione, anche in questo caso alla consultazione pubblica erano state affiancate altre iniziative fra cui interviste semi-strutturate e invio di questionari mirati agli *stakeholders*.

In cotanta desolazione, sembrano spiccare i numeri di alcune consultazioni. Ma sono numeri destinati ad abbassarsi velocemente non appena dai risultati si sottraggono quelli delle campagne. E così le 111.838 risposte alla consultazione sulla proposta di regolamento sulla *Protezione della biodiversità*, tenutasi fra l'11 gennaio 2021 ed il 5 aprile 2021, diventano 7125 dopo che sono stati ricondotte a campagne 104.713 risposte; le 473.461 risposte alla consultazione sulla proposta di direttiva in materia di *Governo societario sostenibile* diventano 6619, dopo che sono state sottratte 468.842 risposte, anche in questo caso ricondotte a campagne. Si noti peraltro che, in entrambi i casi, le risposte valutabili al di fuori della campagna sono comunque in gran numero, per cui resta l'interrogativo se il risultato sia effettivamente da ascrivere ad una efficace opera di sensibilizzazione nell'opinione pubblica o se, viceversa, vi siano state campagne che non sono state rilevate.

Assai più 'nella norma' sembra l'esito della consultazione sulla proposta di regolamento relativa agli *Obiettivi nazionali di riduzione delle emissioni* per il raggiungimento della c.d. neutralità climatica entro il 2050, tenutasi dal 13 novembre 2020 al 5 febbraio 2021, che passa da 45678 risposte a 283, dopo che sono state sottratte le 45395 risposte legate a campagne.

E l'Italia? Come si è visto, i numeri anche in questo caso sono abbastanza scoraggianti: la partecipazione è scarsa da parte sia dei soggetti privati che di quelli istituzionali⁶¹. Molto ancora sembra ci sia da lavorare.

6. Conclusioni: ignari o riluttanti?

Tra il 4 luglio ed il 16 agosto 2018 si tiene una consultazione pubblica sull'ora legale, che riceve 4,6 milioni di risposte provenienti da tutti i 28 Stati membri⁶²; la stragrande maggioranza si dichiara a favore della abolizione del cambio semestrale dell'ora.

Il 31 agosto dello stesso anno la Commissaria ai trasporti Violeta Bulc dichiarerà con entusiasmo: «Milioni di europei hanno utilizzato la nostra con-

⁶¹ I documenti di sintesi che riportano i risultati delle consultazioni non forniscono informazioni incrociate che consentano di conoscere contemporaneamente provenienza geografica e natura del rispondente, sicché la sola strada percorribile è quella di analizzare le risposte al questionario, riportate su fogli Excel, tenendo conto, comunque, che per molte risposte si indica come Paese di provenienza il Belgio, sede di molte *lobbies* e di associazioni di categoria, mentre alcune sono anonime. A titolo di mero esempio, prendendo in considerazione la consultazione pubblica relativa alla proposta di direttiva sul *CBAM*, scorrendo le risposte espressamente indicate come provenienti dall'Italia emerge come la maggior parte di esse venisse da aziende dei settori interessati o da loro associazioni di categoria, pochissime da cittadini UE e da associazioni ambientaliste, nessuna da enti od organismi pubblici.

⁶² Si tratta della consultazione pubblica che ad oggi, salvo errori, ha ricevuto il maggior numero di risposte.

sultazione pubblica per far sentire la loro voce. Il messaggio è molto chiaro: l'84% è contrario al mantenimento del cambio dell'ora. Ci organizzeremo di conseguenza e prepareremo una proposta legislativa per il Parlamento europeo e il Consiglio, che poi decideranno insieme».

Ecco, la Commissaria Bulc richiama enfaticamente la percentuale dell'84%, trascurando tuttavia di ricordare – come sarebbe stato evidentemente più che opportuno – che il numero ancorché elevato di rispondenti corrispondeva in realtà a meno dell'1% dei cittadini europei⁶³.

Uno dei rischi maggiori correlati all'utilizzo di questo tipo di meccanismi è proprio quello che i risultati possano essere erroneamente ritenuti statisticamente attendibili dalle stesse istituzioni europee o dai loro membri; oppure che, pur nella consapevolezza che non lo sono, in una discutibile e fuorviante operazione 'cosmetica' di ricerca di consenso politico, li si voglia comunque presentare come tali.

Ma, come è evidente, i numeri contano. Ed i numeri, come si è detto, non sono particolarmente confortanti.

Certamente una delle ragioni della perdurante limitata utilizzazione del portale *Di' la tua* è da imputarsi al fatto che molti – ed in alcuni casi anche più 'utili' – sono i canali a disposizione di chi vuol far arrivare le proprie opinioni (ed i propri interessi) alle istituzioni europee. E questo vale sia per gli *stakeholders* privati che per gli organismi pubblici, statali ed infrastatali.

Non è un caso, ad esempio che nel Registro per la trasparenza figurino migliaia di organismi, pubblici e privati (a giugno 2023 si contavano più di 12300 iscritti)⁶⁴. E giova ricordare che, ad esempio l'iscrizione al Registro è condizione per poter incontrare i rappresentanti delle istituzioni come pure i funzionari dell'UE. Anche la partecipazione a forme di consultazioni 'mirate' o ad organismi consultivi stabili o, ancora, a veri e propri tavoli di lavoro appare come uno strumento indubbiamente più appetibile⁶⁵.

⁶³ Cfr in proposito la Relazione speciale n.14/2019 della Corte dei conti europea, cit., punto 89.

⁶⁴ Può essere utile ricordare che, per quel che concerne l'Italia, fra gli iscritti figurano enti pubblici ed associazioni e reti di autorità pubbliche quali, ad esempio, la Regione Sardegna, l'EMA (*European Metropolitan Authorities*), che riunisce le città metropolitane italiane assieme ad alcune grandi città europee quali Barcellona, Porto, Lione, Varsavia, ecc., l'Unione degli Assessorati alle Politiche Socio-sanitarie, Istruzione e Lavoro, molte Università italiane.

⁶⁵ A proposito di tavoli di lavoro, si pensi, a titolo puramente di esempio, ai *Technical Working Groups* (TWG) composti dai diversi portatori di interessi (rappresentanti delle istituzioni europee, degli Stati membri, delle imprese e delle associazioni ambientaliste) che, nel quadro del c.d. *Sevilla process* previsto dalla direttiva sulle emissioni industriali 2010/75/UE (in materia di *Integrated Pollution Prevention and Control*, IPPC), procedono, in conformità alla Decisione di esecuzione 2012/119/UE, alla stesura dei c.d. *BREFs* (*BAT reference documents*), documenti istruttori contenenti le c.d. *Best Available Techniques* destinati ad essere trasfusi in successive decisioni della Commissione.

Ma è altrettanto certo che, più è 'spinto' l'utilizzo delle nuove tecnologie, più si allarga il divario con gli analfabeti digitali e con coloro che, per qualunque ragione, non possono avere accesso alle piattaforme informatiche. Il tema, come è evidente, richiederebbe ben altri spazi, dal momento che tocca uno dei gangli fondamentali della stessa riflessione sulle democrazie al tempo di *internet*.

Sul punto quindi, e in conclusione, sia concessa soltanto una piccola digressione.

Nell'agosto del 1955 Isaac Asimov pubblica sulla rivista di *science fiction* *If* un racconto dal titolo *Franchise*, in cui Norman Muller, cittadino statunitense, viene selezionato dal computer Multivac come rappresentante del corpo elettorale per la elezione del Presidente degli Stati Uniti del 4 novembre 2008. L'impazienza degli uomini, che hanno cominciato a chiedere computer in grado di anticipare l'esito delle elezioni in base allo spoglio dei primi voti, ha infatti generato macchine sempre più perfezionate, capaci di predire il risultato conoscendo un numero sempre più basso di voti, fino a quando è diventato sufficiente conoscere l'opinione di uno solo dei votanti. Ma «*the Voter of the Year*» – «*not the smartest, or the strongest, or the luckiest, but just the most representative*» – non dovrà votare: Multivac, che ha già quasi tutti i dati a disposizione, ha solo bisogno di valutare «*certain imponderable attitudes of mind*», attraverso un fuoco di fila di domande (delle quali Norman non ne ricorderà che una, «*incongruously gossipy*»: “*What do you think of the price of eggs?*”).

Fantascienza, certamente. Ma il mondo distopico costruito da Asimov, la sua «*first and greatest Electronic Democracy*», è lì, a rammentarci che non è vero, come diceva Eraclito, che «*εἷς ἐμοὶ μύριοι, ἐὰν ἄριστος ᾖ*»⁶⁶. E che il progresso della scienza e della tecnica non devono lasciare indietro chi non riesce a stare al passo, anche solo, come nel nostro caso, semplicemente prendendo parte a delle consultazioni *on line*.

⁶⁶ GALENO, *De Dignoscendis Pulsibus*, fr. 49 («Uno è per me diecimila, se è il migliore»).

PARTECIPAZIONE MULTILIVELLO ALLA FORMAZIONE DELLE
POLITICHE EUROPEE, INNOVAZIONI TECNOLOGICHE,
TRASFORMAZIONE DEI PROCESSI DEMOCRATICI: IL CASO DELLA
DIRETTIVA SULLA LOTTA ALLA VIOLENZA CONTRO LE DONNE E
ALLA VIOLENZA DOMESTICA*

ELETTRA STRADELLA**

Sommario

1. La proposta di direttiva europea sulla violenza di genere come caso di studio. – 2. Gli strumenti partecipativi nella definizione della proposta legislativa in materia di violenza di genere: fasi e processi. – 2.1. Le consultazioni a livello europeo. – 2.2. Il profilo tradizionale della c.d. fase ascendente: la definizione della posizione nazionale. – 3. Considerazioni di sintesi a partire dal caso di studio: l'impatto delle tecnologie digitali sulla partecipazione.

Abstract

This paper aims at investigating the topic of the participation to the European decision-making process focusing on the impact of technological innovation and their role in the transformation of democratic processes. In particular, it starts from a case-study, that is the elaboration of the European directive on combating violence against women and domestic violence, in order to understand how participatory dynamics have developed in the definition of the issues involved, and which is being the contribution of ICTs, both at the national and the regional level.

Suggerimento di citazione

E. STRADELLA, *Partecipazione multilivello alla formazione delle politiche europee, innovazioni tecnologiche, trasformazione dei processi democratici: il caso della direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2023. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Contributo realizzato nell'ambito del Progetto PRIN 2017 "Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law" (SE.CO.R.E TECH), Unità di Pisa.

** Professoressa associata di Diritto pubblico comparato nell'Università di Pisa.

Contatto: elettra.stradella@unipi.it

1. La proposta di direttiva europea sulla violenza di genere come caso di studio

Il tema della partecipazione in fase ascendente sarà affrontato, in questo breve contributo, attraverso la lente di una recente esperienza, quella che ha riguardato la proposta di direttiva in materia di violenza di genere, o meglio, di violenza contro le donne e violenza domestica.

L'8 marzo 2022 la Commissione europea ha adottato una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica, volta alla configurazione dei reati pertinenti e le relative sanzioni; la protezione delle vittime e l'accesso alla giustizia; l'assistenza alle vittime; la prevenzione; il coordinamento e la cooperazione.

Il processo che sta conducendo verso l'adozione della direttiva ha visto diverse fasi nelle quali un ruolo importante è stato svolto da forme di consultazione: in particolare una prima, in vista della redazione della proposta da parte della Commissione, ed una seconda fase, finalizzata alla definizione del posizionamento nazionale che in Italia ha visto la partecipazione attiva soprattutto di una regione, l'Emilia-Romagna, che può vantare da questo punto di vista un sistema abbastanza consolidato.

Il punto di partenza è rappresentato dal fatto che la Commissione europea ha incluso nel suo programma di lavoro per il 2021 la preparazione di una proposta legislativa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza di genere e la violenza domestica, questione su cui da decenni si sono impegnate e hanno fatto pressione molte organizzazioni e reti europee di donne, con l'obiettivo di superare i limiti attuali mediante una direttiva vincolante per gli stati membri. Nel settembre 2021, il Parlamento ha invitato la Commissione a fissare la base giuridica per annoverare la violenza di genere tra i reati comunitari, ai sensi dell'articolo 83 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, equiparandola così a crimini come il terrorismo, la tratta degli esseri umani, la criminalità informatica, lo sfruttamento sessuale e il riciclaggio di denaro. L'avvio di un processo formale ed effettivo di armonizzazione consentirebbe di stabilire definizioni e porre in essere standard giuridici omogenei, formulando peraltro sanzioni penali minime comuni a tutti i Paesi membri dell'Unione europea.

L'iniziativa legislativa ha ad oggetto un intervento normativo volto ad affrontare tutte le forme di violenza e discriminazione *gender-based*, sia *offline* che *online*, introducendo una prospettiva transnazionale sulla violenza di genere che la accomuni ad altri fenomeni che si caratterizzano per una portata globale, nonché per la capacità di attraversare i confini territoriali (questo si manifesta in modo particolarmente evidente nelle forme che trovano spazio sulla e attraverso la rete). Fin dalle sue origini il progetto è stato quello di porre l'Unione europea in dialogo con gli standard stabiliti dalla Convenzione

di Istanbul e con gli altri standard internazionali, nell'ambito di un dibattito che, com'è noto, ha riguardato per diverso tempo l'alternativa tra un'adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa, e l'elaborazione di un proprio documento normativo. Nel 2016 la Commissione europea ha proposto l'adesione dell'Unione alla Convenzione di Istanbul e un anno dopo, nel 2017, ha firmato la convenzione, insieme alla presidenza del Consiglio. Il processo di adesione non è stato però ancora completato, ciò che per un verso rende l'adozione della direttiva particolarmente urgente, peraltro rappresenta una criticità in termini di relazione tra fonti la cui elaborazione risulta *in itinere*. Le misure contenute nella proposta di direttiva hanno infatti quale obiettivo quello di dare attuazione alle strategie della convenzione nei settori di competenza dell'UE, producendo quindi un effetto indiretto di rafforzamento della protezione convenzionale all'interno dello spazio giuridico europeo. Sembrava difficile però poter considerare la direttiva come un'attuazione della Convenzione nei settori di competenza eurounitaria nel momento in cui l'Unione europea non aveva in realtà perfezionato la propria adesione alla Convenzione, e anche l'analisi dei contenuti della proposta di direttiva, che non è comunque oggetto di queste brevi considerazioni, mostra un percorso particolare che non si limita a tradurre nel più limitato ed omogeneo scenario dell'UE norme e processi contenuti all'interno della Convenzione.

La Corte di Giustizia, nell'ottobre 2021, aveva espresso un proprio parere¹ confermando che l'Unione europea può ratificare la Convenzione di Istanbul senza l'accordo di tutti gli Stati membri, individuando l'ambito di applicazione nelle politiche di asilo e cooperazione giudiziaria in materia penale e negli obblighi delle istituzioni e della pubblica amministrazione dell'UE. Sulla scorta di queste indicazioni, il 10 maggio scorso, i deputati del Parlamento europeo hanno dato il loro consenso all'adesione in due votazioni separate per ambiti (istituzioni e pubblica amministrazione dell'Unione, e cooperazione giudiziaria in materia penale, asilo e non respingimento), sottolineando peraltro come l'adesione dell'UE della Convenzione di Istanbul non elimina il problema della perdurante mancata ratifica da parte di diversi Stati membri (in particolare: Bulgaria, Repubblica ceca, Ungheria, Lettonia, Lituania e Slovacchia).

In questo percorso si inserisce dunque la rilevanza della proposta di direttiva come caso di studio utile ad affrontare il tema della partecipazione alla formazione delle politiche europee, con particolare attenzione all'impatto del-

¹ Su cui si veda M. FERRI, *La Corte di Giustizia e la conclusione della Convenzione di Istanbul da parte dell'UE* (3/2021), in *Questa rivista, Rubriche*, Parere della Corte di giustizia (Grande Sezione) del 6 ottobre 2021, Convenzione di Istanbul, parere 1/19.

le innovazioni tecnologiche su forme ed effetti della partecipazione democratica. Ripercorrendo le fasi partecipative che hanno segnato l'*iter* di elaborazione dei contenuti normativi della direttiva si evidenzieranno alcuni degli aspetti che caratterizzano in generale i processi partecipativi europei, e che bene emergono anche in altri contributi di questo numero, nonché le prospettive e i profili di criticità di una democrazia partecipativa tecnologica che non presenti un saldo ancoraggio in un circuito rappresentativo più efficace e trasparente di quello che attualmente caratterizza i nostri ordinamenti giuridici.

2. Gli strumenti partecipativi nella definizione della proposta legislativa in materia di violenza di genere: fasi e processi

2.1. Le consultazioni a livello europeo

In vista della preparazione della proposta legislativa di cui si discute, la Commissione ha lanciato una consultazione pubblica per raccogliere dati, informazioni e opinioni rispetto alle misure già vigenti all'interno dei singoli Paesi.

La consultazione, aperta dall'8 febbraio 2021 al 10 maggio 2021, prevedeva la partecipazione attraverso la compilazione di un questionario online, disponibile in tutte le lingue dell'Unione europea.

I destinatari della consultazione sono stati individuati in senso molto ampio, organizzazioni della società civile, parti sociali, soggetti operanti nell'ambito delle pari opportunità, ma anche singoli cittadini.

Come sottolineato nei report pubblicati contenenti gli esiti della consultazione², questo strumento partecipativo, cioè quello delle consultazioni pubbliche aperte, non è per sua natura statisticamente rappresentativo della popolazione. La finalità non è quella di trovare risposte generalizzabili, ma piuttosto di catturare le visioni, le sensazioni, le idee in grado di portare nuova luce, far emergere questioni all'interno di un tema rilevante. Come si sottolinea anche in altri interventi, questo approccio/fenomeno non deve essere confuso con il *crowdsourcing*, su cui si tornerà in seguito, e sul quale si rimanda anche al contributo di Lironi in questo numero.

A questi fini il questionario era costruito intorno a 66 domande divise in 5 sezioni. Due delle domande erano esclusivamente in forma aperta, e 11 esclusivamente a risposta multipla, 47 a risposta chiusa davano comunque la possibilità di allegare un testo (generalmente questo avviene nella forma del *position paper*). Il Portale utilizzato è il portale *Have Your Say* della Commissione

² *Combating gender-based violence against women and domestic violence – protecting victims and punishing offenders - Summary report – public consultation*, Ref. Ares (2021)7871956 - 20/12/2021.

europea³. La partecipazione avviene mediante la piattaforma *open consultation*, a seguito di registrazione in un registro sulla base di *transparency guidelines*. La procedura non è semplice, sono richiesti una serie di requisiti individuati nelle linee guida, tra i quali la dichiarazione, certificata, di essere un'organizzazione attiva nell'ambito della formazione delle *policy* dell'Unione europea.

È interessante analizzare gli esiti del processo: sono state raccolte 767 risposte alla consultazione pubblica nei vari stati membri, tra i quali il più rappresentato risulta essere l'Ungheria con il 48% delle risposte (forse significativo in considerazione degli orientamenti espressi all'interno del Paese critici nei confronti della convenzione di Istanbul, e, si ritiene, determinato dalla pubblicità della consultazione fatta, a differenza che negli altri Paesi, sui media); seconda l'Italia con il 16% e poi la Germania con 11%. Dall'analisi delle risposte, realizzata nel report pubblicato, emerge come non vi siano state campagne organizzate o altri tentativi di influenzare in modo distorsivo la consultazione pubblica, la cui finalità, come si diceva, è essenzialmente quella di far emergere istanze, non di fotografare con requisiti di rappresentatività o secondo criteri di rappresentanza, ma dovrebbero comunque garantire una partecipazione genuina. Poche le risposte dagli altri Paesi europei, e unico Paese dal quale non è giunta alcuna risposta è la Lettonia.

³ https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say_en. Il sistema si colloca all'interno orientamenti che l'Unione europea esprime con chiarezza nella Comunicazione del 2015 sulla "Better regulation" Cfr. Comunicazione dalla Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni "Better regulation for better results", Strasburgo, 19 maggio 2015, COM(2015) 215. in cui la Commissione precisa come una "better regulation" non abbia a che fare con aspetti quantitativi (e non è scontato se si pensa alla riflessione che ha segnato anche il nostro ordinamento per molti anni sulla c.d. inflazione normativa), e dunque con la c.d. *deregulation*, che rischia anzi, soprattutto in alcuni settori, di indebolire la protezione di interessi diffusi e diritti fondamentali, basti pensare all'ambito della protezione sociale, dell'ambiente, della salute.

La Commissione europea propone invece di applicare i principi-criteri di *better regulation* da essa formulati proprio al fine di assicurare che le misure adottate siano «*evidence-based, well designed and deliver tangible and sustainable benefits for citizens, business and society as a whole*». Il fondamento scientifico delle regole assunte risulta funzionale, in questa prospettiva, ad una qualità della regolamentazione che risulti, in particolare, sostenibile. Com'è noto la sostenibilità rappresenta ormai un vero e proprio parametro nella verifica politica delle scelte riformatrici, ma anche, per certi versi, un parametro nella verifica sulla costituzionalità delle stesse, per come tradotta all'interno di gran parte delle Costituzioni europee, soprattutto con riferimento alla gestione delle politiche di bilancio e finanziarie, attraverso il principio dell'equilibrio di bilancio. Essa presuppone quell'impegno, che la Commissione delinea in queste linee guida del 2015, ad utilizzare «*the best available evidence and science*», e a rafforzare l'impegno nella realizzazione di piani trasparenti di monitoraggio e implementazione delle misure prima che queste siano adottate.

L'analisi condotta su questo processo si è avvalsa della conduzione di un'intervista⁴, finalizzata a volgere lo sguardo all'interno del processo partecipativo stesso, con la responsabile di uno dei soggetti *stakeholders* che hanno preso parte alle consultazioni facendosi portatori di istanze collettive qualificate: mi riferisco in particolare all'*European Forum of Restorative Justice*⁵. L'organizzazione, che ha come obiettivo quello di promuovere a diversi livelli il diritto al ricorso alla giustizia riparativa per tutte le vittime, vanta una importante esperienza di partecipazione a livello europeo, avendo preso parte a diverse consultazioni, quali quelle già avviate sulla c.d. direttiva vittime⁶ e in materia di hate crimes⁷.

Quale elemento generale da valutare è emersa la particolare efficacia di presentarsi, in questi contesti, in gruppi uniti di associazioni/organizzazioni. La consultazione si è realizzata in realtà in due fasi, con un secondo momento successivo alla proposta di direttiva (simbolicamente pubblicata nella Giornata internazionale della donna, l'8 marzo 2022⁸). Come emerso dall'incontro, nell'ambito di questa seconda fase la partecipazione si è concretizzata in un'analisi articolo per articolo della proposta (pubblicata), e il Forum in particolare aveva ad obiettivo l'individuazione dei modi e degli spazi per un'inclusione della giustizia riparativa all'interno della proposta stessa. Il Forum, infatti, svolgendo primariamente una funzione di *advocacy*, si propone

⁴ L'intervista strutturata è stata realizzata nel mese di novembre 2022 con Laura Hein, *policy officer* dell'*European Forum for Restorative Justice*. Si ringrazia la dr.ssa Hein e l'organizzazione per il prezioso supporto offerto nella riflessione sull'impatto degli strumenti partecipativi e delle consultazioni pubbliche nella formulazione delle politiche europee.

⁵ <https://www.euforumrj.org/en>

⁶ Ci si riferisce alla direttiva n. 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.

⁷ Nel 2020, la Presidente della Commissione europea ha annunciato l'obiettivo di estendere la lista dei reati "europei" al fine di includere "tutte le forme di crimini d'odio e incitamento all'odio", ovvero *hate crimes* e *hate speech*. E' dunque intervenuta la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni sul piano d'azione per la democrazia europea, con la quale è stata promossa un'iniziativa per allargare il novero dei reati di cui all'art. 83, par. 1, TFUE per i quali è consentito a Parlamento e Consiglio stabilire norme minime di ravvicinamento delle legislazioni nazionali (sull'art. 83 TFUE cfr. C. AMALFITANO, *Art. 83 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, 896 ss. Nel dicembre 2021 la Commissione europea ha effettivamente adottato una nuova comunicazione e una proposta per avviare l'iter di inserimento di nuove fattispecie nell'elenco dei "reati europei" di cui all'art. 83, par. 1, TFUE. Sul tema cfr., in questa rivista, I. ANDRÒ, *Online hate speech: la prospettiva dell'Unione europea tra regolamentazione della condotta dei prestatori di servizi intermediari e ricorso al diritto penale*, n. 1/2023.

⁸ Proposta di direttiva specificamente rivolta alla "lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica" (COM (2022) 105 final).

di promuovere e favorire gli strumenti attraverso i quali garantire ad ogni vittima l'ingresso nel percorso della giustizia riparativa⁹.

Questa organizzazione fa parte della *EU Platform on Victims Rights*¹⁰ promossa dalla Commissione, uno spazio che assicura un approccio orizzontale ai diritti delle vittime di reato, mettendo insieme tutti gli attori che operano a livello europeo in materia, sia a livello istituzionale (è il caso del coordinatore europeo dell'antiterrorismo, di Eurojust, o dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali), sia nella società civile, come nel caso del Forum. Questa appartenenza merita di essere menzionata in quanto è stata messa in evidenza dall'intervistata come un fattore cruciale per la capacità di incidere effettivamente sugli esiti del processo partecipativo: essa infatti comporta la partecipazione a *meeting* più diretti, sia verticalmente con la Commissione, sia orizzontali con altre organizzazioni della società civile. A questo si uniscono peraltro rapporti diretti con la Direzione generale Giustizia – *Team Victims*, anch'essi essenziali nel favorire *outcome* rilevanti, da valutarsi in termini di effettivo accoglimento delle proposte all'interno dell'articolato finale. Gli elementi fondamentali e capaci di determinare l'incidenza effettiva sui contenuti delle politiche europee sembrerebbero dunque i contatti diretti e la cooperazione orizzontale tra organizzazioni. Un dato concreto il Forum lo presenta: basti pensare al fatto che nella proposta di direttiva non è stato inserito il divieto di ricorso alla giustizia riparativa, nonostante, com'è noto, la Convenzione di Istanbul assuma sul punto una posizione molto netta¹¹.

Certamente il lobbismo¹², che è poi il fenomeno di cui in effetti si tratta quando si fa riferimento a processi partecipativi organizzati nei quali il coin-

⁹ Sul tema della giustizia riparativa, con particolare riferimento all'approccio europeo, cfr. *European Union Agency for Fundamental Rights, Victims' rights as standards of criminal justice*, Justice for victims of violent crime. Part I, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019. L. LUPARIA (a cura di), *Lo Statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Wolters Kluwer, Cedam, 2015.

¹⁰ https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/criminal-justice/protecting-victims-rights/victims-rights-platform_en

¹¹ Si ricordi l'art. 48, che stabilisce l'adozione delle misure legislative, o le altre tipologie di misure, necessarie al fine di proibire processi obbligatori di risoluzione alternativa della controversie, includendovi la mediazione e la conciliazione, con riferimento a tutte le forme di violenza oggetto della Convenzione stessa. E illustra la motivazione del divieto nel riconoscimento della circostanza per cui la violenza contro le donne è una manifestazione della storica asimmetria di potere nelle relazioni tra i generi, che ha condotto all'oppressione degli uomini nei confronti delle donne, alle discriminazioni e alla limitazione della possibilità per le donne di avere un pieno sviluppo delle proprie potenzialità. Insomma, il carattere strutturale della violenza di genere fonderebbe il limite all'utilizzo della mediazione, in quanto essa potrebbe essere utilizzata contro le donne. Questa prospettiva è peraltro discussa dagli studiosi e dalle studiose della giustizia riparativa, che sottolineano le differenze tra mediazione e giustizia riparativa, ricavando spazi possibili per la seconda anche nell'ambito delle relazioni di genere.

¹² Sul tema resta imprescindibile, a livello comparatistico, lo studio di P. PETRILLO, *Teorie e tecniche del lobbying*, Bologna, Il Mulino, 2019.

volgimento dei singoli cittadini e delle singole cittadine è del tutto irrilevante, quando addirittura non previsto, ha subito trasformazioni significative per opera delle tecnologie digitali.

2.2. Il profilo tradizionale della c.d. fase ascendente: la definizione della posizione nazionale

Se ci si sofferma sulla seconda fase di partecipazione, ed in particolare al processo di definizione della posizione nazionale sulla proposta di direttiva, cioè quello che configura il profilo più tradizionale della c.d. fase ascendente, occorre soffermarsi sul ruolo fondamentale delle Regioni.

Esse, com'è noto, partecipano alla formazione delle politiche e degli atti normativi europei, secondo quanto immaginato a partire dalla riforma del Titolo V, Parte II Cost., e della legge c.d. La Loggia n. 131/2003, e poi previsto dalla l. n. 234/2012, che disciplina il processo di partecipazione dell'Italia alla formazione delle decisioni e alla predisposizione degli atti dell'Unione europea e garantisce l'adempimento degli obblighi e l'esercizio dei poteri derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea.

È appena il caso di ricordare che quest'ultimo intervento normativo ha modificato la legislazione precedentemente in vigore in ragione delle innovazioni apportate dal Trattato di Lisbona e dai Protocolli ad esso allegati, attribuendo specifico rilievo alla partecipazione diretta che si svolge all'interno dell'ordinamento nazionale, finalizzato ad assicurare un effettivo contributo di Governo, Parlamento e Regioni alla definizione della posizione nazionale da sostenere a livello europeo.

Proprio in questo quadro si inserisce, con riferimento al caso di studio qui preso in considerazione, l'intervento proattivo della Regione Emilia Romagna, particolarmente sensibile agli strumenti della democrazia partecipativa, basti pensare allo statuto che precocemente inserisce nell'ordinamento giuridico regionale lo strumento dell'istruttoria pubblica¹³.

¹³ Si fa qui riferimento all'art. 17 dello Statuto dell'Emilia-Romagna, rubricato *Istruttoria pubblica*, con il quale si prevede che "Nei procedimenti riguardanti la formazione di atti normativi o amministrativi di carattere generale, l'adozione del provvedimento finale può essere preceduta da istruttoria pubblica" e se ne individuano i principi generali di funzionamento, rinviando a legge regionale attuativa la disciplina delle modalità di attuazione della stessa, stabilendo i termini per la conclusione delle singole fasi e dell'intero procedimento. Sullo strumento cfr. F. PAOLOZZI, *Partecipazione popolare*, in OLL, *I nuovi statuti regionali: lo stato dell'arte*, Consiglio regionale della Toscana, Firenze, 2005; M. CARLI, *Lo statuto della Emilia Romagna. Principi e partecipazione*, in *Le istituzioni del federalismo* 2005, 19 ss., oltre che la trattazione che dell'istituto svolge E. FREDIANI, *Informazione e partecipazione dei privati ai procedimenti normativi nella nuova disciplina statutaria*, in *Le fonti del diritto nei nuovi statuti regionali*, Cedam, Padova, 2007, spec. 364 ss.; si veda anche, con particolare riguardo alla sent. 379/2004 della Corte cost. avente tra l'altro ad oggetto gli artt. 17 e 19 dello statuto emiliano, al suo ruolo e alla sua portata, P. FAVA, *Better regulation e consultazione degli interessati: regole fondamentali per evitare un contenzioso inutile*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello*

La consultazione è stata aperta alla Rete europea regionale, soggetto previsto dalla legge regionale n. 16/2008 che comprende i firmatari del Patto per il lavoro e per il clima e le Unioni dei comuni, alle associazioni iscritte all'Albo dell'Assemblea legislativa, e alle associazioni e organizzazioni del Terzo settore del territorio inquadrate, nella prospettiva della sussidiarietà orizzontale, quali soggetti fondamentali per la costituzione e la tenuta di un tessuto sociale coeso.

Questa attività si inserisce nel percorso di attuazione della legge regionale del 2008, appunto, ove è disciplinata la partecipazione della Regione Emilia-Romagna alla formazione e attuazione delle politiche e del diritto dell'Unione europea: in attuazione del disposto normativo, nel corso di ogni anno, grazie ad un'attenta attività di monitoraggio, la Regione Emilia-Romagna partecipa attivamente alla formazione del diritto europeo in fase ascendente esprimendosi sulle singole iniziative di interesse regionale.

E così, con riferimento al caso di studio in esame, l'Emilia-Romagna ha avviato una consultazione attraverso un questionario composto da 24 domande (di cui 5 aperte/facoltative), suddiviso in sezioni che ripropongono la macrostruttura della proposta di direttiva: prevenzione violenza di genere e domestica; accesso alla giustizia e protezione; sostegno alle vittime di violenza di genere e domestica; forme specifiche di violenza contro le donne.

La maggior parte dei soggetti che hanno preso parte alla consultazione provengono dal terzo settore e dal volontariato.

Al suo termine, è stata svolta un'analisi di tipo sintetico-qualitativo, tradotta in una relazione messa a disposizione dei decisori politici, unitamente a tutti i contributi ricevuti, per l'elaborazione di una Risoluzione che è stata approvata dalla Prima commissione assembleare, tenuti in considerazione i pareri delle commissioni competenti per materia in cui viene dato conto del processo di consultazione. La relazione è stata poi trasmessa al Governo e alle Camere per concorrere alla definizione della posizione italiana sulla proposta.

Il report e la Risoluzione vengono pubblicati sia sulla piattaforma di *e-democracy*, sia sul sito dell'Assemblea. Particolarmente significativo è proprio il ruolo della piattaforma PartecipAzioni, vero e proprio luogo di co-progettazione, utilizzato dalla Regione anche per la realizzazione del bilancio partecipativo, dove vengono creati appositi spazi digitali per fornire proposte, commentare o partecipare alla formazione del bilancio partecipativo. La stessa progettazione della piattaforma di *e-democracy* è stata frutto di un percorso partecipativo con esperti di partecipazione, di piattaforme informatiche e di open source, volto a studiare e valutare le possibili piattaforme di partecipazione presenti sullo scenario europeo, che soddisfino le esigenze espresse dal-

la legge regionale sulla partecipazione alla elaborazione delle politiche pubbliche che aveva introdotto come clausola valutativa “l’analisi sull’utilizzo delle piattaforme tecnologiche, metodologie e strumenti digitali nella realizzazione dei processi, nella diffusione di notizie, documentazione e buone prassi per favorire la democrazia partecipativa”¹⁴.

Nelle scorse settimane è stato infine pubblicato il “Documento di posizione comune recante osservazioni delle Regioni e delle Province autonome ai sensi della legge n. 234 del 2012”¹⁵.

Il documento interviene in particolare sull’adeguatezza della base giuridica e la conformità ai principi di sussidiarietà e proporzionalità, in applicazione del protocollo n. 2 allegato al Trattato di Lisbona che, com’è noto, prevede il coinvolgimento delle Assemblee legislative nel controllo di sussidiarietà in collaborazione con i Parlamenti nazionali di riferimento¹⁶, e si sofferma poi su alcuni profili di merito, concentrandosi in particolare sulla questione della formazione, ai punti 12 e 13 del documento.

A tale proposito, le Regioni evidenziano la necessità di prevedere o rafforzare “percorsi di formazione specifica e permanente rivolti a tutte le autorità e agli organismi competenti affinché svolgano celermente e adeguatamente la valutazione individuale del rischio, necessaria per preservare l’incolumità della vittima e fornire un’assistenza su misura, ed evitino il perpetuarsi di stereotipi sessisti che portano ad una vittimizzazione secondaria o ripetuta in tutte le fasi del procedimento”. Inoltre, segnalano al legislatore nazionale, al momento in cui si tratterà di provvedere al recepimento della direttiva, “la ne-

¹⁴ Ci si riferisce in particolare alla l. reg. n. 15/2018, che ha abrogato la precedente legge n. 3/2010, successivamente modificata nel 2019 e nel 2022, con la quale si prevede che l’Assemblea legislativa esercita il controllo sull’attuazione della legge in materia di strumenti di partecipazione e ne valuta i risultati ottenuti attraverso la presentazione da parte della Giunta alla competente commissione assembleare, con cadenza triennale, di una relazione “che fornisca informazioni sui seguenti aspetti: a) analisi quantitativa e qualitativa dei processi partecipativi realizzati, evidenziandone la diffusione territoriale, i soggetti coinvolti e il grado di recepimento degli esiti dei processi stessi da parte degli enti responsabili; b) come i criteri per la valutazione delle domande per l’ammissione a contributo dei progetti e le relative premialità incidono sulla formulazione della graduatoria; c) analisi dei processi partecipativi di cui all’articolo 12, comma 3; d) tipologia e caratteristiche dei processi partecipativi che hanno ricevuto la certificazione di qualità ai sensi dell’articolo 18; e) attività di formazione realizzata per promuovere la cultura della partecipazione e come questa ha contribuito ad accrescere la qualificazione del personale delle pubbliche amministrazioni nel progettare, organizzare e gestire i processi partecipativi; f) analisi sull’utilizzo delle piattaforme tecnologiche, metodologie e strumenti digitali nella realizzazione dei processi, nella diffusione di notizie, documentazione e buone prassi per favorire la democrazia partecipativa; f bis) effetti sul miglioramento della qualità ambientale prodotti dalle iniziative partecipative.”. La stessa legge prevede peraltro che la Regione può promuovere forme di valutazione partecipata con il coinvolgimento della cittadinanza e dei soggetti chiamati ad attuare gli interventi realizzati sulla base della legge sulla partecipazione.

¹⁵ Il documento è stato pubblicato in data 2 marzo 2023.

¹⁶ Si tratta del ben noto “*early warning system*”, funzionale a garantire il rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità secondo l’art. 5, paragrafi 3 e 4, del TUE.

cessità di rafforzare e integrare gli strumenti con cui l'autorità giudiziaria dispone misure urgenti di allontanamento, ordinanze restrittive e/o ordini di protezione al fine di tutelare efficacemente le vittime e le persone a loro carico". Sempre sulla formazione le Regioni insistono anche nei punti da 24 a 29 del documento, chiedendo la previsione di maggiori investimenti sulla formazione continua dei professionisti a vario titolo coinvolti nella prevenzione e il contrasto della violenza di genere, e sulla sensibilizzazione e l'informazione, anche attraverso il coinvolgimento della società civile e la collaborazione con il servizio pubblico di informazione.

3. Considerazioni di sintesi a partire dal caso di studio: l'impatto delle tecnologie digitali sulla partecipazione

La breve disamina delle svariate modalità e fasi nelle quali l'utilizzo delle tecnologie digitali ha interessato i processi partecipativi relativi all'intervento normativo analizzato non può che concludersi con il tentativo di un bilancio. L'aspetto fondamentale che mi pare emergere è quello per cui le tecnologie digitali sembrano svolgere un ruolo meramente strumentale, tale da non mutare l'essenza della partecipazione né della rappresentanza, configurandosi come un innesto all'interno dei processi di *decision-making*. La ragione di questo carattere, che bene emerge dal contributo di Lirone in questo numero, è in larga parte riconducibile alla definizione verticale e selettiva dei processi partecipativi, e dunque dal difficile coinvolgimento dei cittadini in quanto tali.

Le esperienze e modalità partecipative di cui si è discusso, insomma, sembrano solo tendere, senza giungervi, al fenomeno della c.d. *crowdsourcing legislation*¹⁷, che, per ora utilizzata soltanto in alcuni ordinamenti e per lo più ipotizzata a livello europeo, sarebbe invece in grado di mutare geneticamente i processi partecipativi stessi.

Volendo precisare che cosa si intende per *crowdsourcing legislation*, Aitamurto lo definisce come "*an open call for anybody to participate in a task open online ... where 'the crowd' refers to an undefined group of people who participate*"¹⁸.

¹⁷ Sul quale si è sviluppata negli ultimi anni una riflessione a partire da S. RANCHORDÁS, W. VOERMANS, *Crowdsourcing Legislation: New Ways of Engaging the Public*, in *The Theory and Practice of Legislation*, vol. 5 n. 1/2017, C. COGLIANESE, *Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking*, in *Duke Law Journal*, vol. 46, 1997, 1255 ss.; C. R. FARINA, *et al.*, *Knowledge in the People: Rethinking 'Value' in Public Rulemaking Participation*, in *Wake Forest Law Review*, vol. 47, 2012, 1185 ss.; R. FARINA *et al.*, *Rulemaking vs. Democracy: Judging and Nudging Public Participation that Counts*, in *Michigan Journal of Environmental & Administrative Law*, vol. 2, 2011, 123 ss.

¹⁸ Cfr. T. AITAMURTO, *Crowdsourcing for Democracy: A New Era in Policy-Making*, Publications of the Committee for the Future, Parliament of Finland, 1/2012, Helsinki, Finland.

Si tratta di un fenomeno che sostanzialmente mira a sviluppare e dar forma alla *collective intelligence*, l'intelligenza collettiva, cioè quell'esperienza basata sull'assunto che la conoscenza si forma nella maniera più accurata e completa possibile quando riesce a mettere insieme idee diverse che provengono da persone diverse, combinandole secondo un processo che non è di mera sommatoria, di giustapposizione, ma che rielabora e sintetizza.

Ampia è la letteratura che sottolinea come lo sviluppo del *crowdsourcing*, e i diversi usi delle piattaforme digitali come processo *peer-to-peer*, hanno trasformato il tradizionale modello di regolazione *top-down* e le modalità di costruzione delle regole, producendo conseguenze sulle asimmetrie informative nella relazione tra destinatari e produttori delle regole stesse¹⁹. Secondo alcuni, la virtualità della partecipazione e il suo trasferimento dal tradizionale circuito democratico alle piattaforme digitali andrebbero nel senso di potenziare la democraticità dei processi decisionali, a fronte di una sempre maggiore produzione tecnocratica del diritto politico²⁰. Il valore democratico del *crowdsourcing* d'altra parte è messo in rilievo, *rebus sic stantibus*, da alcuni esempi al momento ancora molto limitati, quale quello finlandese²¹, o quello islandese, sviluppatosi addirittura in un processo costituente²².

¹⁹ Per un inquadramento costituzionale del fenomeno e delle sue criticità, cfr. A. ABAT I NINET, *Constitutional Crowdsourcing. Democratizing Original and Derived Constituent Power in the Network Society*, Edward Elgar, 2021. Si vedano anche i riferimenti nella nt. 17.

²⁰ Cfr. T. AITAMURTO, K. CHEN, *The value of crowdsourcing in public policymaking: epistemic, democratic and economic value*, in *The Theory and Practice of Legislation*, vol. 5, n. 1/2017, 55 ss.

²¹ Si veda M. LASTOVKA, *Crowdsourcing as new instrument in policy making: making the democratic process more engaging*, in *European View*, vol. 14, 2015, 93 ss.

²² Dopo un processo consultivo, realizzato con l'utilizzo di un campione rappresentativo allo scopo di stabilire i principi e i valori da includere nel testo costituzionale, l'art. 20 dell'*Act on a Constituent Assembly*, n. 90/2010, ha disposto la creazione di una piattaforma e di altri strumenti informatici che avrebbero dovuto rendere pubblici i lavori dell'Assemblea costituente chiamata a proporre una revisione costituzionale, e favorire una effettiva partecipazione popolare alle deliberazioni dell'Assemblea. Nonostante l'annullamento delle elezioni per l'Assemblea costituente stabilito dalla Corte Suprema per vizi riscontrati nelle procedure di voto, e la sua sostituzione con un Consiglio costituzionale, istituito con risoluzione parlamentare nel 2011, la modalità partecipativa è stata fatta salva e il *draft* della proposta di revisione elaborato e discusso attraverso un utilizzo massiccio di *social networks* come *Facebook* e *Twitter*, tanto da portare alcuni a definire il resto come "*the first crowdsourced constitution*" (cfr. *Icelanders back first 'crowdsourced constitution'*, 22-10-2012, consultabile all'indirizzo: www.euractiv.com/enlargement/icelanders-opens-way-crowdsourc-news-515543). In realtà il progetto costituzionale, sebbene abbia ottenuto una maggioranza pari ai 2/3 dei votanti nel referendum svoltosi nel 2012, non è poi giunto all'approvazione parlamentare: la costituzione della

"*collective intelligence*" è stata in qualche modo bloccata tra le maglie della tradizionale democrazia rappresentativa (si veda il commento di Alfonso Celotto del 19 novembre 2019, su formiche.net, e la ricerca complessiva condotta sul tema da Á. ÞÓR ÁRNASON, C. DUPRÉ, *Ice-*

Certamente non mancano alcune criticità connesse al fenomeno, e derivanti soprattutto dalla sua implementazione pratica.

La prima, abbastanza ovvia, è quella determinata dal c.d. *digital divide*, cioè dalla frattura economica, sociale, culturale, e, ai nostri fini, politica, che si viene a creare tra chi non ha accesso alla rete Internet o non ha gli strumenti o le competenze per utilizzare efficientemente le sue infrastrutture e chi invece li ha. Si tratta evidentemente di un problema generale che può compromettere alle radici l'impianto democratico di un sistema quando si tratta dell'esercizio di diritti politici e partecipativi (anche se non direttamente il diritto di voto).

Un altro aspetto problematico è quello relativo agli effetti giuridici delle consultazioni effettuate attraverso processi di *crowdsourcing*. Per lo meno negli

ordinamenti che prevedono a livello costituzionale istituti di democrazia diretta, a partire dal referendum, sarebbe difficilmente ipotizzabile un intervento normativo di rango non costituzionale che equiparasse i risultati delle iniziative di *crowdsourcing* a quelli di una consultazione referendaria. D'altra parte, nel nostro sistema costituzionale il referendum non è l'unico istituto di democrazia diretta previsto dalla Costituzione, ed uno spazio per il *crowdsourcing* potrebbe ricavarsi nell'ambito dell'iniziativa legislativa popolare di cui all'art. 71, Cost., peraltro oggetto negli ultimi anni di numerose proposte di modifica in senso rafforzativo dello strumento.

Ma oltre ad un aspetto di legittimità costituzionale dal punto di vista formale e procedurale, c'è un profilo sostanziale di eguaglianza che viene in rilievo. Infatti,

poiché allo stato attuale ci sono ancora fasce di persone che non sono connesse e che non sarebbero in grado di partecipare a iniziative *online*, le opinioni dei partecipanti per un verso non rappresenterebbero necessariamente l'opinione di

maggioranza, cioè che comporterebbe un *vulnus* nei confronti del principio/criterio di maggioranza per come caratterizzante quello, fondamentale, della rappresentanza politica; per altro verso le "minoranze" escluse lo sarebbero

(sebbene indirettamente) proprio sulla base della loro appartenenza a gruppi vulnerabili (si pensi alle persone anziane, indigenti, geograficamente collocate in territori scarsamente connessi, e molti altri).

Non può d'altra parte trascurarsi l'opinione di chi sottolinea che lo sviluppo del *crowdsourcing* e gli svariati usi delle piattaforme digitali come processo *peer-to peer*, quindi non soltanto quale dispositivo digitale fatto proprio

landic Constitutional Reform: People, Processes, Politics, Routledge, 2021.).

dai detentori del potere politico al fine di intersecare legittimazione per *input* e legittimazione per *output* recuperando spazio per una democrazia effettiva²³, stanno trasformando (forse opportunamente) il tradizionale modello regolatorio basato su una regolazione *top-down* e sulla costruzione di regole di matrice prevalentemente tecnica, normalmente generatrici di asimmetrie informative nella relazione tra consumatore e produttore della regola. In questa visione dunque, proprio la virtualità della partecipazione e il suo trasferimento dal tradizionale circuito democratico alle piattaforme digitali andrebbe nel senso di potenziare la democraticità dei processi decisionali, a fronte di una sempre maggiore produzione tecnocratica del diritto politico. La relazione tra tecnica, diritto e politica, quindi, assumerebbe sfaccettature diverse alla luce dell'affermarsi di sistemi di *decision-making* reticolari ed “estremamente” democratici, resi possibili da queste tecnologie. In qualche modo proprio lo sviluppo tecnologico

servirebbe a recuperare il ruolo della partecipazione popolare rispetto alla tecnicità di una legislazione “specialistica” e burocratica.

Secondo questa visione il valore democratico, epistemico, e economico del *crowdsourcing* sarebbe messo in rilievo da alcuni esempi, che, che si diceva, risultano però per il momento ancora piuttosto limitati²⁴.

Come accennato, proprio a livello europeo il *crowdsourcing* è un tema ampiamente dibattuto. La Direzione generale per le reti di comunicazione e le tecnologie della Commissione Europea (DG Connect) ha dato avvio nel 2012 ad un'iniziativa di *crowdsourcing*, il progetto “*Digital Future Foresight*”, con l'intento di riflettere sulle tecnologie dell'informazione e della comunicazione fino al 2020, “collezionando” le opinioni degli *stakeholders* sulle sfide e le opportunità dei processi decisionali nella prospettiva del 2050.

In linea con il già richiamato approccio *evidence-based* che caratterizza l'idea europea (e non solo) della “migliore regolazione”, il *crowdsourcing*, cioè l'utilizzo 2.0 dell'intelligenza collettiva, senza poter sostituire il procedimento legislativo, né a livello nazionale né a livello europeo, sembra poter rappresentare uno strumento integrativo e sussidiario in un contesto di crisi generale della democrazia, della rappresentanza politica, e dei partiti. In un'altra sede²⁵ ci si è chiesti se sia ipotizzabile che i *big data* che questi sistemi sono in grado di produrre possano costituire la base di sistemi di AI chiamati, in prospettiva, ad affiancare in modo permanente le assemblee elettive nell'attività di produzione normativa. Da questo punto di vista, al di là delle risposte positive che

²³ Si consenta di rinviare, anche con riferimento all'impatto che da questo punto di vista potrebbe avere l'innesto di tecnologie segnate dall'Intelligenza Artificiale, a E. STRADELLA. *AI, tecnologie innovative e produzione normativa: potenzialità e rischi*, DPCE Online, v. 44, n. 3/2020, 3345 ss.

²⁴ *Ibidem*

²⁵ *Ibidem*

si possano eventualmente offrire in termini di rafforzamento della qualità della regolazione, ma anche di capacità di raccolta effettiva delle opinioni e delle istanze, il nodo centrale sul quale riflettere criticamente resta sempre quello della trasparenza e della “spiegabilità” degli esiti provenienti da sistemi segnati dall’utilizzo dell’AI. Se però si svolge un’analisi degli attuali processi, con particolare attenzione allo scenario europeo, oggetto di questo numero, e delle forme di partecipazione che caratterizzano le procedure di formazione delle politiche e degli atti dell’Unione europea, ciò che sembra emergere, anche, sommariamente, dal caso di studio preso in considerazione in questo breve contributo, è che lo slittamento verso una diversa “genetica” della partecipazione per opera delle tecnologie digitali non è certamente compiuto. E’ vero infatti che esse hanno trasformato sia le pratiche lobbystiche, e dunque le modalità con le quali gruppi organizzati di interessi collettivi e diffusi fanno sentire la loro voce presso le istituzioni, senza però far venir meno il ruolo (ancora) essenziale della relazione diretta, orizzontale e verticale, sia la c.d. fase ascendente in senso proprio, segnalando esperienze di consultazione e partecipazione digitale evidentemente finalizzate a democratizzare la formazione della posizione regionale e nazionale sugli atti dell’Unione europea attraverso il diretto coinvolgimento della cittadinanza e degli interessi organizzati.

PIATTAFORME DIGITALI DELL'UNIONE EUROPEA E STRUMENTI DI
DEMOCRAZIA PARTECIPATIVA*

FRANCESCA MARTINES**

Sommario

1. Introduzione. – 2. L'(e)Participation nell'Unione europea e la connessione tra democrazia rappresentativa e partecipativa. – 3. Piattaforme digitali nell'Unione europea e partecipazione dei cittadini. – 4. Le Piattaforme del Parlamento europeo. – 5. Le Piattaforme della Commissione. – 6. La Piattaforma Multilingue della Conferenza sul futuro dell'Europa. – 7. Osservazioni conclusive.

Abstract

New technologies have made it possible to create and operate digital platforms that offer all citizens the opportunity to use participatory tools and take part in the EU decision-making process. However, factors that may make it difficult for European citizens to use these IT tools must be considered. At the same time, new technologies can offer solutions to the problems of access and use. After clarification and delimitation of the scope of the investigation, the problems that may hinder access to the platforms will be defined in general terms. A more detailed examination of the platforms of the Parliament, of the Commission and the Multilingual Platform of the Future of Europe Conference will follow.

Suggerimento di citazione

F. MARTINES, *Piattaforme digitali dell'Unione europea e strumenti di democrazia partecipativa*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2023. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Contributo realizzato nell'ambito del Progetto PRIN 2017 "Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law" (SE.CO.RE TECH), Unità di Pisa.

** Professoressa associata di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Pisa.

Contatto: francesca.martines@unipi.it

1. Introduzione

La partecipazione dei cittadini ai processi decisionali dell'Unione europea si esercita soprattutto attraverso meccanismi di rappresentanza democratica sia nazionali sia europei¹. In effetti, la democrazia rappresentativa è il principio su cui si fonda il funzionamento dell'Unione (articolo 10, par. 1 TUE²). L'ordinamento europeo riconosce, tuttavia, anche strumenti di democrazia partecipativa che, completando le dinamiche rappresentative³, sono volti a favorire il coinvolgimento diretto dei cittadini europei accrescendo la legittimità dei processi decisionali nell'Unione⁴. Questo obiettivo può essere realizzato anche grazie alle piattaforme digitali dell'Unione europea. Queste, infatti, rendono fruibili strumenti di partecipazione *bottom-up* e creano degli spazi in cui i cittadini possono interagire con le istituzioni europee e partecipare al processo decisionale nella prima fase del ciclo politico⁵.

¹ Sulla struttura duale della legittimazione democratica e sulla complementarità delle forme di democrazia nazionali e sovranazionali cfr. A. VON BOGDANDY, *The European Lesson for International Democracy: The Significance of Articles 9 to 12 EU Treaty for International Organizations*, in *European Journal of International Law*, 2012, p. 315 ss.; K. NICOLAIDIS *European Democracy and Its Crisis*, in *Journal of Common Market Studies*, 2012, p. 1 ss.

² Tale disposizione esprime chiaramente la preferenza dell'ordinamento per questa dimensione della democrazia. J. HABERMAS, *Democracy in Europe: Why the Development of the EU into a Transnational Democracy is Necessary and How it is Possible*, in *European Law Journal*, 2015, p. 546 ss.

³ Secondo la Corte di giustizia "il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa, la quale concretizza il valore della democrazia. Quest'ultima costituisce, in virtù dell'articolo 2 TUE, uno dei valori su cui l'Unione si fonda. Tale sistema di democrazia rappresentativa è stato completato, ad opera del Trattato di Lisbona, mediante strumenti di democrazia partecipativa". Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 19 dicembre 2019, *Patrick Grégor Puppinck e a. contro Commissione europea*, Causa C-418/18 P, ECLI:EU:C:2019:1113, punti 64 e 65; la sentenza è reperibile sul sito della Corte di giustizia, all'indirizzo <https://curia.europa.eu>.

⁴ Si possono distinguere, infatti, sostanzialmente due approcci per quanto riguarda la fonte di legittimità democratica dell'Unione (e quindi dei suoi processi decisionali). Secondo il primo, la fonte di legittimità dell'UE risiede negli ordinamenti degli Stati membri, per il secondo la legittimità deriva da una democratizzazione dei processi decisionali sovranazionali. Per una sintesi, cfr. A. MORAVCSIK, *The Myth of Europe's Democratic Deficit*, in *Intereconomics*, 2008, p. 331 ss. Per la relazione problematica tra le tipologie di legittimazione vedi C. LORD, P. MAGNETTE, *Ex Pluribus Unum? Creative Disagreement about Legitimacy in the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, 2004, p. 183 ss. Questi autori fanno riferimento a "vettori di legittimità" (*vectors of legitimation*) che si combinano in modo diverso sia nella prospettiva temporale dello sviluppo dell'integrazione europea sia nei diversi settori di azione dell'Unione. In un noto scritto SCHARPF, analizza due dimensioni della legittimità: *output* e *input* F.SCHARPF, *Governing in Europe, Effective and Democratic*, OUP, Oxford 1999. Un terzo elemento della legittimità (*throughput*) è stato proposto da SCHMIDT con riferimento proprio al processo decisionale nell'Unione. V. SCHMIDT, *Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited. Output, Input and Throughput*, in *Political Studies*, 2013, p. 2 ss.

⁵ Nella Comunicazione della Commissione, *Il contributo della Commissione al periodo di riflessione e oltre: un piano D per la democrazia, il dialogo e il dibattito*, COM (2005) 494 def., si faceva riferimento ad una "piattaforma" (*public sphere* nel testo inglese) in cui i cittadini ricevono le informazioni e gli strumenti per partecipare attivamente al processo decisionale e fare proprio il progetto

In questo scritto, dopo un paragrafo di inquadramento del tema, si svilupperanno alcune considerazioni sui problemi che possono influire sull'utilizzo delle piattaforme digitali dell'Unione europea. Si procederà, quindi, ad un esame più puntuale delle piattaforme del Parlamento (*Petizioni* e *Ask the EP*) e della Commissione (*dì la tua* e *iniziativa dei cittadini europei*) e degli strumenti che esse rendono disponibili. Si farà altresì riferimento alla Piattaforma Multilingue della Conferenza sul Futuro dell'Europa (COFE) che, se pure non più attiva, costituisce un modello che potrebbe essere utilmente riprodotto nel prossimo futuro.

2. L'(e)Partecipazione nell'Unione europea e la connessione tra democrazia rappresentativa e partecipativa

Con il termine *e-participation* ci si riferisce al fenomeno dell'utilizzo da parte dei cittadini di uno Stato o, in questo caso, dell'Unione europea, di strumenti digitali nell'ambito dei processi decisionali⁶. La *e-participation* è inclusa in un più ampio concetto di *e-democracy*. Secondo una risoluzione del Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa la *e-democracy* ricomprende diversi profili, tra cui quelli oggetto del presente lavoro: *e-initiative*, *e-consultation*, *e-petitioning*⁷. Questo contributo, infatti, prende in considerazione la partecipazione dei cittadini europei alla definizione dell'agenda⁸ (con l'iniziativa dei cittadini e le petizioni) e alle prime fasi del ciclo politico (consultazione nella preparazione delle iniziative⁹) attraverso le piattaforme digitali che sono create dalle due istituzioni europee sovranazionali, Commissione e Parlamento

europeo. Tra le misure proposte, la creazione di un sito web specifico per il dibattito che è però stato archiviato nel 2010 (<https://ec.europa.eu/archives/debateurope/index.htm>).

⁶ Gli altri sono: *e-voting*, *e-parliament*, *e-legislation*, *e-justice*, *e-mediation*, *e-environment*, *e-election*, *e-referendum*, *e-campaigning*, *e-polling* and *e-surveying*. Cfr. Recommendation CM/Rec(2009)1 of the Committee of Ministers to member states on electronic democracy (*e-democracy*) 18.2.2009. Cfr. anche la Comunicazione della Commissione, *Piano d'azione europeo per l'eGovernment 2011-2015*. COM(2010) 743 def.

⁷ Secondo la citata Raccomandazione del Consiglio d'Europa: "E-participation is the support and enhancement of democratic participation and encompasses those sectors of e-democracy where civil society and businesses are involved in drawing up formal and informal agendas and shaping and taking decisions". *Electronic democracy (e-democracy)*, cit., principle 20.

⁸ Il processo di *agenda setting* si riferisce all'individuazione di temi di rilevante interesse pubblico che vengono presi in considerazione dai decisori istituzionali e che possono diventare oggetto di una proposta e di un eventuale intervento legislativo. Cfr. S. PRINCEN, *Agenda Setting in the European Union: a Theoretical Exploration and Agenda for Research*, in *Journal of European Public Policy*, 2007, p. 21 ss.; con la definizione dell'agenda si cerca di catturare l'attenzione del decisore. S. PRINCEN, *Agenda setting and the Formation of an EU Policy-making State*, in J. RICHARDSON, *Constructing a Policy-Making State? Policy Dynamics in the EU*, OUP, Oxford, 2012, p. 29 ss.; la funzione di iniziativa in senso tecnico prevede la preparazione di un testo articolato che viene presentato al legislatore.

⁹ Non si farà qui riferimento al processo di valutazione *ex post* delle politiche e delle misure dell'Unione.

europeo. Come noto, i cittadini dell'Unione non sono coinvolti nelle fasi propriamente decisionali del processo legislativo, che sono affidate alla Commissione e al Parlamento e/o al Consiglio, con l'eventuale partecipazione, con funzione consultiva, di altri organi, e il controllo dei Parlamenti nazionali¹⁰, conformemente alle procedure disciplinate dal Trattato. Ad ogni modo, la partecipazione dei cittadini (attraverso gli strumenti a cui essi accedono attraverso le piattaforme digitali) necessita di essere inquadrata nel più ampio contesto dell'ordinamento democratico dell'Unione Europea¹¹. Come sopra accennato, le due dimensioni della democrazia, rappresentativa e partecipativa, sono delineate negli articoli 10 e 11 TUE. In particolare, l'articolo 10, paragrafo 3 TUE riconosce il diritto di ogni cittadino di partecipare alla vita democratica dell'Unione. Poiché questo diritto è riconosciuto nell'articolo dedicato alla democrazia rappresentativa, la partecipazione cui esso fa riferimento avviene in primo luogo¹², ma non esclusivamente¹³, tramite le elezioni del Parlamento europeo¹⁴. L'articolo 11 TUE si riferisce, invece, ad alcune attività di partecipazione politica diretta¹⁵ nell'ordinamento europeo. In primo luogo, questa disposizione richiama il dialogo orizzontale (tra cittadini e associazioni rappresentative), che dovrebbe essere realizzato attraverso canali che le istituzioni dell'Unione sono chiamate a predisporre (articolo 11, paragrafo 1); in secondo luogo si prevede un dialogo verticale, aperto, trasparente e regolare, tra le istituzioni e le associazioni rappresentative della società civile (articolo 11, paragrafo 2); una modalità di coinvolgimento diretto dei cittadini (o più precisamente delle *parti interessate*) è costituita dalle consultazioni da

¹⁰ Si tratta del controllo sul principio di sussidiarietà, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, secondo comma, e all'articolo 12, lettera b), TUE, secondo la procedura prevista dal protocollo n. 2.

¹¹ La pratica della democrazia con il supporto dei media digitali nella partecipazione politica è stata studiata come una soluzione alle criticità delle procedure democratiche. Il tema è assai complesso e non può essere analizzato in questo scritto. Cfr. in dottrina, *ex multis*, I. PERNICE, *E-Government and E-Democracy: Overcoming Legitimacy Deficits in a Digital Europe*, in *HIIG Discussion Paper Series, Discussion Paper No. 2016-01*, reperibile all'indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2723231; A. MEIER, L. TERÁN, *eDemocracy & eGovernment Stages*, Springer, Cham, 2019; L. HENNEN, I. VAN KEULEN, I. KORTHAGEN, G. AI-CHHOLZER, R. LINDNER, R. NIELSEN, (eds.) *European E-Democracy in Practice. Studies in Digital Politics and Governance*, Springer, Cham, 2020.

¹² Si veda anche l'articolo 10, paragrafo 4, TUE, per cui si riconosce che i partiti politici a livello europeo contribuiscono a formare una coscienza politica europea.

¹³ Nell'Unione europea il principio democratico è riferito anche alle istituzioni intergovernative, come il Consiglio europeo e il Consiglio dell'Unione che sono espressione dei governi degli Stati che sono responsabili di fronte ai loro cittadini o ai loro Parlamenti (articolo 10, paragrafo 2 TUE). Questo significa che la fonte di legittimità di queste istituzioni ha la sua fonte principale nelle elezioni e nei meccanismi di responsabilità nazionali.

¹⁴ Sulle modalità elettorali, ispirate nelle recenti proposte ad un'unificazione (o europeizzazione) delle procedure della rappresentanza cfr. *infra*.

¹⁵ K. AUER, G. TIEMANN, *Europeanising European Public Spheres*, Studio commissionato dalla Commissione AFCE del Parlamento europeo, doc. PE 654.628, June 2020, p. 8.

parte della Commissione che, ai sensi del Trattato, hanno lo scopo di assicurare coerenza e trasparenza delle azioni dell'Unione (articolo 11, paragrafo 3)¹⁶. L'istituto più qualificante, per quanto riguarda la determinazione "dal basso" dell'agenda, è sicuramente l'iniziativa dei cittadini europei (art. 11, paragrafo 4). Si ricordi, infine, il diritto di petizione al Parlamento europeo (articoli 24 e 227 TFUE e articolo 44 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea).

Queste disposizioni definiscono un quadro normativo che da solo non è evidentemente sufficiente ad assicurare una effettiva partecipazione dei cittadini europei all'elaborazione delle politiche dell'Unione. Le modalità ivi indicate dipendono dalla realizzazione dei canali di comunicazione, dialogo e dibattito, e le piattaforme digitali possono essere un utile strumento in tale direzione. Si deve comunque considerare che la partecipazione dei cittadini europei ai processi decisionali dell'Unione è influenzata da vari fattori. Tra questi, l'ancor debole senso di identità/comunità a livello transnazionale, anche dovuto alle profonde differenze di ordine politico, geografico, culturale tra i cittadini; la difficile comprensione dei processi decisionali dell'UE che si fondano sull'equilibrio tra le diverse componenti istituzionali in un contesto in cui si combinano dinamiche intergovernative e sovranazionali e in cui si riflettono istanze e interessi delle diverse componenti della base sociale dell'Unione; le complessità tecniche dei contenuti delle normative dell'Unione che possono altresì scoraggiare l'utilizzo degli strumenti di partecipazione; un senso di frustrazione quando le richieste di azione si scontrano con limiti strutturali dell'ordinamento dell'Unione, uno per tutti la questione delle competenze.

Si vorrebbe, sempre per delineare il quadro di riferimento di queste riflessioni, sottolineare che la partecipazione dei cittadini al processo democratico e decisionale dell'Unione potrebbe essere incoraggiata dalla realizzazione di alcune soluzioni attualmente in discussione¹⁷. Si pensi, ad esempio, alla pro-

¹⁶ Si veda anche l'articolo 2 del Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità ai sensi del quale: "Prima di proporre un atto legislativo europeo, la Commissione effettua ampie consultazioni". Cfr. E. LIRONI, *Potential and Challenges of e-participation in the European Union*. Study for the AFCO Committee, European Parliament, doc. 556.949, May 2016; H. LEONHARD, I. VAN KEULEN, I. KORTHAGEN, I. AICHHOLZER, R. LINDNER, R. ØJVIND NIELSEN (Editors), *European E-Democracy in Practice*, Cham, 2020; I. KORTHAGEN, I. VAN KEULEN, L. HENNEN, G. AICHHOLZER, G. ROSE, R. LINDNER, K. GOOS, R. ØJVIND NIELSEN, *Prospects for e-democracy in Europe*. Study Summary, European Parliamentary Research Service, February 2018-PE 603.213.

¹⁷ Si veda la posizione espressa dal Parlamento europeo nella *Risoluzione del 7 luglio 2021 sui dialoghi dei cittadini e la partecipazione dei cittadini al processo decisionale dell'Unione europea (2020/2201 (INI))*, in GU UE C 99 dell'1.3.2022, punto 4.

posta¹⁸ di costituire liste transnazionali per le elezioni del Parlamento europeo che si affianchino a liste nazionali o all'indicazione di un "candidato/a di punta" (*Spitzenkandidat*¹⁹) al ruolo di Presidente della Commissione. La realizzazione della prima proposta, che nella recente iniziativa del Parlamento europeo è per altro collegata proprio alla individuazione di un candidato di punta per la Presidenza della Commissione, incoraggerebbe una campagna elettorale svolta su temi europei e potrebbe favorire una maggiore partecipazione alle elezioni in quanto gli elettori sarebbero chiamati a valutare la posizione dei candidati su questioni europee di interesse comune. Il meccanismo dello *Spitzenkandidat*²⁰ - la cui istituzione è anche una delle misure raccomandate dalla Conferenza sul futuro dell'Europa²¹ - potrebbe avere lo stesso effetto in quanto gli elettori con il loro voto saprebbero di contribuire alla scelta del(la) futuro(a) Presidente della Commissione. Anche sotto questo profilo si potrebbe rafforzare un senso di appartenenza all'Unione, di comunità e di identificazione con un partito o gruppo politico europeo. Per la verità, questo effetto non sembra essersi prodotto quando il sistema degli *Spitzenkandidaten* è stato applicato nel 2014²² ma le conseguenze potrebbero es-

¹⁸ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 3.5.2022 sulla proposta di regolamento del Consiglio relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto, che abroga la decisione del Consiglio (76/787/CECA, CEE, Euratom) e l'Atto relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto 2020/2220(INL). Il Consiglio aveva adottato in precedenza la decisione 2018/994 che modifica l'atto relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto, allegato alla decisione 76/787/CECA, CEE, Euratom del Consiglio del 20 settembre 1976, in GU UE L 178 del 16.7.2018, p. 1 ss. Sul punto cfr. L. CICCHI, *Europeanising the Elections of the European Parliament*, Study requested by the AFCO Committee of the European Parliament, doc. PE 694.199 June 2021.

¹⁹ Si tratta della designazione da parte di ogni gruppo parlamentare, di un/a candidato/a al ruolo di Presidente della Commissione europea. Il sistema dello *Spitzenkandidat* comporterebbe un rafforzamento della parlamentarizzazione del sistema di governo europeo. Cfr. le considerazioni contenute nella Decisione del Parlamento europeo del 7 febbraio 2018 sulla revisione dell'accordo quadro sulle relazioni tra il Parlamento europeo e la Commissione europea P8_TA(2018)0030 19 F(2017/2233(ACI), in GU UE C 463 del 21.12.2018. Cfr. Editorial, *Spitzenkandidaten and the European Union's System of Government*, in *European Constitutional Law Review*, 15, 2019, p. 610. Nel 2014 è stato applicato il sistema degli *Spitzenkandidaten*, M. GOLDONI, *Politicising EU Lawmaking? The Spitzenkandidaten Experiment as a Cautionary Tale*, in *European Law Journal*, 2016, 279 ss.

²⁰ Si veda la risoluzione del Parlamento europeo del 2 febbraio 2019, Decisione del Parlamento europeo del 7 febbraio 2018 sulla revisione dell'accordo quadro sulle relazioni tra il Parlamento europeo e la Commissione europea (2017/2233(ACI) P8_TA(2018)0030, A8-0006/2018. Secondo il PE il sistema dello *Spitzenkandidat* "promuove la consapevolezza politica dei cittadini europei in vista delle elezioni europee", punto 6.

²¹ Proposte della Plenaria, misura 38.4. Il documento è scaricabile dal sito della COFE, <https://futureu.europa.eu/it/>.

²² Si veda Editorial, *Spitzenkandidaten and the European Union's System of Government*, in *European Constitutional Law Review*, 2019, p. 609 ss. Nell'esperienza pregressa il sistema del candidato di punta non ha prodotto un cambiamento nel sistema politico europeo, ma ha rafforzato il c.d. "consociativismo". Sul punto cfr. T. CHRISTIANSEN, *After the Spitzenkandidaten: Fundamental Change in the EU's Political System?*, in *West European Politics*, 2016 p. 992 ss. Sui meccanismi per

sere diverse se tale meccanismo fosse codificato²³ e, appunto, collegato alla novità delle liste transnazionali. Inoltre, questione di particolare rilievo nel quadro di queste riflessioni, il rafforzamento della relazione tra il Parlamento e la Commissione creerebbe un collegamento, se pure nei limiti propri del sistema decisionale europeo, tra il processo elettorale e l'agenda politica della Commissione²⁴. Il Parlamento risulterebbe altresì rafforzato²⁵, almeno nella dinamica inter-istituzionale che si attua nella fase di formazione della Commissione²⁶, e forse anche nel suo potere di impulso sull'agenda, poiché il candidato (o la candidata) di punta sarebbe portatore/trice di un programma legislativo supportato dal gruppo o dai gruppi del Parlamento che sostengono la sua candidatura. Si potrebbe cautamente ipotizzare che data la sua legittimazione elettorale, il (la) Presidente (e la sua Commissione) sarebbe forse più

introdurre il sistema dello *Spitzenkandidat* nell'ordinamento europeo cfr. S. KOTANIDIS, *Spitzenkandidaten or the Lead Candidate Process*, EPRS, Bruxelles, Marzo 2023. C. CURTI GIALDINO, *Elezioni europee del 2014 e scelta del candidato alla presidenza della Commissione europea: i primi passi della procedura*, in *ederalismi.it* n. 11, 2014; E. C. RAFFIOTTA, *Gli Spitzenkandidaten e il necessario rafforzamento politico dell'UE*, in *Federalismi.it*, 2019, p. 2 ss

²³ Si deve però tener presente che questo sistema inciderebbe sugli assetti istituzionali in quanto se si rafforzasse la legittimità della Commissione nella figura del suo Presidente si accentuerebbe la sua dipendenza politica dal Parlamento. Questo aspetto andrebbe a detrimento del carattere di indipendenza della Commissione e cambierebbe o altererebbe la fonte di legittimità della stessa, ora fondata essenzialmente sulla doppia investitura Consiglio europeo e Parlamento e sull'autonomia e competenza tecnica che produce dei risultati. Inoltre, e indipendentemente da una valutazione di merito di questa prospettiva, tale dinamica influirebbe indiscutibilmente sul ruolo del Consiglio Europeo, depotenziandolo, almeno per quanto riguarda l'individuazione del candidato Presidente. Il Consiglio europeo è l'istituzione che detiene la massima autorità politica dell'Unione con forti "credenziali democratiche"; cfr. Editorial, *Spitzenkandidaten and the European Union's system of government*, cit. p. 617) e l'istituzione di maggiore impulso politico.

²⁴ M. DAWSON, *The Lost Spitzenkandidaten and the Future of European Democracy*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2019, p. 32 ss.

²⁵ Difficilmente si potrebbe considerare quello dell'Unione un "governo di tipo parlamentare". Si esclude, infatti, un rapporto fiduciario tra Parlamento e Commissione. In tal senso si condividono i rilievi critici espressi da L. DI STEFANO, *La soglia di sbarramento della legge elettorale italiana per il parlamento europeo all'esame della Corte costituzionale (nota a Corte cost., sent. n. 239/2018)*, in *Rivista AIC*, 3/2019, p. 537 ss.

²⁶ Il Parlamento partecipa anche nella fase successiva all'elezione del Presidente, influenzando la composizione della Commissione, se pure solo in negativo, in quanto ha sviluppato – sulla base del regolamento interno – la prassi di procedere con audizioni dei singoli commissari. Il voto che il Parlamento esprime, ai sensi dell'articolo 17 TUE, sia sul Presidente designato sia poi sulla Commissione nel suo complesso attribuisce di fatto un potere al Parlamento di respingere quel candidato Presidente che fosse indicato dal Consiglio europeo senza tener conto del sistema dello *Spitzenkandidat* o di respingere una formazione che includa membri non ritenuti idonei (per motivi relativi alla scarse conoscenze specialistiche, a conflitti di interesse, preoccupazioni in merito all'integrità). Queste conseguenze sono subordinate alla convergenza dei voti della maggioranza dei membri del Parlamento come richiesto dall'articolo 17, paragrafo 7 TUE. Cfr. S. FABBRINI, *The European Union and the Puzzle of Parliamentary Government*, in *Journal of European Integration*, 2015, p. 571 ss.; R. DECKARM, *Assessing the Effect of the European Elections Spitzenkandidaten Procedure on the Constitution of the European Commission*, in *European Politics and Society*, 2017, p. 207 ss.

sensibile alle istanze provenienti dai cittadini (pensiamo ad esempio all'istituto dell'iniziativa dei cittadini europei), e ancora di più a quelle del Parlamento (o di una sua maggioranza) nella sua funzione di *agenda setter*, soprattutto se si creasse un più forte collegamento tra i meccanismi di iniziativa dei cittadini (l'ICE appunto) e del Parlamento europeo (articolo 225 TFUE) con il potere di iniziativa della Commissione.

3. Piattaforme digitali nell'Unione europea e partecipazione dei cittadini

Le piattaforme considerate in questo scritto sono predisposte dalle istituzioni europee. Non si tratta, quindi, di piattaforme *bottom-up* in senso proprio, ovvero quelle che sono create e gestite da organizzazioni o enti privati²⁷, ma di piattaforme istituzionalizzate o ibride²⁸. Esse sono *bottom-up* nella partecipazione ma sono realizzate e gestite dalle istituzioni (Commissione e Parlamento) coinvolte nel processo decisionale. Inoltre, tutti gli strumenti di partecipazione cui si accede tramite le piattaforme prevedono meccanismi di feedback. Le risposte delle istituzioni sono comunicate attraverso le stesse piattaforme. Per questo motivo esse sono di particolare interesse per la discussione che stiamo svolgendo sulla partecipazione dal basso alla definizione dell'agenda politica europea. Infatti, come sottolineato da Bohman, “online fora are ‘weak’ (general) publics but that they could become ‘strong’ publics if they can ‘exercise influence through institutionalized decision-making procedures with regularized opportunities for input”²⁹.

È indubbio che le nuove tecnologie hanno permesso la creazione e il funzionamento delle piattaforme digitali che offrono l'opportunità a tutti i cittadini di utilizzare gli strumenti di partecipazione disponibili e di essere coinvolti nel processo decisionale dell'UE se pure, ovviamente, nei limiti previsti dal sistema. Tuttavia, si deve tener conto dei fattori che possono rendere difficile l'utilizzo da parte dei cittadini europei di questi strumenti informatici. Allo stesso tempo le nuove tecnologie possono offrire soluzioni a taluni problemi di accesso e fruizione.

²⁷ Come esempi di piattaforme private si possono citare Wemove, <https://www.wemove.eu/it/victories/stopping-ordo-iuris-at-the-echr>; Avaaz, <https://secure.avaaz.org/page/it/highlights/>.

²⁸ Alcuni autori qualificano le piattaforme in cui il governo (o autorità pubblica) chiede pareri ai cittadini e lascia spazi per la discussione online *deliberative top-down participation*. Sono *bottom-up* in senso proprio quelle in cui “sectors of society have the autonomy to create an online platforms, such as online petitions, collections for campaigns or legislative bills resulting from popular initiative”, su questi aspetti cfr. R. M. SANTINI, H. CARVALHO, *Online Platform for Citizen Participation: Meta-synthesis and Critical Analysis of their Social and Political Impact*, in *Comunicação e Sociedade*, 2019, p. 163 ss. Disponibile all'indirizzo <http://journals.openedition.org/cs/1917>.

²⁹ J. BOHMAN, *Expanding dialogue: the Internet, public sphere, and Transnational democracy*, in P. SHANE (ed.), *Democracy Online: The Prospects for Political Renewal Through the Internet*, London: Routledge, 2004, p. 47 ss., spec. 57.

Si possono distinguere diversi ostacoli. Uno è dovuto alla difficoltà di utilizzo delle nuove tecnologie da parte di molti cittadini, alla carenza di competenze digitali e alla disponibilità della rete e degli strumenti (devices) per potervi accedere. Vi sono poi problematiche connesse alla disabilità e ostacoli dovuti alla lingua. Si tratta di questioni delicate per le piattaforme istituzionali dell'Unione che, come si dirà, è vincolata al rispetto di standard di tutela delle persone con disabilità e riconosce il principio del multilinguismo. Un ulteriore problema, di portata generale, riguarda la possibilità che gli utenti siano dissuasi dall'utilizzo degli strumenti per timore di una scarsa tutela dei propri dati personali.

Considerando più nello specifico alcuni di questi ostacoli, si consideri che il *digital divide*, tradizionalmente inteso in termini binari, ovvero di accesso o non accesso alla rete internet (connettività), si sta restringendo, almeno nei paesi occidentali; rimane invece, il divario basato sulle capacità tecniche (*skills*),³⁰ il c.d. *second order digital divide*³¹ che dipende da fattori quali l'età, il livello di istruzione, il genere e il reddito. Ad ogni modo, l'accesso ad una rete internet veloce e con costi contenuti e la capacità di utilizzare le nuove tecnologie è considerato un diritto funzionale all'esercizio di altri diritti, tra cui quello, appunto, di partecipazione politica³². Pertanto, anche se il problema è di ordine generale e costituisce un limite per tutti i sistemi di partecipazione che si avvalgono delle nuove tecnologie, l'ente che predispone e gestisce gli strumenti digitali può e si ritenga debba, nel caso dell'Unione, in cui la partecipazione dei cittadini è un valore costituzionale³³, definire i sistemi di interfaccia con gli utenti per facilitarne l'accesso, la registrazione e l'utilizzo.

Un profilo specifico, in termini di accessibilità, che merita una menzione particolare, riguarda le persone con disabilità fisiche o cognitive³⁴. La Carta

³⁰ La partecipazione al processo decisionale dell'Unione da parte dei cittadini o dei portatori d'interesse richiede anche un buon livello di conoscenza delle materie sulle oggetto di consultazione, e una consapevolezza delle conseguenze della consultazione dei cittadini, del diritto dell'UE, delle sue competenze e dei suoi processi decisionali.

³¹ A. ELENA-BUCEA., F. CRUZ-JESUS, T. OLIVEIRA, et al., *Assessing the Role of Age, Education, Gender and Income on the Digital Divide: Evidence for the European Union*, in *Information System Frontiers*, Springer, Cham, 2021, p. 1007 ss.

³² P. DE PASQUALE, *Sostenibilità e trasformazione digitale: paradigmi a confronto nella disciplina dell'Unione europea*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2022, p. 163 ss.; I. KOTSIPOULOS, *Bringing Together and Accelerating eGovernment*, Research in the EU, Prepared for the ICT for Government and Public Services Unit DG Information Society and Media European Commission, March 2009, B-1060 Brussels, disponibile all'indirizzo <https://joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/document/2014-12/edemocracy.pdf>.

³³ Si veda, *supra*, il richiamo all'articolo 11 del TUE.

³⁴ Si veda, sulla questione specifica dell'accesso al web alle persone con disabilità cognitive, S. KJELLSTRAND, S. LAURIN, S. MOHAMED, N. CHOWDHURY, *Pilot Project Study: Inclusive Web-Accessibility for Persons with Cognitive Disabilities*, Marzo 2022, disponibile all'indirizzo fi-

dei diritti fondamentali dell'Unione europea vieta esplicitamente la discriminazione sulla base della disabilità (articolo 21) e riconosce e rispetta il diritto delle persone con disabilità a partecipare alla vita della comunità (articolo 26). Garantire l'accessibilità ai siti web è inoltre un obbligo giuridico per l'Unione, stabilito dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità³⁵ (nell'acronimo inglese CRPD) di cui l'Unione è parte contraente. Sarebbe quindi viziata una normativa europea non conforme a tali diritti. Il Comitato di controllo della Convenzione CRPD, in un Rapporto del 2015, aveva auspicato che l'Unione Europea adottasse le misure necessarie per garantire la piena applicazione degli standard di accessibilità³⁶ ai siti web di tutte le istituzioni dell'Unione e offrisse informazioni nelle lingue dei segni, in Braille, comunicazione aumentativa e alternativa e altri mezzi, modalità e formati di comunicazione accessibili per le persone con disabilità, compresi i formati di facile lettura³⁷.

Nel luglio 2017 il Mediatore europeo³⁸ aveva avviato un'indagine strategica chiedendo alla Commissione, istituzione leader nei processi comunicativi³⁹, informazioni sull'accessibilità⁴⁰ dei suoi siti web. Il Mediatore si era mosso su

le:///Users/a009620/Downloads/Final_report_Pilot_Project_Study_PWCD_gW1olReIKMe4IGN16dVOL7cCbFk_84271.pdf

³⁵ Si veda, in particolare, l'articolo 9, paragrafo g. La Convenzione è entrata in vigore per l'Unione il 21 gennaio 2011, in conformità della decisione 2010/48/CE del Consiglio, del 26.11.2009, in GU UE L 23 del 27.1.2010, p. 35.

³⁶ I quattro principi di accessibilità sono: Percepibilità, nel senso che il contenuto deve essere disponibile per almeno uno dei sensi dell'utente. Ad esempio, le immagini sono descritte con un testo alternativo per gli utenti ipovedenti. Operabilità - i contenuti possono essere controllati con diversi strumenti. Ad esempio, utilizzo della tastiera in alternativa al mouse. Comprensibilità - utilizzo di un linguaggio chiaro e semplice e interfacce prevedibili e coerenti in modo da aiutare le persone con disabilità cognitive o di lettura. Solidità - i contenuti devono poter essere interpretati con sicurezza da una vasta gamma di programmi utente, su piattaforme, browser e dispositivi diversi, comprese le tecnologie assistive. Detti principi di accessibilità sono trasposti in criteri che costituiscono la base dello standard europeo armonizzato EN 301 549 V1.1.2 (*Accessibility requirements for ICT products and services in Europe* (2015-04)) che definisce le regole tecniche cui si devono conformare i siti web della Commissione. Questo standard si basa sull'ultima versione delle linee guida, *Web Content Accessibility Guidelines* (WCAG) 2.1, livello di conformità AA prodotte dal World Wide Web Consortium (W3C) nell'ambito dell'iniziativa sull'accessibilità del web.

³⁷ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *Concluding Observations on the Initial Report of the European Union* (CRPD/C/EU/CO/1), 2 October 2015, par. 55.

³⁸ Inchiesta strategica OI/6/2017/EA sulle modalità con cui la Commissione europea garantisce che le persone con disabilità possano accedere ai suoi siti web. Decisione del Mediatore europeo del 20 dicembre 2018. Le decisioni del Mediatore sono tutte reperibili all'indirizzo <https://www.ombudsman.europa.eu/it/home>.

³⁹ La Commissione presiede il Comitato Editoriale Interistituzionale su Internet (CEII) in cui le istituzioni coordinano lo sviluppo dei loro siti web, anche in termini di accessibilità.

⁴⁰ L'accessibilità del web consente a tutti, comprese le persone con disabilità, di percepire, comprendere, navigare e interagire con Internet. La Commissione ha pubblicato un *accessibility statement*, disponibile all'indirizzo <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/pages/accessibility>. Si tratta di una pagina informativa che definisce gli obiettivi di accessibilità.

segnalazione di persone con disabilità che avevano riportato difficoltà a registrarsi sui siti *online* della Commissione per partecipare alle riunioni di esperti e sulle piattaforme della Commissione. L'indagine si era conclusa con una presa d'atto delle procedure attivate dalla Commissione per migliorare l'accessibilità dei suoi siti web e con alcune raccomandazioni.

Nell'ambito della strategia per i diritti dei disabili per il periodo 2021-2030, l'Unione ha adottato un *Web accessibility action plan 2022-2025* che indica una serie di azioni per rendere tutti i siti web dell'UE, compresi i documenti pubblicati su tali siti e piattaforme online, conformi agli standard armonizzati sui requisiti di accessibilità per prodotti e servizi ITC e alle Linee guida per l'accessibilità dei contenuti web (WCAG)⁴¹. Si prevede, inoltre, che tutti i siti della Commissione siano conformi alla direttiva relativa all'accessibilità dei siti web e delle applicazioni mobili degli enti pubblici⁴².

Un'ulteriore questione da prendere in esame riguarda l'ostacolo linguistico. Le piattaforme delle istituzioni europee prevedono solitamente la possibilità di individuare la lingua preferita dall'utente quando risponde ai questionari o chiede informazioni⁴³ o presenta una petizione; tuttavia, molti dei documenti caricati sulle piattaforme sono disponibili in un numero ridotto di lingue se non addirittura in una sola (solitamente l'inglese⁴⁴). Questo limita fortemente i processi di partecipazione. Si tratta, tuttavia, di una scelta delle istituzioni che gestiscono tali piattaforme. Non è quindi la tecnologia di per sé a costituire un ostacolo, al contrario, come si vedrà, essa può fornire una (parziale) soluzione al problema linguistico.

Ricordiamo che le lingue ufficiali⁴⁵ dell'Unione sono 24 e che l'Unione è tenuta a tutelare e promuovere la diversità linguistica⁴⁶ (articolo 3 TUE e articolo 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione) e questo comporta anche che essa debba prevedere soluzioni volte a dare concreta applicazione a

⁴¹ Le *Web Content Accessibility Guidelines* (WCAG) sono linee guida che definiscono le specifiche tecniche per rendere i contenuti della rete accessibili alle persone con disabilità. Queste sono elaborate dal *WEB Accessibility Initiative* che è parte del *World Wide Web Consortium*, un'organizzazione non governativa la cui attività principale è appunto quella di definire standard tecnici per il web (WWW).

⁴² Direttiva UE 2016/2102, in GU UE L 327 del 2.12.2016, p. 1 ss. Per una panoramica delle iniziative e misure si veda la Risoluzione del Parlamento europeo del 7 ottobre 2021 sulla *protezione delle persone con disabilità attraverso le petizioni: insegnamenti appresi*, P9_TA (2021)0414.

⁴³ Conoscere le attività delle istituzioni è parte integrante del processo democratico, in cui l'autorità pubblica deve dar conto delle sue azioni anche informando i cittadini delle sue azioni.

⁴⁴ Potrebbero essere scelte almeno le cinque lingue più parlate, ma è chiaro che questa soluzione non risolverebbe problema della discriminazione linguistica.

⁴⁵ Si veda il regolamento che stabilisce il regime linguistico della Comunità Economica Europea (testo consolidato) GU UE L 17 del 6.10.1958, p. 385.

⁴⁶ Art. 3, paragrafo 3, terzo comma TUE: l'Unione "rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica".

questo principio. Il multilinguismo è fattore cruciale nei rapporti tra i cittadini e le istituzioni europee anche se assicura il rispetto attraverso la traduzione di tutti i documenti in tutte le lingue ufficiali dell'Unione è operazione costosa che pone problemi di bilancio⁴⁷.

La grande attenzione del Mediatore europeo alla questione segnala la rilevanza del tema. In un'indagine strategica riguardante l'utilizzo delle lingue ufficiali da parte dell'amministrazione europea⁴⁸, il Mediatore aveva suggerito, tra le altre cose, di rendere disponibili in tutte le lingue ufficiali le sezioni dei siti web di particolare interesse per il pubblico; di garantire che i cittadini che scrivono all'amministrazione dell'UE nella lingua ufficiale di loro scelta ricevano una risposta nella stessa lingua entro un lasso di tempo ragionevole; di rendere disponibili le consultazioni pubbliche in tutte le lingue ufficiali all'inizio del processo di consultazione. Nel caso di mancata pubblicazione dei documenti della consultazione in tutte le lingue ufficiali, il Mediatore invitava le istituzioni a chiarire che i contributi sarebbero stati accettati in tutte le lingue ufficiali; suggeriva inoltre la messa in comune delle risorse di traduzione, ove possibile, per ridurre i costi; infine auspicava che fossero sfruttati al massimo tutti gli strumenti e le tecnologie di traduzione disponibili⁴⁹.

In un altro caso, riguardante una denuncia relativa ad una consultazione pubblica della Commissione europea non disponibile in tutte le lingue ufficiali dell'Unione⁵⁰, il Mediatore aveva concluso che la circostanza che una consultazione aperta al grande pubblico fosse svolta solo in inglese costituisse un caso di cattiva amministrazione. La Commissione, in quel caso, non aveva accolto la richiesta del Mediatore di prorogare i termini della consultazione e fornire, su richiesta, le traduzioni nella lingua preferita da ogni cittadino, giustificandosi per l'eccessiva onerosità della soluzione suggerita. Il Mediatore aveva rilevato anche che le nuove norme sulle consultazioni pubbliche, adottate dalla Commissione nell'aprile del 2017, prevedevano la disponibilità dei

⁴⁷ Per alcune considerazioni in merito a tale questione e un riferimento al dibattito sul sito Futurum cfr. R. WODAK, S. WRIGHT, *The European Union in Cyberspace: Democratic Participation via Online Multilingual Discussion Boards*, in B. DANET, S.C. HEERING, *The Multilingual Internet, Language, Culture and Communication Online*, OUP, Oxford, 385 ss. Gli autori notavano che i post scritti in inglese ricevevano più risposte.

⁴⁸ SI/98/2018/DDJ *Consultazione pubblica: l'uso delle lingue nelle istituzioni, negli organismi negli uffici e agenzie dell'Unione*; il Mediatore ha organizzato una consultazione pubblica e ha poi adottato delle raccomandazioni pratiche rivolte all'amministrazione dell'Unione sull'uso delle lingue quando comunica con il pubblico; decisione del 26.3.2020.

⁴⁹ SI/98/2018/DDJ, cit.

⁵⁰ Decisione nel caso 64/2017/NF, *Concernente una consultazione pubblica della Commissione europea non disponibile in tutte le lingue ufficiali dell'UE*, il Mediatore era stato sollecitato ad intervenire a seguito di una denuncia presentata da un'associazione tedesca rappresentante gli interessi dei consumatori che lamentava la decisione della Commissione europea di svolgere una consultazione rivolta al grande pubblico soltanto in lingua inglese.

testi per la consultazione almeno in tedesco, inglese e francese, se non addirittura in tutte le lingue ufficiali dell'UE. In definitiva, la mancata applicazione degli impegni assunti dalla Commissione mostra la difficoltà di attuare il principio di non discriminazione all'accesso alle piattaforme sotto il profilo linguistico⁵¹.

Per quanto riguarda i costi della traduzione, che come visto sono richiamati come giustificazione per la mancata disponibilità sui siti delle istituzioni dei documenti in tutte le lingue ufficiali, il Mediatore ha ritenuto non solo che qualsiasi restrizione dell'uso delle lingue ufficiali debba essere obiettiva, proporzionata e trasparente e non essere imposta solo per motivi economici ma che debba essere la conseguenza di una valutazione dell'impatto delle informazioni sui portatori di interesse⁵². Ad ogni modo, le nuove tecnologie possono essere d'aiuto, come si vedrà con riferimento alle soluzioni previste in alcune piattaforme⁵³.

In sintesi, l'accesso nella e l'utilizzo della propria lingua, almeno di una di quelle ufficiali dell'Unione⁵⁴, faciliterebbe la partecipazione e sarebbe anche

⁵¹ Anche il Mediatore precedentemente in carica P. Nikiforos Diamandouros, si era occupato in diversi casi della questione dell'accesso ai documenti nelle lingue dell'Unione. In un primo caso il Mediatore aveva ritenuto che il rifiuto di rendere disponibili le presentazioni Internet delle presidenze anche in tedesco, fosse ingiustificato e costituisse un caso di cattiva amministrazione. Caso 1487/2005/GG, *lingue usate nei siti web della Presidenza*. Nella Decisione nel caso 1363/2012/BEH - *Uso di lingue ufficiali sul sito web dell'Autorità bancaria europea* il Mediatore pur notando che alcuni documenti di applicazione generale non fossero disponibili in tutte le lingue ufficiali, esprimeva apprezzamento per l'approccio costruttivo scelto dall'agenzia di fornire ai cittadini, su richiesta, la traduzione di un documento non disponibile nella lingua ufficiale di loro scelta. Ovviamente anche questa ipotesi non risolve il problema perché si fonda comunque su un procedimento che i cittadini devono attivare. In un altro caso, 640/2011/AN, *Consultation document published in only one official language of the EU* il Mediatore si era occupato di una consultazione pubblica sulla tassazione del settore finanziario il cui annuncio era stato pubblicato in francese, inglese e tedesco, mentre il documento di consultazione era disponibile solo in inglese. Nella raccomandazione finale il Mediatore, oltre a ribadire che la Commissione sarebbe tenuta, in linea di principio, a pubblicare i suoi documenti di consultazione in tutte le lingue ufficiali dell'Unione o a fornire ai cittadini una traduzione su richiesta, ha affermato che la Commissione dovrebbe redigere linee guida chiare, obiettive e ragionevoli sull'uso delle lingue del Trattato nelle sue consultazioni pubbliche.

⁵² Anche nel caso 946/2014/PL *sulla politica linguistica dell'Agenzia per i diritti fondamentali per quanto riguarda il suo sito web e le sue pubblicazioni*, il Mediatore aveva affermato che le limitate risorse umane e finanziarie non fossero una giustificazione sufficiente per la prassi dell'Agenzia in materia di traduzione delle sue pubblicazioni.

⁵³ Si veda la Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 settembre 2018 *sull'uguaglianza linguistica nell'era digitale* (2018/2028(INI))

⁵⁴ È interessante ricordare che l'irlandese è divenuto una lingua ufficiale nel 2007, ma è stato oggetto di una deroga dovuta alla scarsità di personale di traduzione e di risorse tecnologiche per la lingua irlandese. Tale deroga, progressivamente rimossa, è cessata del tutto il 1 gennaio del 2022. *Risoluzione volta a verificare se le istituzioni dell'Unione dispongono di capacità sufficienti per la lingua irlandese, rispetto alle altre lingue ufficiali dell'UE, al fine di applicare il regolamento n. 1 senza deroga a partire dal 1° gennaio 2022*, COM (2021) 315.

coerente con i valori sopra menzionati nonché con il principio di non discriminazione.

Va, infine, considerato che se l'accesso aperto alle piattaforme è un elemento qualificante della democrazia elettronica, la partecipazione basata su di un processo di autoselezione si può tradurre in una limitata rappresentatività dei cittadini europei. Come esempio si può richiamare quanto segnalato nella *Relazione finale della Piattaforma multilingue*⁵⁵ della Conferenza sul futuro dell'Europa, dove si è certificato che sono intervenuti in numero maggiore cittadini di sesso maschile e con una formazione culturale medio alta.

La tutela dei dati personali è un'altra questione che può influire sulle decisioni del cittadino di utilizzare gli strumenti informatici di partecipazione dell'Unione⁵⁶. Nei processi di consultazione e feedback, ad esempio, la Commissione raccoglie dati personali e li sottopone a ulteriore trattamento ai sensi del regolamento 2018/1725 (sulla tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione e sulla libera circolazione di tali dati)⁵⁷. La Commissione riconosce il diritto degli utenti ad accedere ai dati personali e a rettificarli nel caso non siano corretti o siano lacunosi. I siti della Commissione chiedono che l'utente, prima di procedere alla registrazione, barri la casella relativa alla lettura e accettazione del *privacy statement* che contiene le informazioni previste dagli articoli 15 e 16 del Regolamento (EU) 2018/1725. Una pagina dedicata sul sito web della Commissione⁵⁸ specifica la finalità del trattamento (in caso di consultazione e *feedback*), i limiti dello stesso, la tipologia dei dati raccolti e gli ulteriori trattamenti, i tempi della conservazione, le modalità di salvaguardia e protezione dei dati, ecc. È evidente che se da un lato le nuove tecnologie favoriscono la raccolta e l'elaborazione di dati, allo stesso tempo i cittadini, proprio perché consapevoli che i dati personali possono essere manipolati proprio grazie all'uso delle nuove tecnologie, devono avere la garanzia che la loro privacy sarà tutelata.

4. Le Piattaforme del Parlamento europeo

Il Parlamento europeo ha predisposto due piattaforme attraverso le quali interloquisce con i cittadini europei. La prima è la piattaforma per le petizioni

⁵⁵ Reperibile sul sito <https://futureu.europa.eu/it/pages/reporting?format=html&locale=it>. Un'ampia partecipazione contribuisce alla legittimità dello strumento e dei risultati prodotti. La Piattaforma ha avuto 53.335 utenti registrati - 721.487 partecipanti ad eventi - 18.859 idee - 22.167 commenti - 6.661 eventi - 72.000 approvazioni. Per un commento sui numeri della Piattaforma si veda L. LIONELLO, *Gli esiti*, cit.

⁵⁶ Anche questo è, ovviamente, un problema che riguarda l'utilizzo di tutti i siti web e delle piattaforme di consultazione anche private.

⁵⁷ Cfr. GU UE L 295 del 21.11.2018, p. 39 ss.

⁵⁸ https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/specific-privacy-statement_it

(*e-petition*), la seconda crea un canale di informazione e di ascolto con i cittadini (*ask the EU*).

Il diritto di petizione⁵⁹ è riconosciuto nel TFUE (articoli 24 e 227) e nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione (articolo 44) e rappresenta “uno strumento di partecipazione dei cittadini alla vita democratica dell'Unione. Si tratta di uno dei canali di dialogo diretto tra i cittadini dell'Unione ed i loro rappresentanti”⁶⁰. Ogni cittadino o anche ogni persona fisica e giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro (individualmente o in associazione con altri⁶¹) può rivolgere una petizione al Parlamento europeo su una materia che rientra nel campo di attività dell'Unione e che lo/ la concerne direttamente. Il Parlamento ha l'obbligo di rispondere ad ogni petizione⁶² ricevibile, e lo fa attraverso la commissione PETI che è l'organismo incaricato di gestire le petizioni e di coordinare la successiva attività.

Una petizione può essere presentata anche in forma cartacea e quindi non necessita del mezzo della piattaforma digitale, ma sicuramente questo facilita enormemente l'utilizzo di questo strumento di partecipazione e favorisce la condivisione delle petizioni e la connessione con il Parlamento. Si assiste, d'altra parte, a una crescente prevalenza delle petizioni digitali rispetto a quelle cartacee⁶³. Attraverso una petizione può essere segnalata la scorretta applicazione del diritto dell'Unione o la sua violazione da parte degli Stati membri o delle istituzioni. Interessa in questo contesto sottolineare però un'altra funzione delle petizioni che consiste nel sollecitare richieste di intervento, anche se per loro natura le petizioni possono influire sull'agenda politica dell'Unione solo indirettamente. Le richieste contenute nella petizione

⁵⁹ P. MAGNETTE, *Vers une citoyenneté européenne directe? Pratiques du droit de pétition dans l'Union européenne*, in *Revue internationale de politique comparée*, 2002, p. 65 ss.

⁶⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 9.12.2014, *Peter Schönberger c. Parlamento europeo*, causa C-261/13 P, ECLI:EU:C:2014:2423. Sul punto cfr. anche A. ALEMANNI, *Towards a Permanent Citizens' Participatory Mechanism in the EU*, Studio commissionato dal dipartimento tematico Diritti dei cittadini e affari costituzionali del Parlamento europeo su richiesta della commissione AFCO del Parlamento europeo, Settembre 2022, PE 735.927, p. 22.

⁶¹ Si veda, come esempio, la petizione *on behalf of Eurogroup for Animals, on zoonotic diseases, other risks and the regulation of trading and keeping of exotic pets in the EU* Petition number: 0697/2020. Si veda la risposta della commissione per le petizioni *notice to members* del 12.9.2022., disponibile all'indirizzo <https://www.europarl.europa.eu/petitions/en/petition/content/0697%252F2020/html/missinglink>.

⁶² A. ALEMANNI, *Towards a Permanent Citizens' Participatory Mechanism in the EU*, Studio commissionato dal dipartimento tematico Diritti dei cittadini e affari costituzionali del Parlamento europeo su richiesta della commissione AFCO del Parlamento europeo, Settembre 2022, PE 735.927, p. 24.

⁶³ Cfr. la *Relazione sui risultati delle deliberazioni della commissione per le petizioni nel corso del 2021 (2022/2024(INI))* sulle petizioni del 2021 dove si segnala che il 79,7 % (1 254) delle petizioni ricevute nel 2020 è stato presentato tramite il portale web delle petizioni del Parlamento, rispetto al 73,9 % (1 003 petizioni) del 2019.

potrebbero, infatti, indurre il Parlamento europeo a sollecitare la Commissione – cui è attribuito il potere di iniziativa dal Trattato - a presentare una proposta di atto ai legislatori, sulla base dell'articolo 225 TFUE⁶⁴ sopra richiamato⁶⁵. I firmatari di una petizione potrebbero anche chiedere esplicitamente la presentazione di una proposta alla Commissione⁶⁶.

Si noti che il regolamento interno del Parlamento prevede una connessione tra l'iniziativa dei cittadini europei⁶⁷ e le petizioni⁶⁸. Nel caso in cui la Commissione sia stata sollecitata a presentare una proposta di atto legislativo in base all'articolo 11, paragrafo 4, del Trattato sull'Unione europea e conformemente al regolamento (UE) 2019/788, la commissione PETI verifica se ciò possa influire sui propri lavori e, in tal caso, ne informa i firmatari di petizioni su argomenti connessi. Ancora più interessante considerare che le proposte di iniziativa dei cittadini che sono state registrate ma che non possono essere presentate alla Commissione in quanto non sono state rispettate tutte le procedure previste dal regolamento in vigore, possono essere esaminate dalla commissione PETI se essa ritiene che sia appropriato darvi seguito (ar-

⁶⁴ Nella risoluzione sui *Risultati delle deliberazioni della commissione per le petizioni nel corso del 2019*, 23.11.2020 - (2020/2044(INI)), si afferma esplicitamente che la commissione per le petizioni “dovrebbe svolgere un ruolo strategico nel creare un collegamento diretto fra il diritto di iniziativa legislativa del Parlamento e le questioni sollevate dai cittadini attraverso le petizioni”; punto AA. Ai sensi del regolamento interno del Parlamento europeo (versione di aprile 2023) “Qualora la commissione PETI intenda elaborare una relazione di iniziativa a norma dell'articolo 54, paragrafo 1, su una petizione ricevibile, che tratti, in particolare, dell'applicazione o dell'interpretazione del diritto dell'Unione o di modifiche proposte al diritto vigente, la commissione competente per la materia trattata è associata a norma degli articoli 56 e 57” (art. 227, paragrafo 3).

⁶⁵ Ricordiamo, infatti, che il Parlamento europeo è dotato di un potere di iniziativa solo in alcuni casi: in tema di composizione del Parlamento, (articolo 14, paragrafo 2 TUE); di elezione dei suoi membri (articolo 223, paragrafo 1 TFUE) e per le condizioni generali per l'esercizio delle funzioni dei deputati, (articolo 223, paragrafo 2 TFUE). Su iniziativa del Parlamento europeo sono anche adottati i regolamenti che fissano le modalità per l'esercizio dei poteri d'inchiesta (articolo 226, terzo paragrafo TFUE) e le condizioni generali per l'esercizio delle funzioni del Mediatore. Il Parlamento da tempo chiede che gli sia attribuito un diritto d'iniziativa proprio. Risoluzione del Parlamento europeo del 13 febbraio 2019 *sullo stato del dibattito sul futuro dell'Europa* (2018/2094(INI)), punto 13. Si veda anche la Relazione sul diritto d'iniziativa 2020/2132(INI), 11.11.2020, Relatore Durand. Sul punto, in senso critico, ci permettiamo di rinviare a F. MARTINES, *Proposte per accrescere la legittimità democratica del processo decisionale dell'Unione: il riconoscimento al Parlamento europeo di un diritto d'iniziativa legislativa diretto rafforzato*, in *Federalismi.it*, 2022

⁶⁶ Per un caso del genere cfr. La petizione No 0365/2020 by Pier Virgilio Dastoli (Italian) on compliance with the fundamental values of the European Union. “The petitioner asks for a legislative proposal setting up an evaluation mechanism as to Member States' adherence to the core values of the Union”. È interessante notare che nell'aprile 2019 era stata presentata una ICE dello stesso tenore che però non aveva ottenuto il numero di firme richiesto.

⁶⁷ Su cui cfr. *infra*, par. 5.

⁶⁸ Si ricordi che l'audizione pubblica, che è prevista nel caso in cui una ICE sia stata registrata, rientra nella responsabilità del Parlamento, (articolo 14.2 del regolamento 2019/788). La commissione per le petizioni è associata a tale audizione (articolo 222, lett. A del regolamento del Parlamento)

articolo 230 del regolamento del Parlamento europeo). Si viene così a creare un collegamento tra diversi meccanismi che potenzialmente rafforza l'efficacia degli strumenti di democrazia partecipativa e amplia la legittimità dell'azione del Parlamento europeo quando le sollecitazioni dei cittadini sono fatte proprie da questa istituzione.

La commissione per le petizioni ha a sua disposizione vari strumenti, tra cui l'elaborazione di relazioni e risoluzioni, audizioni pubbliche, seminari tematici e missioni conoscitive, con cui può mobilitare le altre istituzioni europee su questioni che ritiene meritorie di interventi legislativi. Sul portale delle petizioni sono pubblicate le informazioni sui *follow-up*, che consistono solitamente in una risposta dell'istituzione interessata. I firmatari possono essere invitati a partecipare alle riunioni della commissione PETI qualora la loro petizione sia oggetto di discussione⁶⁹.

È difficile, tuttavia, valutare il contributo delle petizioni alla definizione dell'agenda legislativa o anche solo collegare una petizione con un atto legislativo in quanto questo non richiama mai espressamente la petizione anche se essa fosse effettivamente alla base dell'intervento, come avvenuto nel caso della revisione del regolamento (EU) 2019/1111 su alcuni diritti riconosciuti ai minori⁷⁰.

Per quanto riguarda l'accessibilità, oltre alle considerazioni sul *digital divide* sopra svolte che si applicano, come detto, a tutte le piattaforme, merita notare che l'accessibilità da qualsiasi dispositivo è resa possibile nel sito web delle petizioni che è “caratterizzato da progettazione web reattiva (RWD), conforme alle nuove caratteristiche del sito web del Parlamento europeo (Europarl)”⁷¹; questo significa che i cittadini possono accedervi da qualsiasi dispositivo⁷². Altri interventi hanno portato a migliorare la capacità di gestione di un numero elevato di richieste di assistenza individuale e il portale web

⁶⁹ Relazione del Parlamento europeo, *Interagire con i cittadini: il diritto di petizione, il diritto di rivolgersi al Mediatore europeo e l'iniziativa dei cittadini* 2020/2275(INI) del 3.2.2022.

⁷⁰ Si veda sul punto, *Inter-institutional Relations in the Treatment of Petitions: the Role of the Commission*, Studio commissionato dalla Commissione Petizioni del PE. PE 659.507 – April 2021. un certo numero di petizioni sull'abuso del lavoro precario ha condotto ad una risoluzione del Parlamento europeo in cui si sollecitavano interventi alla Commissione. *Risposta alle petizioni riguardanti la lotta alla precarietà e all'abuso dei contratti a tempo determinato* (2018/2600 (RSP)); *Risoluzione del Parlamento europeo del 31 maggio 2018 sulla risposta alle petizioni riguardanti la lotta alla precarietà e all'abuso dei contratti a tempo determinato* (2018/2600(RSP)). Si veda in particolare il punto 5 della Risoluzione.

⁷¹ Risoluzione *Risultati delle deliberazioni della commissione per le petizioni nel corso del 2019* cit., punto R.

⁷² Si veda la norma europea per l'accessibilità digitale EN 301 549; Si vedano le prescrizioni tecniche relative all'accessibilità dei siti web e delle applicazioni mobili che è inoltre parzialmente conforme alla norma sul livello AA delle linee guida per l'accessibilità ai contenuti del web (WCAG), disponibile all'indirizzo <https://www.w3.org/Translations/WCAG21-it/>.

delle petizioni e *e-Petition* sono stati ulteriormente integrati attraverso il miglioramento del loro meccanismo di sincronizzazione⁷³.

Per quanto riguarda il problema linguistico, le petizioni devono essere redatte in una delle lingue ufficiali dell'Unione⁷⁴. Il sito delle petizioni riporta le informazioni su tutte le petizioni corredate da una breve sintesi nelle diverse lingue; le petizioni possono essere condivise e supportate in tutte le lingue ufficiali. La presentazione di petizioni con la lingua dei segni è auspicata ma non ancora realizzata anche se era stata presentata proprio una petizione⁷⁵ a tale fine. Per realizzare tale obiettivo sarebbe eventualmente necessario modificare il regolamento interno del Parlamento o prevedere una normativa *ad hoc*⁷⁶. Vi è la possibilità tecnica di prevedere la presentazione tramite la predisposizione di video in cui la petizione è illustrata con la lingua dei segni.

Il portale del Parlamento riposta una pagina dedicata all'informativa sulla privacy⁷⁷ che è stata caricata in tutte le versioni linguistiche nei modelli di e-mail e nella pagina di registrazione; è stato attivato un captcha audio per la registrazione degli account degli utenti.

La seconda piattaforma del Parlamento europeo qui considerata è *Ask EP*⁷⁸, volta prevalentemente a fornire informazioni agli utenti sulle azioni e attività dell'Unione e del Parlamento europeo in particolare. La *Citizens' Enquiries Unit* (Ask EP), all'interno del Servizio di Ricerca del Parlamento europeo (EPRS) a cui si accede tramite un *link*, risponde alle domande dei cittadini e utenti nelle 24 lingue ufficiali dell'Unione. Tramite questa piattaforma possono anche essere sollecitate azioni da parte del Parlamento europeo e

⁷³ Risoluzione *Risultati delle deliberazioni della commissione per le petizioni nel corso del 2019* cit., punto R.

⁷⁴ Ai sensi del regolamento interno del Parlamento europeo quelle redatte in una lingua diversa per essere prese in esame devono prevedere una traduzione in una lingua ufficiale a cura del firmatario. Nella corrispondenza con il firmatario il Parlamento utilizza la lingua ufficiale in cui è redatta la traduzione. L'Ufficio di presidenza può decidere che le petizioni e la corrispondenza con i firmatari possano essere redatte in altre lingue che, in base all'ordinamento costituzionale degli Stati membri interessati, sono lingue ufficiali in tutto il loro territorio o in parte di esso.

⁷⁵ Petition No 1056/2016 Mark Wheatley (British), per conto dell'Unione europea dei sordi, con la quale richiede al Parlamento europeo l'autorizzazione a presentare petizioni nelle lingue nazionali dei segni utilizzate nell'UE. In risposta a tale petizione il Parlamento europeo, in consultazione con l'Unione europea dei sordi (EUD) e il Forum europeo degli interpreti di lingua dei segni (efsl), prevede di istituire un elenco di riferimento non vincolante di traduttori nazionali di lingua dei segni per tradurre le petizioni presentate nelle lingue dei segni nazionali utilizzate nell'UE. I termini della proposta sono disponibili all'indirizzo <https://www.eud.eu/a-call-for-national-sign-language-translators-for-the-reference-list-for-the-european-parliament/>.

⁷⁶ Nella Risoluzione *Risultati delle deliberazioni della commissione per le petizioni nel corso del 2022 del 10.11.2022- 2022/2024(INI)* si afferma che "è necessario continuare a compiere sforzi per rendere il portale più accessibile alle persone con disabilità"

⁷⁷ <https://www.europarl.europa.eu/privacy-policy/it/>.

⁷⁸ È stata recentemente istituita una piattaforma vocale rivolta prevalentemente ai giovani cittadini europei.

quindi i cittadini possono cercare di influire sull'attività di iniziativa di questa istituzione (nei limiti sopra brevemente descritti). Le sollecitazioni possono riguardare diversi aspetti dell'azione del Parlamento, come il suo ruolo nella ratifica degli accordi internazionali, che possiamo ricondurre alla funzione normativa dell'Unione⁷⁹. Ad esempio, secondo quanto riportato dal "2021 Review"⁸⁰, il Parlamento europeo ha ricevuto 750 messaggi sull'Accordo globale sugli investimenti tra la Repubblica Popolare Cinese e l'Unione europea che lo sollecitavano a non approvare la conclusione dell'Accordo a causa delle violazioni dei diritti umani in Cina⁸¹.

5. Le Piattaforme della Commissione

Si prendono in considerazione in questo scritto due piattaforme della Commissione⁸². La prima prevede modalità di consultazione dei portatori d'interesse in una fase iniziale del processo di elaborazione delle iniziative della Commissione (*Di La Tua*); la seconda è la piattaforma sull'iniziativa dei cittadini europei (ICE). Benché i due processi si inquadrino nell'ambito della democrazia partecipativa e siano infatti previsti dall'articolo 11 del TUE (rispettivamente ai paragrafi 3 e 4) la loro *ratio* è profondamente diversa. Nel primo, si testa la reazione dei cittadini a proposte di intervento normativo da parte dalla Commissione, già definite nel loro contenuto e approccio essenziale; pertanto, la consultazione è volta sia a condividere le politiche dell'Unione con il pubblico sia a individuare elementi di criticità, sollecitare

⁷⁹ Si ricordi che il Tribunale dell'Unione aveva annullato una decisione della Commissione con cui essa aveva rifiutato la registrazione di una iniziativa dei cittadini europei volta a chiedere alla Commissione di ritirare il mandato negoziale del Consiglio per la negoziazione dell'Accordo TTIP e di non concludere l'accordo CETA. Secondo il Tribunale "il principio di democrazia, ...così come l'obiettivo perseguito specificamente dallo strumento dell'ICE, che consiste nel migliorare il funzionamento democratico dell'Unione attribuendo a qualunque cittadino un diritto generale a partecipare alla vita democratica ... impongono di adottare un'interpretazione della nozione di atto giuridico che includa atti giuridici come la decisione di avvio di negoziati finalizzati alla conclusione di un accordo internazionale, che mira incontestabilmente a modificare l'ordinamento giuridico dell'Unione. Sentenza del Tribunale del 10.5.2017, *Efler c. Commissione*, causa T-754/14, ECLI:EU:T:2017:323, consultabile sul sito della Corte di giustizia, <https://curia.europa.eu>

⁸⁰ <https://epthinktank.eu/2022/01/21/ask-ep-2021-you-asked-we-answered/>

⁸¹ In una risoluzione del 19.5.2021 il Parlamento europeo ha deciso di congelare il processo di conclusione dell'Accordo a motivo delle sanzioni adottate dalla Repubblica Popolare Cinese nei confronti di imprese europee e di membri del Parlamento europeo. Motion for a Resolution on *Chinese countersanctions on EU entities and MEPs and MPs (2021/2644(RSP))*, punto 10.

⁸² La Commissione ha istituito un punto di accesso unico "Contribuire al processo legislativo" con i link alle piattaforme *di la tua, fit for future*, *Conferenza sul futuro dell'Europa*, ICE. Il portale *fit for future* non viene preso in considerazione in questo scritto. Esso riguarda un aspetto particolare ovvero prevede che gruppi di esperti ad alto livello, Stati membri, Comitato delle regioni, Comitato economico e sociale europeo e parti interessate che rappresentano un interesse comune in una serie di settori possono presentare proposte per semplificare la legislazione vigente. Si veda https://ec.europa.eu/info/law/contribute-law-making_en.

suggerimenti, indicazioni e feedback da parte di cittadini, volti a migliorare la qualità della legislazione. Si tratterebbe di una funzione di tipo conoscitivo volta al perfezionamento dei contenuti della normativa. Nel secondo processo, l'iniziativa dei cittadini europei, l'individuazione del tema sul quale si auspica l'intervento dell'Unione è definito dai cittadini che, nelle modalità che saranno brevemente richiamate più avanti, presentano una proposta di atto alla Commissione perché la valuti ed eventualmente la sottoponga ai legislatori.

Più nel dettaglio, *Dì la Tua (Have your say)* è un portale di accesso alle consultazioni⁸³ sulle proposte che la Commissione elabora nell'ambito della sua funzione di iniziativa. Questa piattaforma è stata inclusa nella pagina *Legiferare meglio (Better regulation)*⁸⁴ che ha l'obiettivo esplicito di basare l'elaborazione delle politiche dell'UE su dati concreti, semplificare e migliorare la legislazione dell'UE, evitando oneri inutili e coinvolgere tutti i cittadini, le imprese e le parti interessate nel processo decisionale. Recentemente la Commissione ha modificato il suo approccio di consultazione⁸⁵. Il processo consultivo stabiliva una tabella di marcia e si avviava con la richiesta di contributi sulla *inception impact assessment* (valutazione d'impatto iniziale). Questa informava i cittadini e le parti interessate sui piani della Commissione: su questa base venivano richiesti commenti sull'iniziativa e pareri sul problema individuato e sulle possibili soluzioni⁸⁶ applicabili per la messa a punto defini-

⁸³ A. ALEMANNI, *Levelling the EU participatory playing field: a legal and policy analysis of the Commission's public consultations in light of the principle of political equality*, in *European Law Journal*, 2020, p.114 ss; F. SIMONELLI, N. IACOB, *Can We Better the European Union Better Regulation Agenda?* in *European Journal of Risk Regulation*, 2021, p. 849 ss.; R. BADOUARD, *Pathways and obstacles to eParticipation at the European level. A comparative analysis of the European Citizens' Consultation 2009 and the online consultations of the European Commission*, in *eJournal of eDemocracy & Open Government*, 2010, p. 99 ss. reperibile all'indirizzo <http://jedem.org/index.php/jedem/article/view/30>; C. QUITTKAT, *The European Commission's online consultations: A success story?* In *Journal of Common Market Studies*, 2010, p. 653 ss.

⁸⁴ Si veda il sito https://commission.europa.eu/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation_en#documents.

⁸⁵ Rimangono validi i principi di apertura e inclusione come definiti nella Comunicazione della Commissione, *Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo. Principi generali e requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate ad opera della Commissione*, COM (2002) 704 def., 11.12.2002.

⁸⁶ La Commissione in una successiva fase del processo di preparazione della proposta elabora la valutazione d'impatto vera e propria. Questa è parte integrante dell'agenda *Legiferare meglio (Better regulation)*. Comunicazione della Commissione, *Legiferare meglio: Unire le forze per legiferare meglio*, COM/2021/219 def. Si veda anche il *Commission Staff Working Document*. SWD(2021) 305 final del 3.11.2021. Gli orientamenti *Legiferare meglio* definiscono i principi applicati dalla Commissione quando prepara nuove iniziative e proposte o quando gestisce e valuta la legislazione in vigore. L'accordo interistituzionale *Legiferare meglio* del 2016 (in *GUUE* L 123 del 12.5.2016, p. 1 ss.) prevede che il Consiglio e il Parlamento tengano conto delle valutazioni d'impatto della Commissione anche se possono realizzare proprie valutazioni d'impatto. Si veda anche un interessante programma pilota, istituito nel 2015 su richiesta del Parlamento europeo, "Promoting Linked Open Data (LOD), Free Software and Civil Society Participation in Law-Making throughout the EU" che prevede che

tiva della proposta. Successivamente, si apriva il processo di consultazione pubblica che prevedeva questionari *online* cui i cittadini erano invitati a rispondere⁸⁷. Attualmente, un *banner* sulla pagina delle consultazioni annuncia che non verranno più elaborate tabelle di marcia e valutazioni d'impatto iniziali. I dettagli delle iniziative e delle rispettive consultazioni pubbliche sono ora riportati nell' "Invito a presentare contributi". In questo documento (in realtà simile alla valutazione d'impatto iniziale), disponibile in tutte le lingue ufficiali dell'Unione, sono fornite le informazioni attinenti alla proposta (contesto, definizione del problema e analisi della sussidiarietà, base giuridica, obiettivi e opzioni strategiche, probabile impatto) e indicati le strategie della consultazione, i motivi e i destinatari della stessa, nonché i tempi entro cui i contributi possono essere inviati (solitamente 12 settimane). I commenti, si specifica nel sito della Commissione, sono utilizzati per l'ulteriore sviluppo e perfezionamento dell'iniziativa. Segue una consultazione pubblica che avviene sempre mediante lo strumento del questionario. I contributi e le risposte al questionario sono pubblicati sul sito nella lingua in cui sono stati inviati dal cittadino anche se il questionario non è sempre disponibile in tutte le lingue ufficiali e questo costituisce uno dei limiti maggiori della piattaforma dove è evidente che la questione linguistica non è ancora definitivamente risolta⁸⁸. Ad ogni modo, l'utente può utilizzare il programma di *eTranslation* della Commissione. Questo non fornisce risultati ottimali ma è comunque uno strumento utile.

Al termine della consultazione, sulla piattaforma sono pubblicati tutti i commenti, i documenti ricevuti, il rapporto di sintesi in cui la Commissione illustra la metodologia seguita e sintetizza i rilievi dei partecipanti. È altresì pubblicata l'analisi statistica sui partecipanti per categoria e per paese. I risultati delle consultazioni sono inseriti nel rapporto finale sull'analisi d'impatto

gli utenti registrati possano inviare commenti su parti di testo legislativo, modificarlo, esprimere posizioni associate a commenti di altri ("sono d'accordo", "non sono d'accordo"), nonché di valutare e votare una versione di testo o un commento specifico. Il progetto è descritto sul sito <https://joinup.ec.europa.eu/collection/eparticipation-and-evoting/solution/linked-open-data-and-eparticipation/about>. Sul progetto cfr. P. SCHMITZ, E. FRANCESCONI, B. BATOCHE, B. DOMBROV-SCHI, D. DUY, S.P. LANDERCY, V. PARISSÉ, *Linked Open Data and e-Participation in the EU Law-Making Process*, in A. KO, E. FRANCESCONI (eds.), *Electronic Government and the Information Systems Perspective*, Springer, Cham, 2016, pp. 79 ss.

⁸⁷ Si veda, a mero titolo esemplificativo, la consultazione relativa alla proposta di regolamento "Frutta verdura e latte nelle scuole". Dopo una prima richiesta di commenti sulla valutazione d'impatto iniziale, la Commissione ha aperto una consultazione pubblica aperta a tutti, richiedendo ai partecipanti di rispondere a un questionario. Una volta chiusa la consultazione la Commissione ha pubblicato i risultati. I dettagli possono essere scaricati dal sito https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12970-Riesame-del-programma-UE-Frutta-verdura-e-latte-nelle-scuole_it

⁸⁸ Cfr., *supra*, caso SI/98/2018/DDJ, cit.

della Commissione. La maggiore criticità è costituita da un insoddisfacente processo di feedback da parte della Commissione, circostanza che può disincentivare la partecipazione⁸⁹. Va inoltre rilevato che questa è solitamente piuttosto limitata in termini numerici e di conseguenza le risposte difficilmente possono essere considerate un campione davvero rappresentativo delle posizioni dei cittadini europei⁹⁰.

Come sopra ricordato, le strategie di consultazione sono differenziate e possono essere mirate, cioè dirette ad alcuni portatori di interesse selezionati, come imprese, e organizzazioni⁹¹, oppure possono essere aperte a tutti i cittadini. Questo pone un problema di ordine più generale, che non si prenderà però qui in considerazione, relativo all'influenza di quegli enti, società, imprese che sono organizzati e che difendono interessi corporativi⁹². Il problema è che, anche quando la consultazione pubblica è aperta a tutti, accade che la maggior parte delle risposte provenga principalmente da associazioni imprenditoriali, aziende, imprese e società, che sono enti portatori di interessi settoriali⁹³. La carente pubblicità delle consultazioni e la scarsa conoscenza dei meccanismi di partecipazione dell'Unione limitano fortemente gli effetti di questi strumenti e richiederebbero una decisa azione da parte delle istituzioni per diffonderne la conoscenza. Un sistema di notifica avvisa coloro che si sono registrati sulla piattaforma in merito alle consultazioni che sono pubblicate nell'area di loro interesse, ma si tratta, per ovvie ragioni, di uno stru-

⁸⁹ In un Rapporto della Corte dei conti europea sulle consultazioni l'istituzione raccomandava, tra l'altro, un feedback tempestivo sui risultati delle consultazioni e che ogni relazione che accompagna le proposte legislative "dovrebbe spiegare in che misura i principali contributi della consultazione pubblica siano stati presi in considerazione nel progetto di iniziativa politica, oppure il motivo per cui non è stato possibile tener conto dei (di tutti i) contributi". Cfr. Corte dei conti europea *Di' la tua!»: le consultazioni pubbliche della Commissione coinvolgono i cittadini, ma le attività per renderle note sono insufficienti*, n. 14, 2019, p. 47, punti 106-108. Altri ambiti di miglioramento erano, sempre per la Corte dei conti: il monitoraggio e la valutazione; il contenuto e la divulgazione delle strategie di consultazione pubblica della Commissione; le attività tese a entrare in contatto con i cittadini; i criteri di categorizzazione delle iniziative; le lingue in cui i documenti della consultazione sono disponibili; la qualità dei questionari.

⁹⁰ Nel *Better Regulation toolbox* della Commissione si specifica, in relazione alla partecipazione alle consultazioni pubbliche che "Respondents to public consultations are self-selecting and are not a statistical sample of the EU population". Cfr. *Better Regulation Toolbox*, 2021. Disponibile sul sito https://commission.europa.eu/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation/better-regulation-guidelines-and-toolbox_en.

⁹¹ Alle organizzazioni è consigliato iscriversi al registro per la trasparenza prima dell'invio dei contributi.

⁹² Naturalmente il processo di consultazione va distinto dal lobbismo. Per quest'ultimo sono state adottate delle norme specifiche. Si veda, in particolare, l'Accordo interistituzionale tra Parlamento europeo, Consiglio dell'Unione e Commissione su un registro per la trasparenza obbligatorio, in GUUE L207 dell'11.6.2021, p. 1 ss.

⁹³ Il problema era già stato individuato dalla stessa Commissione nel Libro Bianco del 2001.

mento che solo in misura molto limitata contribuisce alla promozione della consultazione.

L'iniziativa dei cittadini europei⁹⁴ (ICE - articolo 11, paragrafo 4 TUE) è lo strumento più qualificante della democrazia partecipativa dell'Unione europea. Ricordiamo che l'ICE ha come destinataria la Commissione che deve valutare se tradurla in una proposta di atto legislativo. Il regolamento 2019/788⁹⁵ disciplina la procedura nel dettaglio. Essa, in sintesi massima, prevede la richiesta di registrazione della proposta da parte di un comitato organizzatore⁹⁶; se questa è ritenuta ammissibile dalla Commissione, che si pronuncia entro il termine di due mesi dalla richiesta⁹⁷, l'iniziativa viene registrata; la proposta, per essere esaminata dalla Commissione, deve raccogliere almeno un milione di firme (anche in forma cartacea) in almeno un quarto degli Stati membri (attualmente 7), secondo delle soglie prestabilite per ogni Stato membro, in un periodo di 12 mesi. Una volta chiusi i termini, e se viene raggiunto il numero di adesioni necessarie per considerare valida l'iniziativa, la Commissione ha l'obbligo – entro sei mesi - di rispondere al comitato organizzatore specificando la sua posizione (in termini giuridici e politici) e precisando se e quali azioni intende adottare in risposta all'ICE (articolo 15,

⁹⁴ La bibliografia è vastissima. Oltre al contributo di L. PASQUALI in questa rivista e la bibliografia ivi citata, si veda *ex multis* M. DOUGAN, *What are We to Make of the Citizens' Initiative?*, in *Common Market Law Review* 2011, p.1821 ss.; R. MASTROIANNI, A. MAFFEO (a cura di), *L'iniziativa dei cittadini europei*, Napoli, 2015; M. CONRAD, *The European Citizens' Initiative Contribution to the Emergence of a European Public Sphere*, in M. CONRAD, A. KNAUT, K. BÖTTGER (eds.), *Bridging the Gap?: Opportunities and Constraints of the European Citizens' Initiative*, Nomos, 2016, p.64 ss.; A. DAMATO, *Profili critici e istanze di revisione del diritto di iniziativa dei cittadini europei*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2017; P. LANGLAIS, *L'initiative citoyenne européenne : un mécanisme d'implication de la société civile en voie de judiciarisation*, in *Revue des affaires européennes*, 2017 p. 495-519; F. FERRARO, *Il Tribunale dell'Unione si pronuncia nuovamente sull'iniziativa dei cittadini europei: solo luci o anche qualche ombra?* In *Diritto dell'Unione europea*, 2017, p. 12 ss.; E. DI SALVATORE, *L'iniziativa legislativa dei cittadini europei, il Tribunale dell'Unione e il sindacato sulle "conclusioni politiche e giuridiche"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018 p. 2835 ss.; A. SANTINI, *L'iniziativa dei cittadini europei. Quale contributo alla legittimità democratica dell'Unione?*, Ed. Scientifica, Napoli, 2019.

⁹⁵ GU UE L 130 del 17.5.2019, in vigore dal 1 gennaio 2020, ha sostituito il precedente regolamento 211/2011 semplificando e snellendo la procedura. Sulle modifiche A. SANTINI, *Il nuovo regolamento attuativo dell'iniziativa dei cittadini europei: osservazioni a prima lettura*, in *Jus*, 1/2019, 217 ss.

⁹⁶ È denominato "comitato dei cittadini" e deve essere composto da almeno sette persone residenti in almeno sette Stati membri diversi. La Commissione traduce il titolo, obiettivi e allegati della proposta nelle lingue ufficiali. Ulteriori documenti dovranno essere tradotti a cura del comitato organizzatore.

⁹⁷ Se l'iniziativa è registrata la Commissione adotta a tal fine una decisione il cui destinatario è il gruppo organizzatore. Cfr. ad esempio la decisione di esecuzione 2022/171 del 2.2.2022 relativa alla registrazione dell'ICE *Win it on the Pitch (Vincere sul campo)*, in *GU UE L 28 del 9.2.2022*, p. 19.

paragrafo 2, del regolamento 2019/788)⁹⁸. Il regolamento prevede un incontro tra membri della Commissione e i rappresentanti del Comitato organizzatore e un'audizione davanti al Parlamento europeo (articolo 14 paragrafo 2, del regolamento 2019/788).

Attraverso un link nella piattaforma ICE si accede a una pagina dedicata alla preparazione delle iniziative; qui sono fornite informazioni per facilitare la presentazione delle proposte⁹⁹. Sul portale dell'ICE sono riportate tutte le iniziative, quelle chiuse, quelle per le quali è avvenuta la registrazione e quelle per cui la raccolta è in corso¹⁰⁰.

Dal 2023 il sistema di raccolta delle firme è obbligatoriamente centralizzato¹⁰¹ ed è gratuito. In precedenza, la raccolta poteva essere realizzata dal comitato organizzatore con evidenti costi economici per lo stesso. Il sistema attuale permette di supportare un elevato numero di accessi contemporanei, garantisce un alto livello di sicurezza per gli utenti (inclusa la crittografia dei dati) nel rispetto delle norme del DGPR e facilita la partecipazione, in quanto consente ai cittadini di sostenere iniziative utilizzando la carta d'identità elettronica nazionale. La raccolta delle firme centralizzata non priva gli organizzatori di un sistema di informazioni accurato in quanto il numero delle firme (raccolte online) è indicato in tempo reale, con la distinzione per Paese e con una indicazione del numero delle persone che hanno visitato il sito dell'iniziativa. Si tratta di un utile strumento, per i promotori ma anche per i partecipanti, reso possibile dalla nuova tecnologia.

Per le iniziative registrate la traduzione in tutte le lingue ufficiali delle istituzioni dell'Unione (se pure entro certi limiti indicati all'allegato II del regolamento UE 2019/788 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile del 2019) è assicurata dalla Commissione.

È indubbio che lo strumento elettronico – se pure con tutti i limiti che si sono già evidenziati connessi all'accesso e all'utilizzo delle piattaforme - crea

⁹⁸ Come noto la Commissione gode di ampio potere discrezionale sul punto e il controllo della Corte di giustizia si esercita sulla correttezza e sul carattere sufficiente della motivazione. Cfr. ad esempio la sentenza del Tribunale del 23 aprile 2018, *European Citizens'initiative One of Us e a.c. Commissione*, T-561/14, EU:T:2018:210, punti 169 e 170, consultabile sul sito della Corte di giustizia, <https://curia.europa.eu>.

⁹⁹ Forum dell'iniziativa dei cittadini europei. Questa piattaforma è gestita dall'European Citizen Action Service (ECAS) per conto della Commissione europea. La registrazione avviene tramite il portale ICE.

¹⁰⁰ Un link collega anche a un podcast *CitizenCentral* con le voci e le posizioni ed esperienze degli organizzatori e sostenitori di alcune iniziative.

¹⁰¹ Si è previsto un periodo transitorio, quindi per le iniziative registrate ai sensi del regolamento (UE) 2019/788 prima della fine del 2022 gli organizzatori possono scegliere di utilizzare il proprio sistema individuale di raccolta online. Per le caratteristiche tecniche e di sicurezza per garantire che i dati siano raccolti conservati e trasferiti in modo sicuro cfr. il Regolamento di esecuzione 2019/1799 della Commissione in GU UE L 274 del 28.10.2019, p. 3 ss.

uno spazio in cui i cittadini europei possono facilmente connettersi ed essere parte di una comunità di altri utenti con cui condividere un interesse per una (o più) tematiche che potrebbero essere regolamentate nell'ordinamento sovranazionale.

La piattaforma ICE contribuisce, inoltre, alla definizione di uno spazio di discussione e confronto in cui possono emergere dei temi che, anche se non si traducono in proposte legislative, sarebbero altrimenti esclusi o marginalizzati nel dibattito interistituzionale europeo¹⁰². Come sottolineato dalla Corte nel caso *Puppinck* (“Uno di noi”) “il valore aggiunto particolare di questo meccanismo risiede non già nella certezza del suo esito, bensì nelle possibilità e nelle opportunità che esso crea per i cittadini dell’Unione di dar vita a un dibattito politico in seno alle istituzioni di quest’ultima senza dover attendere l’avvio di un procedimento legislativo”¹⁰³. Il punto è nodale: l’ICE, la cui realizzazione è di fatto resa possibile dalla piattaforma digitale, permette l’accesso diretto alle istituzioni dell’Unione, e, ovviamente, in primo luogo, alla Commissione, ma anche al Parlamento europeo, attraverso i dibattiti che sono organizzati da questa istituzione¹⁰⁴ (e anche trasmessi online) ai sensi del già citato articolo 14 paragrafo 2, del regolamento 2019/788.

6. La Piattaforma multilingue della Conferenza sul Futuro dell’Europa

La piattaforma digitale multilingue¹⁰⁵ utilizzata nel quadro della Conferenza sul Futuro dell’Unione europea (COFE¹⁰⁶) anche se non più attiva costituisce

¹⁰² Ad esempio, i temi relativi all’iniziativa “Uno di noi” e “Stop TTIP”. Si noti che si possono creare delle reti promosse dalla società civile, a partire dalle iniziative, con un rapporto circolare con questo strumento. Una delle prime iniziative contro il riscaldamento globale ha promosso l’istituzione di una associazione (Eumans.eu) che dichiara esplicitamente di utilizzare l’ICE per le sue campagne di democrazia partecipativa.

¹⁰³ Sentenza della Corte *Patrick Grégor Puppinck e a. contro Commissione europea*, cit., para. 70.

¹⁰⁴ L’incontro tra i rappresentanti del comitato organizzatore e la Commissione è volto soprattutto a presentare l’iniziativa alla Commissione. Il numero di incontri varia a seconda delle proposte, Si veda, ad esempio, l’audizione relativa all’ICE *Save Bees and Farmers*, il 24.01.2023, di cui è riportata la notizia sulla piattaforma dell’ICE della Commissione.

¹⁰⁵ È stata utilizzata Decidim, una piattaforma *open-source* sviluppata inizialmente dalla Municipalità di Barcellona.

¹⁰⁶ Si tratta di un processo di democrazia partecipativa inaugurato nel maggio 2021 e chiuso il 9 maggio del 2022. Sulla Conferenza sul Futuro dell’Europa, cfr. A. ALEMANNI, *Unboxing the Conference on the Future of Europe and its democratic raison d’être*, in *European Law Journal*, 2020, p. 484 ss.; L. EYMARD, *From the French Citizens’ Convention on Climate to the Conference on the Future of Europe: A Participatory Science and Democracy Perspective*, in *European Law Journal*, 2020, p. 136 ss.; G. TESAURO, *Una nuova revisione dei Trattati per conservare i valori dell’Unione*, in *Post di AISDUE*, III, 2021 Focus “Conferenza sul futuro dell’Europa”, n. 1, 18 giugno 2021, reperibile all’indirizzo <https://www.aisdue.eu/>; A. VON BOGDANDY, *La nostra società europea e la sua Conferenza sul futuro dell’Europa*, in *Quaderni Costituzionali*, 2021, p. 699 ss.; F. RASPADORI, *La Conferenza sul futuro dell’Europa e le colonne d’Ercole della distanza dai cittadini*, in *BlogDUE*, 24 giugno 2022, reperibile all’indirizzo <https://www.aisdue.eu/category/blogdue/>; G. ROMEO, *La Conferenza sul futuro*

un modello di grande interesse per le sue caratteristiche. Gli utenti, non solo cittadini, ma anche istituzioni europee, nazionali, autorità locali¹⁰⁷, organizzazioni della società civile, potevano presentare idee, lasciare commenti, approvare proposte avanzate da altri, organizzare eventi da tradurre in “idee”¹⁰⁸. La Piattaforma prevedeva un accesso libero e aperto al maggior numero possibile di partecipanti, se pure previa registrazione e assunzione dell’impegno¹⁰⁹ al rispetto della Carta della Conferenza, una dichiarazione di intenti che richiama i valori europei sanciti all’articolo 2 del TUE. In particolare, la Carta indica dei principi che dovrebbero informare tutti i processi di partecipazione e di consultazione: inclusività, trasparenza, pluralismo, multilinguismo.

Si consideri che la partecipazione era basata su di un processo di autoselezione che si è tradotto, come accennato sopra, in una limitata rappresentatività dei cittadini europei¹¹⁰. L’esistenza della Piattaforma (come, d’altra parte, della stessa COFE) era stata scarsamente pubblicizzata, nonostante la previsione di un piano di comunicazione¹¹¹ da parte delle istituzioni.

Per quanto riguarda la questione linguistica, si deve considerare che le idee postate sulla Piattaforma erano tradotte automaticamente grazie ad un programma elettronico di elaborazione algoritmica di traduzione (*eTranslation*) nelle ventiquattro lingue ufficiali, messo a disposizione dalla Commissione. Si tratta di una soluzione che costituisce un precedente utilissimo, se pure sicuramente migliorabile nei risultati, nella prospettiva della partecipazione: non solo i cittadini potevano esprimersi nella propria lingua ma soprattutto potevano interagire con gli altri utenti che avevano presentato idee o commenti in lingue diverse o che commentavano le idee presentate da altri.

Le idee - espresse da singoli utenti o nell’ambito degli eventi organizzati e pubblicizzati attraverso la Piattaforma – sono state raccolte e organizzate da un gruppo di ricercatori che ha applicato un metodo di analisi qualitativa e

dell’Europa e la comunità politica dell’Unione che (ancora) non c’è, in *Quaderni costituzionali*, 2021, p. 701 ss.; P. SEVERINO, *La Conferenza sul futuro dell’Europa. Prospettive di un modello di partecipazione da valorizzare (e perfezionare)*, in *Quaderni costituzionali*, 2022, p. 167 ss.

¹⁰⁷ Una sezione dedicata della Piattaforma digitale multilingue contiene i riferimenti alle attività organizzate dalle autorità degli Stati membri. Una panoramica di questi eventi è contenuta nella *Relazione sul risultato finale*, p. 27 e ss. Un altro evento da segnalare è l’evento europeo per i giovani, i cui dettagli sono riportati nella *Relazione sul risultato finale*, p. 30.

¹⁰⁸ *Relazione della seconda riunione del Comitato esecutivo*, doc. del 7.4.21, p. 2, reperibile all’indirizzo https://futureu.europa.eu/uploads/decidim/attachment/file/1064/Report_7_04_21.it21.pdf.

¹⁰⁹ Oltre ad astenersi dal diffondere contenuti illegali e dall’utilizzare la Piattaforma per finalità commerciali.

¹¹⁰ Un’ampia partecipazione contribuisce alla legittimità dello strumento e dei risultati prodotti. In termini di risultati la Piattaforma ha avuto 53.335 utenti registrati - 721.487 partecipanti ad eventi - 18.859 idee - 22.167 commenti - 6.661 eventi - 72.000 approvazioni. Per un commento sui numeri della Piattaforma si veda L. LIONELLO, *Gli esiti*, cit.

¹¹¹ Sesta riunione del Comitato esecutivo. *Relazione di sintesi*, cit., p.7.

quantitativa, utilizzando un programma informatico (*computer-assisted clustering tool*¹¹²) e una tecnica di intelligenza artificiale, *text mining*¹¹³, sviluppata dal *Joint Research Centre* della Commissione¹¹⁴. Merita rilevare che anche le questioni sollevate da un numero limitato di partecipanti sono state incluse nell'analisi, quando presentavano una prospettiva diversa rispetto a quella adottata dalla maggioranza. Questi risultati, inseriti nell'Allegato I del Rapporto finale sulla Piattaforma, hanno costituito la base per il processo deliberativo che si è svolto nei 4 Panel della Conferenza,¹¹⁵ le cui raccomandazioni sono state in seguito esaminate e discusse nella Plenaria. Le indicazioni e proposte sono state quindi trasmesse al Comitato esecutivo che era incaricato di redigere la «Relazione sul risultato finale».

¹¹² Il metodo è definito con maggiori particolari nell'Allegato II alla *Relazione finale sulla Piattaforma multilingue*. L'elaborazione dei rapporti sulla Piattaforma è stata affidata a Kantar, una società di servizi. Cfr. sul punto anche la *Relazione di sintesi della settima riunione del Comitato esecutivo della Piattaforma*, p. 3. La Commissione si è avvalsa di alcune società (Missions Publiques, Teamwork, Kantar, Ifok, Deliberativa, Danish Board of Technology et V.O. Europe) per l'accompagnamento strategico, il design dei Panel dei cittadini, l'animazione dei Panel, la facilitazione delle sessioni in gruppi e sottogruppi e la formazione dei facilitatori. Uno dei principi del metodo deliberativo (integrità) richiede che il processo sia gestito da una squadra di coordinamento indipendente dalla/e istituzione/i che lo hanno commissionato. Cfr. OECD *Innovative Citizen Participation and New Democratic Institutions Catching the Deliberative Wave*, 2020. La traduzione in italiano a cura della Fondazione Bassetti, dal titolo *Innovazione nella partecipazione dei cittadini al decision making pubblico e nuove istituzioni democratiche. Cavalcare l'onda della deliberazione* è reperibile all'indirizzo <https://www.oecd.org/gov/open-government/innovazione-nella-partecipazione-dei-cittadini-al-decision-making-pubblico-e-nuove-istituzioni-democratiche.pdf>. p. 30.

¹¹³ il *Text Mining* è una tecnica di intelligenza artificiale che utilizza l'elaborazione del linguaggio naturale (NLP) per trasformare il testo libero, non strutturato, di documenti/database in dati strutturati e normalizzati per finalità di individuazione di gruppi tematici, classificazione di documenti in categorie predefinite, scoperta di associazioni, ad esempio tra argomenti, o tra autori, ecc. Per una spiegazione tecnica si veda A. MORENO, T. REDONDO, *Text Analytics: the Convergence of Big Data and Artificial Intelligence*, in *International Journal of Interactive Multimedia and Artificial Intelligence*, 2016, p. 57 ss. Sul ruolo della Tecnologia nella COFE cfr. anche A. GALBA, *Democratic Catalysts: Digital Technology and Institutional Change in the Conference on the Future of Europe*, Thesis, European University Institute, Maggio 2022, reperibile all'indirizzo <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/74788>.

¹¹⁴ Rapporto del Comitato esecutivo del 7.4.2021, p. 2. Nell'ambito della COFE è stato organizzato un *Datathon* che è un evento di *data mining* organizzato dalla Commissione. L'obiettivo del *Datathon* è promuovere l'analisi del set di dati aperti della Conferenza per scoprire nuove e ricche intuizioni sui contributi pubblici inviati dai cittadini alla piattaforma digitale.

¹¹⁵ I Panel hanno applicato il metodo deliberativo fondato sulla discussione e non sul voto, sulla disponibilità a cambiare opinione, sull'argomentazione razionale e sulla predisposizione ad ascoltare le posizioni degli altri senza preconcetti per arrivare a una soluzione consensuale. Il processo è stato anche caratterizzato dalla trasparenza, le riunioni sono state trasmesse online (le registrazioni sono disponibili ancora per la visione su sito della Conferenza) e tutti i documenti sono stati caricati sullo stesso sito.

Tra le misure raccomandate dalla COFE vi è proprio l'istituzione di una Piattaforma digitale per condividere idee, domande e punti di vista dei cittadini: «Raccomandiamo di creare una Piattaforma online in cui i cittadini possano trovare e richiedere informazioni verificate. La Piattaforma dovrebbe essere associata in modo chiaro alle istituzioni dell'UE, dovrebbe essere strutturata per argomenti e dovrebbe essere facilmente accessibile (ad esempio, includendo una linea telefonica diretta). I cittadini dovrebbero essere in grado di porre domande critiche ad esperti (ad es. accademici, giornalisti) e di ottenere risposte concrete corredate di fonti» (proposta 36, numero 3)¹¹⁶.

Quella richiesta, se realizzata, non porterebbe alla costituzione di una Piattaforma per la raccolta di idee da trasformare in proposte (come avvenuto, appunto nel caso della Piattaforma Multilingue) ma di uno strumento, meno ambizioso, di informazione verificata. Va comunque considerato che se si volesse creare un *input* “dal basso” al processo decisionale tramite la costituzione di una eventuale futura Piattaforma sul modello di quella Multilingue, si dovrebbe anche prevedere la trasmissione delle idee ivi raccolte a organismi deliberativi, sul modello dei Panel della Conferenza, e ai decisori politici dell'Unione.

7. Osservazioni conclusive

In questo scritto si sono prese in esame le piattaforme create dal Parlamento europeo e dalla Commissione aperte ai cittadini europei. La Piattaforma Multilingue della COFE, che non è più attiva, è stata richiamata perché costituisce, a parere di chi scrive, un interessante modello di democrazia partecipativa che potrebbe essere replicato con i dovuti aggiustamenti.

Non sembra si possa dubitare del fatto che queste piattaforme permettono o facilitano l'utilizzo degli strumenti di democrazia partecipativa previsti nell'ordinamento dell'Unione e offrono ai cittadini europei la possibilità di interlocuzione diretta con le istituzioni europee e soprattutto con quelle sovranazionali che svolgono importanti funzioni di impulso, iniziativa e di *agenda setting*. Esse offrono a tutti i cittadini opportunità di partecipazione al processo decisionale, se pure nella prima fase del ciclo politico, impensabili in assenza degli strumenti digitali. Basti pensare, per non citare che gli aspetti più evidenti, alla raccolta digitale delle firme per l'ICE, alla presentazione delle iniziative e alla messa a disposizione sulla piattaforma di tutte le informazioni necessarie, ai meccanismi consultivi, possibili solo attraverso la piattaforma, all'accesso alle petizioni di altri cittadini nelle diverse lingue e alla loro condivisione immediata; si pensi infine alla funzione cruciale svolta dalla piattaforma multilingue nel processo deliberativo della COFE. Vi sono però an-

¹¹⁶ L'elenco delle proposte e delle misure è contenuto nella *Relazione sul risultato finale*, cit.

che diversi ostacoli all'utilizzo di queste piattaforme da parte dei cittadini. Certuni – comuni all'utilizzo delle ITC – richiedono per essere superati processi anche a lungo termine, volti al rafforzamento delle competenze digitali e alla formazione dei cittadini europei. Il superamento di altri limiti, come quello delle lingue – dovuti a scelte delle istituzioni dettate da ragioni soprattutto economiche - richiede un impegno più mirato per individuare delle soluzioni volte a rispettare il multilinguismo come valore fondante dell'Unione. Sotto questo profilo le nuove tecnologie possono fornire soluzioni, come dimostrato dall'esperienza della Piattaforma multilingue e dai processi di traduzione automatici resi disponibili dalla Commissione. Se le piattaforme possono porre problemi di accesso alle persone con disabilità, gli stessi strumenti informatici possono fornire delle soluzioni che permettono l'accesso, ad esempio, agli ipovedenti. Il superamento di questi ostacoli richiede uno sforzo da parte delle istituzioni europee che appare ineludibile, anche alla luce degli obblighi internazionali assunti dall'Unione. In assenza di tali soluzioni la comunicazione tra i cittadini europei e la loro interlocuzione con le istituzioni si manterranno difficili e poco efficaci.

Rimane cruciale il rapporto con le istituzioni e in particolare con il Parlamento e la Commissione: devono essere migliorati i meccanismi di feedback per stimolare la partecipazione e renderla più incisiva.

Se pure, quindi, il ruolo della partecipazione dal basso ai processi decisionali risulta confinato sostanzialmente alla fase iniziale degli stessi¹¹⁷, e benché gli strumenti di democrazia partecipativa rivestano un ruolo marginale nei suddetti processi, si ritiene che essi possano essere rafforzati in termini quantitativi, ovvero aumentando il numero di partecipanti e l'accesso alle piattaforme e qualitativi, soprattutto nei termini di un perfezionamento delle relazioni con le istituzioni. Si sollecitano interventi migliorativi della comunicazione da parte delle istituzioni europee soprattutto in termini di pubblicità e diffusione della conoscenza di questi strumenti digitali.

Le piattaforme *online* non possono rimediare a fattori che rendono difficile un coinvolgimento significativo dei cittadini europei quali quelli di ordine strutturale sopra ricordati; tuttavia, proprio in un contesto come quello dell'Unione, gli strumenti digitali e le nuove tecnologie possono favorire o addirittura rendere possibile lo svolgimento delle attività di informazione, interlocuzione verticale e orizzontale, dibattito, consultazione, che sono funzionali alla partecipazione dei cittadini al processo decisionale, tenendo conto che la democrazia rappresentativa e quella partecipativa si rafforzano reciprocamente. Per questo motivo appare necessario e urgente che le istituzioni

¹¹⁷ Tale fase è ovviamente cruciale in quanto definisce il quadro entro il quale si svolgeranno i negoziati intra e interistituzionali.

si adoperino per utilizzare la tecnologia quando offre soluzioni per eliminare o ridurre gli ostacoli all'accesso a tali piattaforme e quindi agli strumenti di democrazia partecipativa che esse contribuiscono a far funzionare.

IL RUOLO DELLE ICT NELLA PRESENTAZIONE DI PROPOSTE DI
ATTI LEGISLATIVI DA PARTE DEI CITTADINI EUROPEI*

LEONARDO PASQUALI**

Sommario

1. Considerazioni introduttive – 2. Procedimento e ruolo delle ICT – 3. I sistemi di raccolta elettronica delle dichiarazioni di sostegno: i sistemi individuali – 4. I sistemi di raccolta elettronica delle dichiarazioni di sostegno (segue): il sistema centrale – 5. ICT ed iniziativa dei cittadini europei: non solo raccolta elettronica delle dichiarazioni di sostegno – 6. Bilancio delle proposte dei cittadini europei presentate sino ad oggi – 7. Considerazioni conclusive.

Abstract

The paper investigates the role of information and communication technologies (ICTs) in the framework of the European Citizens' Initiative (ECI). The latter, introduced by the Lisbon Treaty and originally implemented by Regulation (EU) 211/2011, was reformed by Regulation (EU) 2019/788, which aims to simplify the admissibility requirements for the initiative and strengthen the effectiveness of the instrument. Therefore, the contribution analyses the procedural provisions laid down in the Regulation in order to highlight what function, in pursuing the stated objectives, is currently assigned to ICTs. Specific (but not exclusive) attention is given to the online collection of statements of support, with reference to both the "individual online collection systems" and to the "central online collection system" that gradually replaced the former systems making the ECI more accessible and easier to use. The paper also takes into consideration the ECIs concretely presented to date and the relevant case law, allowing to make a first assessment of the results actually obtained thanks to the new role played by ICTs.

Suggerimento di citazione

L. PASQUALI, *Il ruolo delle ICT nella presentazione di proposte di atti legislativi da parte dei cittadini europei*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2023. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Contributo realizzato nell'ambito del Progetto PRIN 2017 "Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law" (SE.CO.R.E TECH), Unità di Pisa.

** Professore associato di Diritto internazionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa e Avvocato cassazionista. Titolare della Cattedra Jean Monnet "Reinforcing EU responsible global leadership: promoting human rights and democracy through solidarity for a rules-based multilateral world".

Contatto: leonardo.pasquali@unipi.it

1. Considerazioni introduttive

Come noto, nel diritto dell'Unione europea l'iniziativa legislativa spetta alla Commissione¹, essendole attribuito potere generale ed esclusivo dall'art. 17, secondo comma TUE². Sin dai trattati istitutivi delle comunità europee, tuttavia, la Commissione oltre che *motu proprio* può agire su sollecitazione di altre istituzioni dell'Unione. Nello specifico possono prendere quella che è stata definita "l'iniziativa dell'iniziativa" sia il Parlamento europeo, in virtù dell'art. 225 TFUE³, che il Consiglio, a norma dell'art. 241 TFUE⁴.

Se sino all'ultima revisione dei trattati solo tali istituzioni potevano chiedere alla Commissione di presentare proposte legislative, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona tale possibilità è stata estesa anche ai cittadini dell'U.E.⁵ È questa una delle innovazioni più rilevanti introdotte nel diritto primario dell'Unione dal Trattato di Lisbona, in quanto rafforza la cittadinanza europea e potenzia il funzionamento democratico dell'Unione attraverso una partecipazione dei cittadini alla vita democratica dell'Unione stessa⁶.

Il suddetto potere è previsto nello specifico dall'odierno art. 11, quarto comma TUE, ai sensi del quale "*Cittadini dell'Unione, in numero di almeno un milione, che abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri, possono prendere l'iniziativa d'invitare la Commissione europea, nell'ambito delle sue attribuzioni, a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati*". Tale norma del Trattato sull'Unione europea rinvia inoltre ad una disposizione del Trattato sul fun-

¹ Sul tema specifico v. *in primis* la recente monografia di F. MARTINES, *La funzione d'iniziativa della Commissione nel processo legislativo dell'Unione europea*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019 e la bibliografia ivi menzionata.

² Art. 17 TUE: "2. Un atto legislativo dell'Unione può essere adottato solo su proposta della Commissione, salvo che i trattati non dispongano diversamente".

³ Art. 225 TFUE: "A maggioranza dei membri che lo compongono, il Parlamento europeo può chiedere alla Commissione di presentare adeguate proposte sulle questioni per le quali reputa necessaria l'elaborazione di un atto dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati. Se la Commissione non presenta una proposta, essa ne comunica le motivazioni al Parlamento europeo".

⁴ Art. 241 TFUE: "Il Consiglio, deliberando a maggioranza semplice, può chiedere alla Commissione di procedere a tutti gli studi che esso ritiene opportuni ai fini del raggiungimento degli obiettivi comuni e di sottoporli tutte le proposte del caso. Se la Commissione non presenta una proposta, ne comunica le motivazioni al Consiglio".

⁵ Sull'argomento v. *ex plurimis* F. MARTINES, *ap. cit.*, pp. 188 ss. e la bibliografia ivi richiamata. Sul tema esistono peraltro numerosi contributi di studiosi di vari Paesi. Una monografia piuttosto recente in lingua italiana dedicata al tema specifico è quella di A. SANTINI, *L'iniziativa dei cittadini europei*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019.

⁶ TUE 30 settembre 2015, causa T-450/12, *Anagnostakis c. Commissione*, punto 26. Il testo integrale di questa sentenza, come di tutte quelle citate nell'articolo, si trova (in tutte le lingue ufficiali dell'Unione) su Internet, *in primis* sul sito ufficiale della Corte <https://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it>

zionamento dell'Unione europea, l'art. 24 primo comma, per regolare detto potere⁷. Quest'ultima norma, a sua volta, rimanda la normativa di dettaglio al diritto derivato dell'Unione (e nello specifico a regolamenti adottati dal Parlamento europeo e dal Consiglio mediante la procedura legislativa ordinaria).

Quello attualmente in vigore è il Regolamento (UE) 2019/788 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 riguardante l'iniziativa dei cittadini europei⁸, che da pochi anni (per la precisione dal 1° gennaio 2020) ha sostituito il precedente Regolamento (UE) n. 211/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, abrogandolo⁹.

La normativa di riferimento è completata da un regolamento di esecuzione adottato dalla Commissione, recante il n. 2019/1799, che fissa le specifiche tecniche per i sistemi individuali di raccolta elettronica a norma del regolamento (UE) 2019/788 del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante l'iniziativa dei cittadini europei.

Anch'esso sostituisce il precedente regolamento di esecuzione, sempre della Commissione, n. 1179/2011¹⁰.

La riforma del sistema si è resa necessaria alla luce delle insufficienze di ordine tanto sostanziale quanto procedurale che sono emerse sin dall'inizio e che hanno reso complicato il suo corretto funzionamento¹¹.

⁷ Art. 24 TFUE: "Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le disposizioni relative alle procedure e alle condizioni necessarie per la presentazione di un'iniziativa dei cittadini ai sensi dell'articolo 11 del trattato sull'Unione europea, incluso il numero minimo di Stati membri da cui i cittadini che la presentano devono provenire".

⁸ Fra i primi commenti in lingua italiana al regolamento 2019/788 si segnala quello di A. SANTINI, *Il nuovo regolamento attuativo dell'iniziativa dei cittadini europei: osservazioni a prima lettura*, in *Jus Online*, n. 1, 2019, pp. 217-235. Contributi rilevanti nelle altre lingue sono, *inter alios*, i seguenti: M.M. MARTIN MARTINEZ, *Balance y prospectiva de la iniciativa ciudadana europea en la intersección entre la vieja y la nueva Europa*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 67, 2020, pp. 833-872 (in lingua spagnola); A. PAROL, *The European Citizens' Initiative Reform: Does It Matter?*, in *Review of European and Comparative Law*, vol. XI, 2020, pp. 67-90 (in lingua inglese) ed infine tutti quelli contenuti nel n. 649, 2021 della *Revue de l'Union européenne*.

⁹ V. art. 26 del Regolamento (UE) 2019/788. Come sottolinea la dottrina, "Se questo dato formale lascia intendere l'ampiezza delle modifiche apportate alla vigente disciplina dell'ICE, occorre per altro verso sottolineare che tali modifiche intervengono all'interno di un disegno complessivo della procedura che rimane sostanzialmente inalterato"; A. SANTINI, *L'iniziativa cit.*, p. 208. Il successivo art. 27 detta una normativa transitoria, prevedendo che alcune disposizioni procedurali del precedente Regolamento (UE) n. 211/2011 continuino "ad applicarsi dopo il 1° gennaio 2020 alle iniziative dei cittadini europei registrate anteriormente al 1° gennaio 2020".

¹⁰ Cfr. quarto considerando del Regolamento 2019/1799.

¹¹ Una buona sintesi di tali insufficienze è riportata nell'articolo di M.M. MARTIN MARTINEZ, *op. cit.*, pp. 852 ss.: "Entre las primeras destaca la interpretación por la Comisión del llamado test de la admisibilidad legal del art. 4.2 b) del Reglamento 211/2011. El precepto le confería un margen de apreciación amplio para rechazar aquellas propuestas que estuvieran manifiestamente fuera de su ámbito de competencia, pero la interpretación excesivamente rígida de este requisito ha suscitado las críticas recurrentes de la academia... Dichas críticas estaban justificadas a tenor del segundo informe de aplicación,

L'obiettivo, espressamente indicato nel quinto considerando del Regolamento 2019/788, è triplice. In primo luogo, una maggiore accessibilità, un costo minore ed un uso più semplice dell'ICE da parte dei cittadini europei. In secondo luogo, utilizzare sino in fondo le sue potenzialità di strumento di promozione del dibattito, rafforzandone il monitoraggio ed infine favorire il coinvolgimento del maggior numero possibile di cittadini al processo decisionale democratico dell'Unione.

Vi è la volontà di migliorare l'ICE rafforzandone l'efficacia. In un certo senso con la riforma del sistema si vogliono aiutare i cittadini ad orientarsi in un sistema politico complesso di cui debbono capire, almeno per sommi capi, il funzionamento, partendo dal postulato che il successo o meno dello strumento "iniziativa dei cittadini europei" dipenda dal fatto che i cittadini europei siano politicamente competenti per formulare e portare avanti con qualche chance di successo un'ICE. È per questo che il nuovo regolamento da una parte semplifica le condizioni di ricevibilità dell'iniziativa e dall'altra mira a rinforzare l'effettività della procedura in tutte le sue fasi¹² e, come vedremo, attribuisce un ruolo di primo piano all'utilizzo delle ICT per raggiungere tali obiettivi.

È proprio su ciò, pertanto, che si concentrerà in prevalenza l'analisi svolta nel presente contributo.

ya que entre 2011 y 2015 la Comisión denegó el registro de 22 de las 48 iniciativas, el 30 % de las solicitudes presentadas. A ello se añadían insuficiencias técnico-procedimentales que afectaban, sobre todo, a las modalidades del registro, así como al plazo y medios de recogida de los apoyos. La duda principal radicaba en que el registro parcial no estaba expresamente previsto en la normativa, por lo que la Comisión lo consideraba inadmisibile, soslayando así su deber de ayuda a los promotores de las ICE, con frecuencia legos sin los conocimientos necesarios para acomodar sus propuestas a las exigencias legales. Esta circunstancia, sumada a la tendencia a no fundamentar suficientemente las razones de tal rechazo, provocó un aluvión de recursos de anulación ante el TJUE... el rechazo sistemático de la Comisión al registro parcial, basada en una interpretación muy estricta del test de legalidad, acompañada de una motivación insuficiente, eran disfunciones de suficiente calado como para justificar una reforma legal. De hecho, la combinación de una normativa farragosa y la falta del llamado favor participationis... estaban frustrando la implicación ciudadana en la vida democrática de la Unión. Y máxime cuando a ello se añadían también deficiencias procedimentales, entre las que destacaban: la rigidez de los plazos temporales en las distintas etapas de tramitación de la ICE; las divergencias en la edad y los requisitos sobre los datos personales de los firmantes entre los Estados miembros; la complejidad del proceso de recogida de declaraciones de apoyo a través de páginas web o en línea y el exiguo plazo de un año para dicha recogida; y la desigual verificación por las autoridades nacionales competentes de las declaraciones de apoyo o la exigencia de transparencia respecto a la financiación de las ICE".

¹² Sul tema v. *amplius* R. MEHDI, R. FOUCART, *Le règlement (UE) n° 2019/788, revalorisation ou simple rationalisation des procédures ?* in *Revue de l'Union européenne*, n. 649, 2021, p. 365 ss..

2. Procedimento e ruolo delle ICT

I cittadini europei che desiderino avvalersi di questa facoltà attribuita loro dal Trattato di Lisbona e chiedere alla Commissione di presentare proposte legislative debbono pertanto attenersi a quanto previsto in questa normativa.

Nello specifico, il Regolamento (UE) 2019/788 indica con precisione i passi da seguire.

In primo luogo, come chiarito dall'art. 5 di tale regolamento, deve essere costituito un "gruppo di organizzatori", composto da un minimo di sette cittadini dell'Unione, persone fisiche¹³ residenti in almeno sette differenti Stati membri dell'Unione ed aventi l'età minima per votare al Parlamento europeo¹⁴. A tali persone fisiche, in virtù del quinto comma dell'articolo, è peraltro attribuita la responsabilità solidale per gli eventuali danni che la gestione dell'iniziativa possa provocare.

Il successivo art. 6 disciplina la raccolta delle dichiarazioni di sostegno che, ai sensi dell'art. 8, paragrafo 1 deve concludersi entro dodici mesi¹⁵.

¹³ Sebbene queste siano le parole testuali contenute nella norma, vi sono pochi dubbi che nella realtà tali persone fisiche siano sostenute, anche finanziariamente, da organizzazioni, persone giuridiche, gruppi di interessi o *lobbies*. La dottrina aveva intuito che così sarebbe accaduto già nei primi commenti al vecchio Regolamento (UE) n. 211/2011, evidenziando come uno dei fattori di debolezza della normativa sull'ICE fosse proprio il fatto di essere uno strumento "*which is likely to be activated only by organized civil society*", nel qual caso "*the potential democratic benefits of the CI in terms of offering an agenda-setting voice capable of challenging entrenched policy preferences and/or contributing to a greater sense of ownership over the Union by its own citizens- may well prove marginal*"; cfr. M. DOUGAN, *What are we to make of the citizens' initiative?*, in *Common Market Law Review*, n. 84, 2011, p. 1807. Tali timori, espressi sin da subito dagli studiosi, sono stati puntualmente confermati dalla prassi, come dimostra l'analisi delle proposte dei cittadini presentate sino ad oggi (sul tema v. *infra*, paragrafo 5 del presente articolo).

¹⁴ La dottrina rileva che: "*aunque la legitimación no varía, ya que los sujetos facultados para presentar una ICE siguen siendo personas físicas... el Reglamento 2019/788 reordena la estructura y funcionamiento del grupo de organizadores*". M.M. MARTIN MARTINEZ, *op. cit.* p. 856.

¹⁵ Il numero di mesi (12) rimane invariato rispetto a quanto previsto nel precedente Regolamento (UE) n. 211/2011, ma nel nuovo regolamento è modificato il *dies a quo* da cui si cominciano a contare i 12 mesi. Mentre infatti nel vigore della normativa precedente il periodo di dodici mesi decorreva dalla data di registrazione della proposta di iniziativa dei cittadini europei (*ex art. 5, quinto comma del Regolamento 211/2011*), l'art. 8 comma 1 del nuovo regolamento dispone che il *dies a quo* venga indicato dagli stessi organizzatori, pur non potendo superare i sei mesi dalla registrazione. Come osserva un'attenta dottrina "*Questo lasso di tempo tra la registrazione e l'effettivo avvio della raccolta delle dichiarazioni di sostegno potrà risultare utile sotto diversi profili. In primo luogo, esso dovrebbe consentire agli organizzatori che utilizzeranno... un proprio sistema di raccolta elettronica di predisporre ed ottenerne la certificazione. In secondo luogo, durante questo periodo si procederà alla traduzione dell'ICE. Infine, in questo periodo gli organizzatori potranno realizzare delle campagne informative, così da preparare anche sotto questo profilo il terreno alla raccolta delle dichiarazioni di sostegno*"; A. SANTINI, *L'iniziativa cit.*, p. 208. La questione della durata del periodo di raccolta delle dichiarazioni di sostegno non è di poco conto, dato che più lungo è tale periodo più facile sarà raggiungere il numero minimo necessario *ex lege* di adesioni. D'altra parte l'opportunità di fissare un termine per la raccolta delle dichiarazioni di sostegno non è mai stata messa in discussione nel corso dell'elaborazione della normativa attuativa dell'art. 11, par. 4 del TFUE. Già nel Libro verde la Commissione

Il numero dei firmatari è dettato dall'art. 3, il quale precisa che deve essere pari ad almeno un milione di cittadini dell'Unione¹⁶ che, in virtù dell'art. 2, debbono avere l'età minima per l'elettorato attivo al Parlamento europeo. Il nuovo regolamento conferma tale requisito, aggiungendo però che gli Stati membri hanno il potere, informandone la Commissione, di abbassare detta età minima a 16 anni¹⁷. I cittadini che sostengono l'iniziativa debbono appartenere ad almeno un quarto degli Stati membri ed, in ogni Stato, i firmatari devono corrispondere almeno al numero dei membri del Parlamento europeo eletti in ciascuno di essi moltiplicato per il numero complessivo dei membri del Parlamento europeo (il numero minimo esatto di firmatari per Stato membro è indicato nell'allegato I al Regolamento 2019/788 e va da un mini-

aveva indicato il termine di 12 mesi e nel diciassettesimo considerando del Regolamento 211/2011 è chiarito come assicurare che le dichiarazioni di sostegno per un'iniziativa dei cittadini siano raccolte entro un determinato termine sia necessario affinché le proposte "restino pertinenti". Proprio alla luce di tale esigenza, da contemperare con la "complessità dell'operazione di raccolta di dichiarazioni di sostegno in tutta l'Unione", il medesimo considerando indica in dodici mesi dalla data di registrazione della proposta tale termine. Sulla durata del periodo non vi era stata peraltro uniformità di vedute nel corso dell'elaborazione del Regolamento 211/2011, ad esempio "il Parlamento europeo, nella sua risoluzione del 7 maggio 2009... aveva anch'esso indicato un termine di dodici mesi, ma a decorrere dal primo giorno del terzo mese successivo alla decisione relativa alla registrazione, mentre il Comitato economico e sociale, nel parere del 14 luglio 2010... aveva suggerito di estendere il termine massimo per la raccolta delle firme proposto dalla Commissione da dodici a diciotto mesi"; *ibid.*, p. 105, nota 71.

¹⁶ In dottrina vi è chi critica la scelta di attribuire tale potere ai soli cittadini dell'Unione: "A nuestro juicio, el gran debate que el actual reglamento no ha querido o sabido abordar es el del mantenimiento de la ciudadanía europea, y por ende la nacionalidad, como el único vínculo para promover o apoyar una ICE. Ello implica la exclusión total de los extranjeros sin distinción alguna, incluyendo a los residentes legales plenamente integrados en la UE. Esta elección, que entronca con un debate colateral al presente trabajo y sumamente complejo como es la participación política de los extracomunitarios en la Unión, nos parece discutible por varias razones. En primer lugar, porque la propia configuración legal de la ICE pone coto a cualquier veleidad, por lo que si los extranjeros residentes en la Unión planificasen constituirse en grupo de organizadores con un propósito específico y sectario, podrían instar, pero nunca obligar, a la adopción de normas en su beneficio. En segundo lugar, porque al descartar también que puedan apoyar una ICE se les está privando de toda posibilidad de participar en el debate público europeo, desoyendo a quienes defienden la idea de que el anclaje legal de la ciudadanía debería ser la residencia en lugar de la nacionalidad, presente en propuestas como la de la ciudadanía cívica formulada por la propia Comisión. Y, finalmente, pero no menos importante, porque negar a los extranjeros residentes legales en la UE el soft empowerment que la ICE comporta nos resulta del todo incomprensible, en la medida en que propicia la fractura social y la falta de cohesión interna contra la que la UE dice luchar". M.M. MARTIN MARTINEZ, *op. cit.* p. 857.

¹⁷ Come opportunamente si osserva in dottrina: "la reforma del instrumento regulador abre la puerta a una doble ampliación, inclusiva y de edad...en relación con la ampliación por razón de edad... consideramos que esta segunda extensión es más testimonial que real. Por una parte, resulta innecesaria en los dos socios donde el sufragio al Parlamento Europeo está permitido a partir de esa edad (Austria y Malta) y, por la otra, hasta el momento no ha suscitado interés en los restantes socios, ya que trascurrido medio año de vigencia del Reglamento 2019/788 no consta que ninguno de ellos haya informado a la Comisión de la adopción de las medidas internas necesarias para implementar esta ampliación"; M.M. MARTIN MARTINEZ, *op. cit.* p. 857.

mo di 42.430 per Cipro, Lussemburgo e Malta ad un massimo di 67.680 per la Germania; per l'Italia tale numero è pari a 54.823)¹⁸.

Il procedimento di raccolta delle dichiarazioni di sostegno si conclude poi con le due fasi di verifica e certificazione (*ex art.* 12) e di presentazione ed esame (regolamentati dagli artt. 13, 14, 15 e 16).

Come già cennato *supra*, il ruolo attribuito alle ICT in questa procedura è assai rilevante.

In primo luogo, infatti, esse sono utilizzate per la raccolta delle dichiarazioni di sostegno che, in virtù dell'art. 9 del Regolamento 2019/788, oltre che in formato cartaceo può avvenire in formato elettronico. Nel diritto UE, pertanto, al modo tradizionale di raccolta delle firme a sostegno di una proposta di legge viene affiancato un modo più moderno, nel quale entrano in gioco le ICT.

L'importanza di ciò emerge *ictu oculi* già analizzando il primo atto di diritto derivato adottato per attuare la disposizione di cui all'art. 11, quarto comma, TUE, ovvero il Regolamento (UE) n. 211/2011 (oggi abrogato da quello attualmente in vigore, il Regolamento (UE) 2019/788). Tale atto di diritto derivato dedicava infatti due articoli, il 5 ed il 6, affinché alla tradizionale raccolta su carta delle dichiarazioni di sostegno si affiancasse la possibilità di effettuarla mediante strumenti elettronici.

Con l'adozione del Regolamento 2019/788 il ruolo delle ICT nell'ambito della iniziativa dei cittadini europei è stato peraltro ampliato, contribuendo in modo importante a quella che la dottrina ben definisce come “*la mise en place d'un accompagnement renforcé à tous les stades de la procédure*”¹⁹.

La previsione di un uso esteso e massiccio delle ICT è stata accolta con soddisfazione in dottrina, essendovi chi ha espressamente sostenuto che grazie a ciò l'iniziativa dei cittadini europei rappresenta uno strumento che soddisfa i bisogni di *e-participation* e di *e-democracy* del XXI secolo²⁰. Le istituzioni dell'UE hanno peraltro considerato il rapporto fra ICT e democrazia nell'ambito dell'iniziativa dei cittadini europei come un possibile fattore, insieme ad altri, per giungere all'obiettivo di risolvere le numerose questioni legate alla *governance* democratica ed al deficit di legittimità²¹.

¹⁸ Come osserva giustamente la dottrina, “*el número de firmantes exigidos se ha incrementado en aquellos Estados miembros que han aumentado su cuota de eurodiputados como consecuencia del Brexit*”; M.M. MARTIN MARTINEZ, *op. cit.* p. 855.

¹⁹ Cfr. R. MEHDI, R. FOU CART, *op. cit.*, p. 368.

²⁰ Cfr. E. LONGO, *The European Citizens' initiative: too much democracy for EU polity?*, in *German Law Journal*, n. 20, 2019, p. 189.

²¹ *Ibid.*

3. I sistemi di raccolta elettronica delle dichiarazioni di sostegno: i sistemi individuali

Nel vigore dell'oggi abrogato Regolamento (UE) n. 211/2011 la raccolta elettronica delle dichiarazioni di sostegno poteva avvenire solo attraverso i c.d. sistemi individuali di raccolta.

Questi sistemi, per essere validi, debbono tuttavia essere conformi a determinate specifiche tecniche. Queste specifiche tecniche dovevano, ai sensi dell'art. 6 del suddetto regolamento, essere indicate dalla Commissione che le avrebbe dovute adottare mediante appositi atti di esecuzione. Tale obbligo è stato peraltro rispettato dalla Commissione, che ha adottato tali specifiche tecniche col Regolamento di esecuzione n. 1179/2011.

Predisporre un sistema di raccolta delle dichiarazioni di sostegno per via elettronica è tutt'altro che banale per il semplice cittadino.

Il legislatore europeo, conscio di ciò, aveva previsto già nel medesimo art. 6 che la Commissione, al fine di agevolare i cittadini europei che intendano presentare una proposta, sviluppasse e mettesse a disposizione entro il 1° gennaio 2012 un software con codice sorgente aperto che presentasse le necessarie caratteristiche tecniche e di sicurezza.

La norma che attualmente detta le regole generali cui sono sottoposti i sistemi di raccolta individuali è l'art. 11 del regolamento 2019/788.

Tali sistemi, al contrario di quello centrale, debbono essere certificati dall'autorità competente di uno Stato membro su richiesta degli organizzatori e tale attestazione è riconosciuta dalle autorità competenti degli altri Stati membri.

Poiché i dati raccolti mediante i sistemi individuali sono archiviati nel territorio di uno Stato membro, l'autorità competente a rilasciare il suddetto certificato è quella di tale Stato membro.

I sistemi di raccolta individuali, per essere certificati, debbono presentare determinate caratteristiche. Debbono essere dotati di adeguati dispositivi tecnici e di sicurezza o, *rectius*, presentare certe specifiche tecniche.

L'obiettivo è quello di garantire certi aspetti fondamentali della raccolta, elencati al paragrafo 4 dell'articolo in esame, ovvero: che i firmatari siano persone fisiche; la conformità fra le informazioni fornite a sostegno dell'iniziativa e quelle pubblicate nel registro; che i firmatari forniscano determinati dati, elencati nell'allegato III del regolamento ed infine che tali dati vengano raccolti ed archiviati in modo sicuro.

Le specifiche tecniche volte a garantire ciò sono precisate ulteriormente nell'allegato *ad hoc* del regolamento di attuazione 2019/1799.

Oltre a garantire che, in ottemperanza a quanto dettato dall'art. 11 del TFUE, a sottoscrivere l'iniziativa siano effettivamente cittadini e non, ad esempio, persone giuridiche, tali specifiche tecniche paiono volte, da una par-

te a garantire che il cittadino comprenda perfettamente quale iniziativa sta sostenendo e, dall'altra, che i suoi dati personali godano della massima tutela.

Sotto il primo profilo, il sistema deve, fra l'altro, assicurare la conformità fra le informazioni fornite a sostegno dell'iniziativa e presentate online e quelle pubblicate nel registro, facendo sì che queste ultime siano già pubblicate precedentemente all'espressione del sostegno del cittadino ed adottando misure di sicurezza per evitare che un'errata rappresentazione dell'iniziativa porti alla presentazione di dichiarazioni di sostegno per un'iniziativa differente.

Per quanto concerne la tutela della riservatezza di chi presenta una dichiarazione di sostegno il sistema innanzitutto deve limitare la raccolta e l'archiviazione di dati personali ai soli dati indicati nell'allegato III del regolamento 2019/788. In secondo luogo, deve subordinare la presentazione della dichiarazione all'avvenuta lettura dell'informativa sulla privacy di cui al medesimo allegato III. Infine, deve garantire che la raccolta e l'archiviazione di tali dati avvenga in modo sicuro. Quest'ultimo obiettivo è raggiunto sia con determinate modalità di gestione del sistema (quali la designazione di un responsabile alla sicurezza del sistema, ivi compresa la sicurezza della trasmissione delle dichiarazioni di sostegno all'autorità nazionale competente e la possibilità di domandare a quest'ultima di fornire le norme e i requisiti di sicurezza applicabili per la certificazione dei sistemi individuali di raccolta elettronica) che utilizzando processi di gestione del rischio per garantire la sicurezza delle informazioni, che infine utilizzando un sistema di cifratura di dati conforme al diritto UE ed in linea con gli standard internazionali.

Infine, ai sensi dell'art. 2 comma 1 del regolamento 2019/1799, la conformità del sistema individuale di raccolta a dette specifiche tecniche deve sussistere durante tutto il periodo di raccolta delle dichiarazioni di sostegno e ciò deve essere garantito dagli organizzatori.

I sistemi individuali di raccolta elettronica delle dichiarazioni di sostegno, che pure hanno l'indubbio merito di sfruttare le possibilità offerte dalle ICT per raccogliere in modo più efficace le dichiarazioni di sostegno, presentano però anche dei problemi tecnici ed economici.

A ciò ha cercato di ovviare la Commissione agendo su due piani.

In primis mettendo effettivamente a disposizione degli organizzatori un software con codice sorgente aperto dotato delle pertinenti caratteristiche tecniche e di sicurezza, in esecuzione di quanto disposto già dall'art. 6 del Regolamento n. 211/2011.

In secondo luogo ospitando gratuitamente sui propri *server* i sistemi individuali di raccolta elettronica delle dichiarazioni di sostegno, onde consentire di superare la difficoltà evidenziata dagli organizzatori delle prime raccolte di dichiarazioni di sostegno ad iniziative dei cittadini europei, in ordine alla pos-

sibilità di trovare, senza eccessivi costi, *server* conformi alle suddette specifiche tecniche ove installare il *software* ed archiviare i dati raccolti²².

4. I sistemi di raccolta elettronica delle dichiarazioni di sostegno (segue): il sistema centrale

Sebbene tali comportamenti della Commissione siano da salutare con favore, la sua azione non ha completamente risolto tutti i problemi legati all'uso di sistemi individuali di raccolta elettronica delle dichiarazioni di sostegno.

Ad esempio, un rischio che sussiste è che l'uso di tali sistemi abbia come conseguenza pratica una riduzione del tempo in cui possono essere raccolte le dichiarazioni di sostegno: ciò potrebbe accadere qualora gli organizzatori attendessero la pronuncia della Commissione in ordine alla domanda di registrazione prima di creare il sistema e rivolgersi all'autorità competente dello Stato in cui è situato il *server*. La decisione della Commissione in merito dipende dal giudizio che essa dà sulla sussistenza o meno dei requisiti enumerati all'art. 6, comma 3 del Regolamento 2019/788.

Le criticità dei sistemi individuali di raccolta elettronica delle dichiarazioni di sostegno hanno spinto il legislatore europeo ad intervenire. Una delle maggiori novità contenute nel Regolamento 2019/788 rispetto a quanto previsto nel precedente Regolamento 211/2011 da esso abrogato è effettivamente la previsione di un obbligo in capo alla Commissione di creare un sistema centrale di raccolta elettronica delle dichiarazioni di sostegno, conforme alle regole sulla sicurezza dei sistemi di comunicazione e informazione della Commissione medesima.

Per valutare appieno la rilevanza di tale scelta legislativa nell'ottica di agevolare la presentazione di proposte di atti legislativi ad opera dei cittadini europei sfruttando le ICT, appare opportuno evidenziare come la realizzazione di un sistema centrale di raccolta elettronica delle dichiarazioni di sostegno fosse l'oggetto di una delle primissime iniziative dei cittadini europei sottoposta a registrazione già il 27 agosto 2012 e denominata "*Central public online collection platform for the European Citizens' Initiative*".

Nello specifico è l'art. 10 del suddetto regolamento ad imporre tale obbligo alla Commissione la quale, ottemperando a quanto impostole dalla norma,

²² Come opportunamente rileva la dottrina, "essendo tale soluzione divenuta operativa solo a fine ottobre 2012, per tutte le ICE registrate fino a quel momento il periodo di raccolta delle dichiarazioni di sostegno è stato esteso fino al 1° novembre 2013. Probabilmente, è per questa stessa ragione che la Commissione, nel primo periodo di applicazione del regolamento, ha accettato di registrare una seconda volta quattro ICE che erano già state registrate e in seguito ritirate dagli organizzatori, dovendosi altrimenti ritenere che la riproposizione di una proposta di ICE già registrata configuri un comportamento abusivo che determina il diniego della registrazione ai sensi dell'art. 4, par. 2, lett. c, del regolamento"; cfr. A. SANTINI, *L'iniziativa. cit.*, p. 106.

ha predisposto il sistema centrale di raccolta elettronica delle dichiarazioni di sostegno nel 2020.

Come tutti gli altri sistemi di comunicazione e informazione (CIS) che sono posseduti, acquistati, gestiti oppure operati da o per conto della Commissione anche tale sistema centrale di raccolta elettronica è sottoposto alla disciplina dettata dalla Decisione (UE, Euratom) 2017/46 della Commissione del 10 gennaio 2017 “sulla sicurezza dei sistemi di comunicazione e informazione della Commissione europea”, la quale ne stabilisce gli obiettivi, i principi, l’organizzazione e le responsabilità fondamentali in relazione alla sicurezza e a ogni utilizzo di tali CIS da parte della Commissione (v. art. 1 della Decisione).

Pare opportuno rilevare la totale gratuità dell’utilizzo del sistema da parte dei gruppi di organizzatori. I costi di creazione e gestione del sistema centrale di raccolta elettronica sono infatti completamente a carico del bilancio generale dell’Unione europea. I gruppi di organizzatori che intendano utilizzare il sistema centrale di raccolta elettronica hanno tuttavia l’onere di comunicarlo alla Commissione non meno di 10 giorni lavorativi prima dell’inizio del periodo di raccolta delle dichiarazioni di sostegno. Inoltre, poiché il sistema centrale di raccolta elettronica consente altresì il caricamento delle dichiarazioni di sostegno raccolte su carta, nello stesso termine i gruppi di organizzatori debbono comunicare alla Commissione anche se intendono avvalersi di tale possibilità.

I dati ottenuti mediante tale sistema sono archiviati nei server messi a disposizione a tal fine dalla Commissione.

Ulteriore elemento volto a facilitare il compito degli organizzatori è che, quando la raccolta delle dichiarazioni di sostegno avviene attraverso il sistema centrale di raccolta elettronica, ad essere incaricata di presentare dette dichiarazioni di sostegno alle autorità nazionali competenti che le debbono verificare è la Commissione (e non gli organizzatori come invece avviene quando si utilizzano i sistemi individuali di raccolta elettronica).

È altresì degno di nota che, quando si usa il sistema centrale di raccolta elettronica, i cittadini che esprimono il loro sostegno debbano poter essere identificati utilizzando i mezzi di identificazione elettronica notificati. Essi debbono inoltre poterlo esprimere utilizzando la firma elettronica, a norma del diritto UE. Oltre a garantire ciò, gli Stati membri debbono anche far sì che sia riconosciuto il nodo e-IDAS della Commissione.

Infine, l’ultimo comma dello stesso art. 10 prevede che, per migliorare e sviluppare il sistema centrale di raccolta elettronica, la Commissione adotti un approccio “*bottom up*”, consultando a tal fine i portatori di interesse e prendendo in considerazione i loro suggerimenti e le loro preoccupazioni.

Sebbene nelle intenzioni del legislatore europeo quando è stato redatto il testo del Regolamento 2019/788 il sistema centrale di raccolta elettronica delle dichiarazioni di sostegno costituisce evidentemente il futuro, mentre quelli individuali il passato, sempre al fine di agevolare i cittadini europei che intendano presentare una proposta legislativa avvalendosi delle ICT è stato previsto nel regolamento medesimo un periodo transitorio in cui il nuovo sistema centrale di raccolta elettronica coesiste con i vecchi sistemi individuali.

Un gruppo di organizzatori che intendesse avvalersi della possibilità prevista dall'art. 9 del regolamento medesimo di raccogliere le dichiarazioni di sostegno in formato elettronico aveva, sino al primo gennaio del corrente anno, due opzioni: utilizzare il sistema centrale di raccolta elettronica, ovvero optare per un sistema individuale, secondo quanto specificato dall'art. 11 (v. *supra*, paragrafo precedente).

La progressiva sostituzione dei sistemi individuali di raccolta elettronica delle dichiarazioni di sostegno ad opera del sistema centrale è uno dei principali strumenti con cui si è cercato di rendere l'iniziativa dei cittadini europei meno onerosa, di più facile uso e maggiormente accessibile a tutti.

5. ICT e iniziativa dei cittadini europei: non solo raccolta elettronica delle dichiarazioni di sostegno

Come già cennato *supra*, mentre il ruolo attribuito alle ICT dal primo regolamento in materia di iniziativa dei cittadini europei (ovvero il Regolamento n. 211/2011) era incentrato principalmente sulla raccolta elettronica delle dichiarazioni di sostegno, il successivo Regolamento 2019/788, attualmente in vigore, ha esteso tale ruolo.

Se ne è infatti previsto l'utilizzo non solo per il profilo specifico di raccolta delle dichiarazioni di sostegno, come già avveniva col precedente Regolamento n. 211/2011, ma anche per informare i cittadini europei interessati ad un'ICE e coadiuvarli nella presentazione della medesima.

Nello specifico l'art. 4 del Regolamento 2019/788 impone alla Commissione di adottare determinati comportamenti al fine di facilitare la presentazione delle iniziative dei cittadini europei, mediante l'uso di ICT.

In primo luogo, il secondo comma dell'articolo detta l'obbligo di creare una piattaforma collaborativa online, denominata "Forum di iniziativa dei cittadini europei", per consigliare i cittadini interessati, i promotori e le ONG.

Tale piattaforma - che oltre a presentare un uso gratuito per i cittadini, (essendo i suoi costi di gestione e manutenzione interamente a carico dell'UE) è accessibile anche alle persone con disabilità- ha una doppia funzione. In senso verticale essa permette ai cittadini di ottenere consulenza, sia tecnica che giuridica. In senso orizzontale essa costituisce un luogo virtuale in cui vari soggetti (cittadini europei, gruppi di organizzatori, portatori di inte-

resse, organizzazioni non governative, esperti e altre istituzioni e organi dell'Unione) che lo desiderino possono confrontarsi sulle singole ICE attraverso lo scambio di informazioni e di *best practices*.

In secondo luogo, la Commissione è chiamata anche ad assumersi due ulteriori obblighi, che prima spettavano agli organizzatori di un'ICE.

Il primo, previsto all'art. 4.3, è quello di permettere agli organizzatori di gestire la loro iniziativa, per tutta la sua durata, attraverso un registro elettronico. Tale registro consiste in un sito web pubblico che consente il monitoraggio di tutte le iniziative dei cittadini europei, fornendo informazioni su ogni singola iniziativa, quali quelle relative al suo stato ed alle fonti di sostegno e di finanziamento dichiarate. Il registro è aggiornato regolarmente a cura della Commissione sulla base delle informazioni che provengono dagli organizzatori medesimi. Oltre a ciò nel sito web si trovano altresì informazioni complete sull'ICE in generale.

Il secondo, dettato dal quinto comma del medesimo articolo, consente agli organizzatori di trasferire gratuitamente le dichiarazioni di sostegno di un'iniziativa alle autorità nazionali competenti, secondo quanto previsto dall'art. 12 del regolamento, attraverso un servizio di *file sharing* predisposto appunto dalla Commissione²³.

Inoltre, sempre in materia di ICT, all'art. 18, viene chiarita e disciplinata la questione degli indirizzi di e-mail per l'invio di informazioni aggiornate relative all'ICE, da parte tanto degli organizzatori quanto della Commissione. In base a tale regolamentazione, la raccolta degli indirizzi di posta elettronica è facoltativa e richiede il consenso espresso da parte di chi presenta la dichiarazione di sostegno. Qualora siano raccolti contestualmente alla dichiarazione di sostegno, gli indirizzi di e-mail non possono far parte dei moduli di dichiarazione di sostegno, ma debbono essere trattati separatamente.

Infine, il consenso alla raccolta del proprio indirizzo di posta elettronica non può costituire una condizione per sostenere un'iniziativa da parte del cittadino europeo e di ciò si deve dare esplicita informazione ai potenziali firmatari.

Questo ampio ricorso alle ICT nell'ambito dell'iniziativa dei cittadini europei è stato ritenuto dalla dottrina come una conferma del fatto che oggi la tendenza principale nell'ambito della democratizzazione dell'Unione europea sia l'utilizzo di Internet e dei mezzi elettronici di comunicazione a distanza

²³Tali innovazioni sono state accolte con favore in dottrina, essendovi chi ha rilevato come tali innovazioni contribuiscano a “*extremar las obligaciones de la Comisión, exigiéndole que cambie sus pautas de comportamiento. La normativa actual está encaminada a que, en lugar de disuadir y obstaculizar, facilite la presentación de ICE en el ámbito de sus competencias, guiándose por lo que la jurisprudencia del TJUE denomina «principio de buena administración» aplicada a este instrumento*”; M.M. MARTIN MARTINEZ, *op. cit.* p. 855.

per promuovere il dibattito e mantenere i contatti con le istituzioni dell'Unione medesima²⁴.

6. Bilancio delle proposte dei cittadini europei presentate sino ad oggi

Per una valutazione completa dell'importanza effettiva delle ICT (ed *in primis* dei sistemi di raccolta elettronica delle dichiarazioni di sostegno) nella presentazione di proposte di atti legislativi da parte dei cittadini europei pare opportuno analizzare sinteticamente come sia stato utilizzato dai cittadini europei il potere loro concesso dall'art. 11, quarto comma TUE e quale sia stato l'esito finale delle richieste da loro avanzate alla Commissione ai sensi di tale ultimo articolo.

Il numero totale delle iniziative dei cittadini europei intraprese al momento è pari a 99²⁵. Di esse solo 6 hanno sino ad oggi avuto risposta. Le altre o sono fallite (20 sono state ritirate e 48 non hanno raccolto un numero sufficiente di adesioni) o la raccolta delle firme non è ancora terminata (in 10 casi la raccolta è ancora in corso, mentre in 5 deve ancora iniziare), oppure la Commissione non ha ancora risposto, non avendo iniziato (in 5 casi) o ultimato (in 2 casi) la verifica, ovvero pur avendola ultimata con esito positivo (in 3 casi) non ha elaborato una risposta. Infine, 23 iniziative dei cittadini europei non sono state registrate dalla Commissione, non ritenendo essa di possedere, alla luce delle disposizioni dei trattati UE, la competenza a presentare una proposta di atto legislativo dell'Unione nelle materie oggetto delle iniziative medesime.

Esaminando le sei iniziative cui la Commissione ha fornito risposta è possibile riscontrare che nella metà dei casi ha finalmente deciso di non raccogliere l'invito dei cittadini a presentare una proposta di atto legislativo dell'Unione, per diverse ragioni²⁶.

²⁴ Cfr. A. PAROL, *op. cit.*, p. 85.

²⁵ Tale dato, come quelli che seguono, si trova su Internet, sul sito dell'Unione europea, all'indirizzo: https://europa.eu/citizens-initiative/find-initiative_it.

²⁶ Nel primo caso, la proposta denominata "Uno di noi/*One of us*" (registrata nel 2012) aveva quale obiettivo la protezione giuridica della dignità, del diritto alla vita e dell'integrità di ogni essere umano fin dal concepimento nelle aree di competenza UE nelle quali tale protezione risultasse rilevante. Mirava a vietare e porre fine al finanziamento di attività presupponenti la distruzione di embrioni umani in particolare in tema di ricerca, aiuto allo sviluppo e sanità pubblica. Essa non è sfociata in un'iniziativa legislativa della Commissione in quanto quest'ultima ha ritenuto di non presentare una proposta legislativa, ritenendo che, avendo gli Stati membri ed il Parlamento europeo discusso e deciso recentemente la politica in merito, avessero adottato un sistema di finanziamento appropriato. Risultato analogo ha avuto la proposta "*Stop vivisection*" (anch'essa registrata nel 2012), con la quale i firmatari chiedevano alla Commissione di proporre un quadro legislativo volto a eliminare la sperimentazione animale nell'Unione Europea, abrogando la Direttiva 2010/63/UE sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici e a presentare una nuova proposta che abolisse l'uso della sperimentazione su animali, rendendo nel contempo obbligatorio, per la ricerca biomedica e tossicologica, l'uso di dati specifici per la specie umana. In tal caso la Commissione ha motivato

Negli altri tre casi, al contrario, la Commissione ha ritenuto di presentare una iniziativa legislativa che accogliesse la proposta dei cittadini europei. In uno di essi, la Commissione si è impegnata a presentarla entro la fine del 2023 al fine di eliminare gradualmente sino a vietare l'uso di sistemi di gabbie per tutti gli animali specificati nella proposta "*End the cage age*", registrata nel 2018 e volta a porre fine al trattamento di centinaia di milioni di animali d'allevamento che nell'Unione europea passano la maggior parte della loro esistenza in gabbia in condizioni di sofferenza.

Infine, in due casi essa ha già presentato una iniziativa di atto legislativo, raccogliendo una proposta dei cittadini europei²⁷.

Si tratta rispettivamente delle iniziative "*Right2Water*" -registrata nel 2012 e diretta a sancire il diritto umano universale all'acqua potabile e ai servizi igienico-sanitari (in conformità a quanto riconosciuto dalle Nazioni Unite), promuovendo l'erogazione di servizi idrici e igienico-sanitari in quanto servizi pubblici fondamentali per tutti²⁸- e dell'iniziativa volta a vietare il glifosfato e proteggere le persone e l'ambiente dai pesticidi tossici, riformando la procedura di approvazione dei pesticidi e fissando obiettivi di riduzione obbligatori per quanto riguarda l'uso dei pesticidi a livello di Unione.

In particolare, nel primo caso (*Right2Water*), la Commissione ha presentato sia una proposta di direttiva che una proposta di regolamento, entrambe concretizzate in atti legislativi. La prima, finalizzata a migliorare l'accesso all'acqua, assicurandolo in particolare ai gruppi più vulnerabili e marginali, ha portato all'adozione della Direttiva (UE) 2020/2184 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 concernente la qualità delle acque destinate al consumo umano, che abroga la Direttiva 98/83/CE sull'acqua potabile. La seconda è sfociata nel Regolamento (UE) 2020/741 del Parlamento

il suo rifiuto di prendere un'iniziativa legislativa nel senso indicato sostenendo che la Direttiva 2010/63/UE non doveva essere abrogata in quanto costituisce lo strumento legislativo adeguato per conseguire gli obiettivi di fondo dell'iniziativa dei cittadini europei (obiettivi peraltro condivisi dalla Commissione medesima) in quanto tale direttiva si pone quale obiettivo finale proprio la completa eliminazione della sperimentazione sugli animali, pur con un approccio graduale, giuridicamente vincolante, fondato sulla disponibilità di alternative che non prevedano l'uso di animali e quindi che tiene conto delle possibilità reali offerte dalla scienza. Infine, un'iniziativa volta a migliorare la protezione delle persone appartenenti a minoranze nazionali e linguistiche e rafforzare la diversità culturale e linguistica in seno all'Unione e denominata "*Minority safe pack – Un milione di firme per la diversità in Europa*", registrata nel 2017 non è stata trasformata dalla Commissione in una proposta di atto legislativo dell'Unione in quanto, pur condividendo gli obiettivi dell'iniziativa e rilevando come l'inclusione e il rispetto della ricca diversità culturale dell'Europa siano già una delle priorità e degli obiettivi della Commissione stessa, ha ritenuto che per raggiungere tali obiettivi sia sufficiente una piena attuazione della legislazione in vigore e delle politiche già in atto.

²⁷ Cfr. F. MARTINES, *ap. cit.*, pp. 214 ss. e la bibliografia ivi citata.

²⁸ Su tale iniziativa legislativa dei cittadini europei v. *inter alios* R. PALLADINO, *L' iniziativa legislativa dei cittadini dell'Unione europea alla sua prima prova: l'acqua come diritto umano universale, bene comune e di pubblica utilità*, in *Iura and Legal System*, 2014, pp. 14-33.

europeo e del Consiglio del 25 maggio 2020 recante prescrizioni minime per il riutilizzo dell'acqua.

Anche la proposta di iniziativa legislativa “Vietare il glifosfato e proteggere le persone e l'ambiente dai pesticidi tossici” ha dato origine ad un regolamento e ad una direttiva. Si tratta rispettivamente del Regolamento (UE) 2019/1381 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 relativo alla trasparenza e alla sostenibilità dell'analisi del rischio dell'Unione nella filiera alimentare e della Direttiva (UE) 2019/782 della Commissione del 15 maggio 2019 recante modifica della direttiva 2009/128/CE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda la definizione di indicatori di rischio armonizzati.

Il bilancio complessivo ad oggi dell'ICE non può certo essere considerato del tutto positivo.

Elemento centrale da prendere in considerazione per comprendere le ragioni di ciò è l'analisi del ruolo attribuito alla Commissione europea nell'ambito dell'iniziativa dei cittadini europei e quello da essa effettivamente svolto.

In altri termini, quel che rileva è la funzione attribuita alla Commissione dai Trattati nel processo legislativo dell'Unione e come essa interpreta tale ruolo.

Come noto, e come già illustrato *supra*, alla Commissione spetta un potere esclusivo di iniziativa in tale processo. Essa può pertanto agire *ex officio*. Ad altri, tuttavia, è attribuita la c.d. “iniziativa dell'iniziativa”: da sempre al Consiglio europeo²⁹ ed al Parlamento europeo³⁰ e da un'epoca recente (ovvero dall'ultima revisione dei Trattati) anche ai cittadini europei, secondo quanto disposto dall'art. 11/4 TUE.

In tutti questi casi, tuttavia, la Commissione gode di un potere discrezionale nel decidere sull'opportunità politica di presentare o meno una proposta di atto dell'Unione, avendo il solo obbligo di motivare le sue determinazioni, come dispongono espressamente l'art. 225 TFUE per quanto concerne le proposte del Parlamento europeo³¹, l'art. 241 in riferimento alle proposte del Consiglio³² e l'art. 15, secondo comma del Regolamento (UE) 2019/788 in relazione alle proposte dei cittadini europei³³.

²⁹ V. *ex plurimis* F. MARTINES, *ap. cit.*, pp. 145 ss. e la bibliografia ivi menzionata.

³⁰ *Ibid.*, pp. 155 ss. e la bibliografia ivi citata.

³¹ Art. 225 TFUE: “A maggioranza dei membri che lo compongono, il Parlamento europeo può chiedere alla Commissione di presentare adeguate proposte sulle questioni per le quali reputa necessaria l'elaborazione di un atto dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati. Se la Commissione non presenta una proposta, essa ne comunica le motivazioni al Parlamento europeo”.

³² Art. 241 TFUE: “Il Consiglio, deliberando a maggioranza semplice, può chiedere alla Commissione di procedere a tutti gli studi che esso ritiene opportuni ai fini del raggiungimento degli obiettivi

Qualora la Commissione decida di non attivarsi –ovvero di non presentare una proposta di atto legislativo raccogliendo l'iniziativa che proviene da altri– essa non può essere sanzionata. Mentre tuttavia il Parlamento europeo ed, in una certa misura, anche il Consiglio hanno strumenti di pressione nei confronti della Commissione medesima, così non è per i cittadini europei.

In virtù dell'art. 17, ottavo comma TUE, infatti, la Commissione è responsabile nei confronti del Parlamento europeo³⁴. Quest'ultimo è pertanto istituzionalmente dotato di poteri di controllo nei confronti della Commissione. Particolarmente incisivo è il potere di censura, utilizzando il quale il Parlamento europeo può, ai sensi dell'art. 234 TFUE, obbligare i membri della Commissione a dimettersi collettivamente dalle loro funzioni³⁵.

Il Consiglio, da parte sua, pur non avendo un potere di questo tipo svolge tuttavia, in virtù dell'art. 17, settimo comma TFUE, un ruolo di primo piano nella nomina della Commissione medesima, nella misura in cui propone, d'accordo con il già eletto presidente, i membri che completano la Commissione. L'intera Commissione deve peraltro essere approvata con voto favorevole dal Parlamento europeo, come precisa il medesimo articolo³⁶.

comuni e di sottoporli tutte le proposte del caso. Se la Commissione non presenta una proposta, ne comunica le motivazioni al Consiglio”.

³³ Art. 15 Regolamento n. 2019/788: “2. Entro sei mesi dalla pubblicazione dell'iniziativa ai sensi dell'articolo 14, paragrafo 1, e dopo l'audizione pubblica di cui all'articolo 14, paragrafo 2, la Commissione definisce in una comunicazione le sue conclusioni giuridiche e politiche relative all'iniziativa, l'azione che intende eventualmente intraprendere e i suoi motivi per intervenire o meno”.

³⁴ Art. 17 TUE: “8. La Commissione è responsabile collettivamente dinanzi al Parlamento europeo. Il Parlamento europeo può votare una mozione di censura della Commissione secondo le modalità di cui all'articolo 234 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Se tale mozione è adottata, i membri della Commissione si dimettono collettivamente dalle loro funzioni e l'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza si dimette dalle funzioni che esercita in seno alla Commissione”.

³⁵ Art. 234 TFUE: “Il Parlamento europeo, cui sia presentata una mozione di censura sull'operato della Commissione, non può pronunciarsi su tale mozione prima che siano trascorsi almeno tre giorni dal suo deposito e con scrutinio pubblico. Se la mozione di censura è approvata a maggioranza di due terzi dei voti espressi e a maggioranza dei membri che compongono il Parlamento europeo, i membri della Commissione si dimettono collettivamente dalle loro funzioni e l'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza si dimette dalle funzioni che esercita in seno alla Commissione. Essi rimangono in carica e continuano a curare gli affari di ordinaria amministrazione fino alla loro sostituzione conformemente all'articolo 17 del trattato sull'Unione europea. In questo caso, il mandato dei membri della Commissione nominati per sostituirli scade alla data in cui sarebbe scaduto il mandato dei membri della Commissione costretti a dimettersi collettivamente dalle loro funzioni”.

³⁶ Art. 17 TUE: “7. Tenuto conto delle elezioni del Parlamento europeo e dopo aver effettuato le consultazioni appropriate, il Consiglio europeo, deliberando a maggioranza qualificata, propone al Parlamento europeo un candidato alla carica di presidente della Commissione. Tale candidato è eletto dal Parlamento europeo a maggioranza dei membri che lo compongono. Se il candidato non ottiene la maggioranza, il Consiglio europeo, deliberando a maggioranza qualificata, propone entro un mese un nuovo candidato, che è eletto dal Parlamento europeo secondo la stessa procedura. Il Consiglio, di comune accordo con il presidente eletto, adotta l'elenco delle altre personalità che propone di nominare membri della Commissione. Dette personalità sono selezionate in base alle proposte presentate dagli Stati mem-

Ai cittadini europei, al contrario, i Trattati non riconoscono alcuna possibilità di incidere sulle scelte politiche della Commissione e di conseguenza il rischio che le loro proposte non vengano trasformate da quest'ultima in un'iniziativa legislativa è più elevato di quanto non sia per quelle provenienti dal Consiglio o dal Parlamento.

Questa discrezionalità politica della Commissione ha portato a dimezzare il numero di ICE che, avendo superato tutti gli ostacoli precedenti (numero di firme, registrazione, *etc.*), sono state effettivamente trasformate in vere e proprie proposte di atto legislativo dalla Commissione. In tre su sei casi, infatti, quest'ultima ha deciso di non procedere in tal senso.

Oltre a detta discrezionalità politica nei confronti dell'“iniziativa dell'iniziativa” proveniente dai cittadini europei la Commissione ha un ulteriore potere: ad essa è infatti attribuito dall'art. 6, terzo comma del Regolamento (UE) 2019/788 il compito di effettuare un controllo giuridico sulle proposte dei cittadini in sede di registrazione delle medesime. Può pertanto impedire che le proposte medesime si formino, cosa che peraltro è avvenuta in una percentuale importante di casi, avendo la Commissione rifiutato la registrazione in ben 23 occasioni su 97 ICE globali (o 77, se non si considerano quelle ritirate dagli organizzatori).

Il fatto che questa doppia responsabilità sia in capo al medesimo attore, ovvero la Commissione, ha suscitato più di una perplessità da parte della dottrina³⁷.

bri, conformément ai critères de cui al paragrafo 3, secondo comma e al paragrafo 5, secondo comma. Il presidente, l'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e gli altri membri della Commissione sono soggetti, collettivamente, ad un voto di approvazione del Parlamento europeo. In seguito a tale approvazione la Commissione è nominata dal Consiglio europeo, che delibera a maggioranza qualificata”.

³⁷ Vi è chi ha rilevato che: « *certaines critiques ont pu être émises quant à l'étendue des attributions conférés à La Commission... Avant même de l'adoption du règlement de 2011, la Commission elle même s'interrogeait sur l'opportunité de se voir attribuer des prérogatives trop vastes quant à l'appréciation de la recevabilité des ICE puis de leur éventuelle traduction en propositions législatives. Les craintes exprimées à l'époque n'ont pas été entendues par les colégislateurs, si bien que dans une résolution sur le sujet, adoptée en 2015, le Parlement européen préconisait lui aussi de ne pas faire peser la responsabilité à la fois de l'examen des conditions de recevabilité pour l'enregistrement des ICE et de leur éventuelle mise en œuvre pratique sur le même acteur. Les disposition du nouveau règlement apparaissent finalement assez claires... la Commission reste la seule autorité compétente pour évaluer la réunion des conditions de recevabilité des ICE présentées, et pour étudier, une fois cette première étape achevée, la possibilité de leur mise en œuvre. L'article 15 § 2 précise en effet que la Commission présente, dans une communication, ses conclusions juridiques et politiques sur l'initiative et l'action qu'elle compte, ou non, entreprendre. Cette dualité de responsabilités interroge, de même que la faculté, conservée par la Commission dans le cadre de la nouvelle procédure, d'étudier ou non les ICE ayant rempli les conditions de recevabilité et recueilli les soutiens nécessaires. Il est d'autant plus regrettable que le règlement n'impose pas à la Commission, dans ces cas de figure, de transformer les ICE en initiatives législatives que cette dernière n'est pas toujours aussi frileuse ou fermée à l'idée de tenir le plus grand compte des contributions des acteurs non institutionnels* » ; R. MEHDI, R. FOUCART, *Le règlement*

È ben vero che al contrario di quanto accade successivamente, e cioè quando una proposta si è perfezionata, la Commissione in questa fase non ha discrezionalità politica, in quanto il suo compito consiste nel verificare la sussistenza o meno delle condizioni giuridiche per la presentazione dell'iniziativa.

Mentre tuttavia alcune delle verifiche che la Commissione deve effettuare hanno un carattere meramente burocratico-formale, le altre presentano un margine di apprezzamento.

Nella prima categoria rientrano indubbiamente quelle di cui alle lettere a) e b) del suddetto art. 6, terzo comma e cioè rispettivamente il numero, l'età, la residenza degli organizzatori e la designazione delle persone di contatto da una parte e la creazione di un'apposita entità giuridica per la gestione dell'iniziativa e la regolarità del mandato ad agire del suo rappresentante dall'altra.

Di carattere meno "notarile" appare invece la verifica degli elementi menzionati alle lettere c), d) ed e). Sia il fatto che la proposta dei cittadini rientri in ogni sua parte nella competenza della Commissione di presentare iniziative legislative³⁸, che il fatto che il suo contenuto non sia né ingiurioso, né futile, né vessatorio, che infine la sua non manifesta contrarietà ai valori fondamentali dell'UE ed ai diritti di cui alla Carta dei diritti fondamentali implicano infatti un giudizio di valore.

Il modo in cui la Commissione ha esercitato questo (troppo) ampio potere attribuitole dal diritto UE in materia ha suscitato molte perplessità, non solo in dottrina³⁹, ma anche da parte degli stessi cittadini europei ed addirittura

(UE) n° 2019/788, *revalorisation ou simple rationalisation des procédures ?* in *Revue de l'Union européenne*, n. 649, 2021, p. 368. Altri hanno invece evidenziato che: « *Il s'agit d'un pouvoir très fort, qui marque une nette différence avec les procédures similaires existantes en droit national, où il est impossible de trouver un seul organe chargé d'évaluer l'admissibilité et de prendre des décisions à la suite de la proposition d'action populaire* »; S. PANIZZA, F. PACINI, *Les lois d'initiative populaire et l'initiative citoyenne européenne: l'échec de deux instruments indirects d'initiative populaire* in *Revue de l'Union européenne*, n. 649, 2021, pp. 346-347.

³⁸ Sulla verifica del fatto che la proposta dei cittadini rientri in ogni sua parte nella competenza della Commissione di presentare iniziative legislative v. quanto affermato dai giudici europei nelle sentenze: TUE 10 maggio 2016, causa T-529/13, *Izsák e Dabis c. Commissione*; CGUE 7 marzo 2019, causa C-420/16 P, *Izsák e Dabis c. Commissione*; TUE 10 novembre 2021, causa T-495/19, *Romania c. Commissione*; CGUE 20 gennaio 2022, causa C-899/19, *Romania c. Commissione*. In tali pronunzie è stato fra l'altro precisato che ai fini della registrazione di un'iniziativa la Commissione non è chiamata né ad accertare la sussistenza degli elementi fattuali invocati, né a verificare che le misure proposte siano proporzionate allo scopo, dovendosi limitare a valutare se l'iniziativa medesima possa essere adottata a partire dal fondamento normativo richiamato dai promotori. Tale interpretazione restringe il margine di apprezzamento della Commissione, la quale deve limitarsi a valutare se l'iniziativa dei cittadini rientra astrattamente nelle competenze dell'Unione, con una delibazione preliminare. Sul tema v. la nota di P. ZICCHITTO, *La svolta politica dell'iniziativa dei cittadini europei*, in *Quaderni costituzionali*, Fasc. 1, 2022, pp. 180-183.

³⁹ Vi è ad esempio chi parla senza mezzi termini di una « *Commission jalouse de ses prérogatives* » (cfr. R. MEHDI, R. FOUART, *op. cit.*, p. 368), mentre altri evidenziano e criticano atteggiamenti

delle altre istituzioni, che hanno spinto per modificare il regolamento del 2011 al fine di aumentare gli obblighi della Commissione per modificarne il comportamento⁴⁰.

Per quanto concerne nello specifico la reazione degli organizzatori di ICE, si rileva come l'azione della Commissione –o, *rectius*, il suo rifiuto di andare avanti trasformando la proposta dei cittadini europei in una iniziativa legislativa– abbia spinto questi ultimi a ricorrere alla Corte di giustizia in un certo numero di occasioni, il che ha peraltro permesso la creazione di una giurisprudenza specifica in materia.

I ricorsi hanno riguardato sia l'annullamento di decisioni della Commissione con cui essa aveva rifiutato di registrare una proposta di iniziativa (quando quindi essa ha esercitato un controllo di tipo giuridico) che l'annullamento della comunicazione della Commissione contenente la decisione di non intraprendere alcuna azione rispetto a una proposta di iniziativa registrata (quando essa ha utilizzato la sua discrezionalità politica).

I primi sono di gran lunga più numerosi, dato che in un solo caso è stato presentato ricorso di annullamento contro una comunicazione della Commissione contenente la decisione di non intraprendere alcuna azione rispetto a una proposta di iniziativa registrata.

In tale occasione con la sentenza del 23 aprile 2018 relativa alla causa *One of Us*⁴¹ il Tribunale dell'Unione europea ha invero deciso per la ricevibilità del ricorso di annullamento in quanto l'iniziativa registrata “*produce effetti giuridici obbligatori sugli interessi dei ricorrenti, modificando in misura rilevante la loro situazione giuridica*”⁴². Dopo aver precisato tale principio, tuttavia, il Tribunale medesimo ha ristretto la portata del proprio controllo, affermando di doversi limitarsi a verificare la sufficienza della motivazione e l'assenza di

ti specifici, quali “*el rechazo sistemático de la Comisión al registro parcial, basada en una interpretación muy estricta del test de legalidad, acompañada de una motivación insuficiente*” o ancora il fatto che la Commissione, pur conscia dei limiti del regolamento del 2011 non si sia attivata per modificarlo se non a seguito delle pressioni esercitate da altre istituzioni, che sono riuscite a vincere la sua ritrosia (cfr. M.M. MARTIN MARTINEZ, *op. cit.*, p. 854).

⁴⁰ “*la modificación del instrumento regulador fructificó gracias a la presión ejercida por otras instituciones. En concreto, la Defensora del Pueblo fue la primera en hacerse eco de la necesidad del cambio en 2013. A continuación, el Parlamento Europeo endosó su pretensión de una ICE más ágil y ambiciosa, acordando en 2015 instar la revisión de su regulación, petición a la que finalmente se sumaron el Comité de las Regiones y el Comité Económico y Social Europeo, pero que no obstante el Parlamento Europeo hubo de reiterar dos años más tarde. Esta unanimidad logró vencer la resistencia de la Comisión, quien en abril de 2017 abrió formalmente el proceso de reforma del Reglamento 211/2011*”; M.M. MARTIN MARTINEZ, *op. cit.*, p. 854.

⁴¹ TUE 23 aprile 2018, causa T-561/14, *European Citizens' Initiative One of Us e altri c. Commissione*. Il testo integrale di questa sentenza, come di tutte quelle citate nell'articolo, si trova (in tutte le lingue ufficiali dell'Unione) su Internet, *in primis* sul sito ufficiale della Corte <https://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it>

⁴² *Ibid.*, § 77.

errori manifesti di valutazione nella decisione della Commissione, alla luce dell'ampio potere discrezionale in materia di cui gode quest'ultima. Ha, di conseguenza, concluso respingendo il ricorso di annullamento.

La bontà di tale conclusione del Tribunale è stata successivamente riconosciuta dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. Essa, essendo stata investita della questione a seguito di impugnazione della suddetta sentenza del Tribunale l'ha respinta. Ha infatti ribadito che il controllo giudiziale sulla decisione della Commissione di non intraprendere alcuna iniziativa legislativa non dando alcun seguito ad una iniziativa dei cittadini europei registrata, pur potendo sussistere, ha comunque un carattere limitato nei termini indicati dal Tribunale. Ciò in virtù dell'ampio potere discrezionale della Commissione in materia⁴³.

Ben più numerose sono le fattispecie in cui il ricorso ha invece riguardato l'annullamento di decisioni della Commissione relative alla registrazione di proposte di iniziativa, sia quando essa aveva rifiutato di registrare una proposta di iniziativa (ed il ricorso era stato proposto da cittadini) che qualora, al contrario, aveva deciso di procedere alla registrazione dell'iniziativa dei cittadini europei (ed il ricorso era stato proposto da uno Stato membro). Sebbene nella maggioranza dei casi il ricorso sia stato respinto e la decisione della Commissione non sia stata annullata (e ciò tanto nei casi in cui la decisione della Commissione era stata negativa⁴⁴ quanto in quelli in cui era stata positiva⁴⁵), in alcune (invero poche) occasioni i giudici hanno adottato la soluzione opposta.

⁴³ CGUE 19 dicembre 2018, causa C-418/18, *Puppinck e altri c. Commissione*. Un sintetico commento su tale sentenza è quello di J. HIRY, *The European Citizens' Initiative: no real right of initiative but at least more significant than a petition to the Parliament?*, in *European Law Blog*, 5 febbraio 2020. Il contributo si trova su Internet, al seguente indirizzo: <https://europeanlawblog.eu/2020/02/05/the-european-citizens-initiative-no-real-right-of-initiative-but-at-least-more-significant-than-a-petition-to-the-parliament/>

⁴⁴ Così ha statuito il Tribunale dell'Unione nei seguenti casi: TUE 30 settembre 2015, causa T-450/12, *Anagnostakis c. Commissione*; TUE 19 aprile 2016, causa T-44/14, *Costantini c. Commissione*; TUE 10 maggio 2016, causa T-529/13, *Izsák e Dabis c. Commissione*; TUE 9 novembre 2022, causa T-158/21, *Citizens' Committee of the European Citizens' Initiative «Minority SafePack – one million signatures for diversity in Europe» c. Commissione*. Nei casi in cui le decisioni del Tribunale sono state impuginate, sinora non sono mai state annullate dalla Corte di giustizia: CGUE 12 settembre 2017, causa C-589/15 P, *Anagnostakis c. Commissione*; 7 marzo 2019, causa C-420/16 P, *Izsák e Dabis c. Commissione*. Anche la sentenza del Tribunale del 9 novembre 2022 nella causa T-158/21 è stata impugnata, ma al momento della redazione del presente contributo la CGUE non si è ancora pronunciata, essendo la causa pendente, col numero di ruolo C-26/23.

⁴⁵ Così ha statuito il Tribunale dell'Unione nei seguenti casi: TUE 24 settembre 2019, causa T-391/17, *Romania c. Commissione*; TUE 10 novembre 2021, causa T-495/19, *Romania c. Commissione*. Quest'ultima decisione del Tribunale, impugnata innanzi alla Corte di giustizia, è stata confermata da CGUE 20 gennaio 2022, causa C-899/19, *Romania c. Commissione*.

La prima è quella presa nella sentenza resa il 3 febbraio 2017, nel caso *Minority SafePack*⁴⁶. In tale decisione il Tribunale ha affermato il principio secondo cui il rifiuto da parte della Commissione di registrare una proposta di iniziativa dei cittadini europei deve essere adeguatamente motivato. Nel caso di specie, infatti, i giudici hanno proceduto ad annullare la decisione con cui la Commissione, in data 13 settembre 2013, aveva deciso di non registrare la proposta di iniziativa “*Minority SafePack*”, in quanto la motivazione di tale rifiuto era manifestamente insufficiente.

Analogamente il Tribunale ha proceduto all’annullamento della decisione con cui la Commissione aveva negato la registrazione dell’ICE volta a “Garantire la conformità della politica commerciale comune con i trattati dell’UE e con il diritto internazionale” per incompletezza della motivazione addotta dalla Commissione⁴⁷.

Tale giurisprudenza del Tribunale non ha certo portata rivoluzionaria, nella misura in cui l’obbligo di motivare gli atti giuridici adottati dalle istituzioni è un principio generale di diritto UE, cristallizzato nell’art. 296, secondo comma TFUE. L’obbligo specifico di motivare il rifiuto di registrare una proposta d’iniziativa dei cittadini ad opera della Commissione era peraltro espressamente imposto dall’art. 4, paragrafo 3, secondo comma, del Regolamento n. 211/2011⁴⁸, oggi abrogato (come già illustrato *supra*), ma ancora in vigore al momento dell’adozione da parte della Commissione della decisione di rifiuto impugnata. Il Tribunale UE pertanto nel caso di specie si limita a precisare che la motivazione del rifiuto deve essere sufficiente.

È interessante notare come sul punto la lettera del regolamento attualmente in vigore (ovvero il n. 2019/788) differisca da quella del Regolamento n. 211/2011 che ha abrogato, sostituendolo. La norma odierna, infatti, non prevede un obbligo generale di motivazione del rifiuto di registrazione ad opera della Commissione. Come già illustrato *supra* la Commissione, ai sensi dell’art. 6, paragrafo 3 del Regolamento n. 2019/788 per procedere alla registrazione dell’ICE deve verificare la presenza di cinque condizioni giuridiche. Dalla lettura del combinato disposto di tale paragrafo 3, ultimo comma e del successivo paragrafo 4 del medesimo art. 6 parrebbe potersi evincere che l’obbligo di motivazione sussiste solo quando la condizione che non è soddisfatta è quella di cui alla lettera c) del paragrafo 3, il quale impone che ogni parte

⁴⁶ TUE 3 febbraio 2017, causa T-646/13, *Bürgerausschuss für die Bürgerinitiative Minority SafePack – one million signatures for diversity in Europe c. Commissione*.

⁴⁷ TUE 12 maggio 2021, causa T-789/19, *Tom Moerenhout c. Commissione*.

⁴⁸ Art. 4 del Regolamento (UE) 211/2011: “3...Qualora rifiuti di registrare una proposta d’iniziativa dei cittadini, la Commissione informa gli organizzatori dei motivi di tale rifiuto e di tutti i possibili ricorsi giudiziari ed extragiudiziari a loro disposizione.”.

dell'iniziativa dei cittadini rientri nella competenza della Commissione di presentare una proposta legislativa.

Questa soluzione adottata dal legislatore europeo desta invero qualche perplessità, proprio alla luce di quanto affermato dal Tribunale UE nella summenzionata sentenza *Minority SafePack*. Non certo quando il rifiuto di registrare la proposta è dovuto all'assenza di certe condizioni, quali nello specifico quelle di cui alle lettere a) e b) del paragrafo 3): in tal caso, infatti, la motivazione del respingimento è *in re ipsa*, trattandosi di verifiche sulla sussistenza o meno di elementi di fatto a carattere oggettivo, quali il numero, l'età, la residenza degli organizzatori, la designazione delle persone di contatto, la creazione di un'apposita entità giuridica per la gestione dell'iniziativa e la regolarità del mandato ad agire del suo rappresentante. I dubbi sorgono invece quando la registrazione non è effettuata perché, secondo la Commissione, non sono soddisfatti i requisiti previsti alle lettere d) ed e) del medesimo paragrafo.

Il fatto che il contenuto dell'ICE sia o meno ingiurioso, o futile, o vessatorio ovvero contrario ai valori fondamentali dell'UE ed ai diritti di cui alla Carta dei diritti fondamentali implica infatti una valutazione di merito da parte della Commissione. Il principio di motivazione "sufficiente" affermato dal Tribunale nella sentenza relativa al summenzionato caso *Minority SafePack*, a parere di chi scrive, imporrebbe pertanto alla Commissione di entrare nel merito spiegando per quale motivo il contenuto dell'iniziativa non rispetta quanto imposto dalla norma.

Più interessante è un'altra sentenza di annullamento, ovvero quella con cui il Tribunale ha annullato la decisione della Commissione del 10 settembre 2014, che aveva rifiutato la registrazione della proposta di iniziativa "Stop TTIP", con la quale si invitava la Commissione a raccomandare al Consiglio di annullare la propria autorizzazione alla stessa Commissione ad avviare i negoziati con gli USA per la conclusione dell'accordo di Partenariato transatlantico per il commercio e gli investimenti (TTIP) e di non concludere l'Accordo economico e commerciale globale CETA con il Canada⁴⁹.

Questo in quanto i giudici di Lussemburgo precisano la portata dell'oggetto dell'iniziativa dei cittadini europei. In virtù dell'art. 6, paragrafo 3, lett. c) del Regolamento n. 2019/788 tale iniziativa deve infatti ricadere in ogni sua parte nella "competenza della Commissione di presentare una proposta di atto legislativo dell'Unione ai fini dell'applicazione dei trattati".

Nella fattispecie la Commissione, con la sua decisione di rifiutare la registrazione, aveva adottato un'interpretazione restrittiva di tale norma, nella

⁴⁹ TUE 10 maggio 2017, causa T-754/14, *Efler e a. c. Commissione*.

misura in cui la frase “atto legislativo dell’Unione” non ricomprenderebbe gli atti preparatori che non producono effetti nei confronti dei terzi.

Tale interpretazione non è tuttavia accolta dal Tribunale il quale, al contrario, evidenzia come “*il principio di democrazia, che... fa parte dei valori fondamentali su cui si poggia l’Unione, così come l’obiettivo perseguito specificamente dallo strumento dell’ICE, che consiste nel migliorare il funzionamento democratico dell’Unione attribuendo a qualunque cittadino un diritto generale a partecipare alla vita democratica... impongono di adottare un’interpretazione della nozione di atto giuridico che includa atti giuridici come la decisione di avvio di negoziati finalizzati alla conclusione di un accordo internazionale, che mira incontestabilmente a modificare l’ordinamento giuridico dell’Unione*”⁵⁰.

7. Considerazioni conclusive

I numeri relativi all’ICE enunciati nel paragrafo precedente dimostrano chiaramente come l’impatto delle proposte dei cittadini europei sull’elaborazione del diritto dell’Unione sia, tutto sommato, un impatto piuttosto ridotto. Dal 2009 (data in cui l’ICE è diventata possibile) ad oggi, ovvero in quasi quattordici anni, solo due proposte dei cittadini europei hanno dato vita ad atti legislativi di diritto UE. È un numero indubbiamente molto esiguo, soprattutto se confrontato col numero globale di ICE (pari, ad oggi, a 99).

Non sembra però di poter concludere che la ragione di tale risultato insoddisfacente sia dovuto *in primis* a problematiche legate all’uso delle ICT.

Al contrario, analizzando i numeri in modo più approfondito si riscontra come l’uso delle ICT possa favorire la presentazione di atti legislativi da parte dei cittadini europei.

Innanzitutto, quasi la metà delle iniziative dei cittadini europei (48 su 99) non sono state valide perché non hanno raggiunto il numero minimo di dichiarazioni di sostegno indicato nell’art. 3 del Regolamento n. 2019/788 nel termine di 12 mesi come specificato nell’art. 8 del regolamento medesimo ed un’altra quota importante (venti) è stata ritirata. Sebbene le ragioni dei ritiri siano varie, anche la difficoltà di raggiungere un sufficiente consenso ha giocato un ruolo.

Il fatto di poter raccogliere le dichiarazioni di sostegno oltre che in formato cartaceo anche in formato elettronico può evidentemente aiutare in modo significativo a ridurre il problema delle iniziative che non proseguono per insufficienti adesioni.

È ben vero che in una prima fase sono emerse certe problematiche connesse alla raccolta elettronica delle firme.

⁵⁰ *Ibid.*, punto 37.

La prassi ha infatti dimostrato che, quando si utilizza un sistema individuale di raccolta elettronica delle dichiarazioni di sostegno, possono sorgere rilevanti difficoltà per gli organizzatori nell'istituzione dei rispettivi sistemi di raccolta per via elettronica, come meglio illustrato *supra*, nel paragrafo 3.

Ciò ha addirittura comportato che la Commissione, per evitare che la proposta non potesse essere presentata per insufficiente numero di dichiarazioni di sostegno abbia esteso *de facto* la durata del periodo di raccolta dettata dall'art. 8, paragrafo 1 del Regolamento n. 2019/788, accettando firme apposte anche successivamente allo scadere dei 12 mesi come ivi previsto⁵¹, proprio *“a causa delle difficoltà che la maggior parte degli organizzatori ha incontrato in merito all'istituzione dei rispettivi sistemi di raccolta per via elettronica nella fase di varo dell'iniziativa dei cittadini europei”*⁵².

Le criticità sono però relative all'uso dei sistemi individuali di raccolta elettronica delle dichiarazioni di sostegno ed il problema è oramai superato: come meglio illustrato *supra*, nel paragrafo 4, il legislatore europeo ha ritenuto preferibile la creazione di un sistema centrale di raccolta elettronica che col Regolamento n. 2019/788 è stato affiancato ai sistemi individuali (che già esistevano nel vigore della precedente normativa) con l'obiettivo di sostituirsi integralmente ad essi. Come risulta infatti dall'art. 11, par. 7 del medesimo Regolamento n. 2019/788 per le iniziative registrate dall'inizio dell'anno corrente sarà possibile utilizzare solo il sistema centrale di raccolta, non potendosi più usufruire di quelli individuali⁵³.

Nel redigere la norma si è evidentemente preso atto delle difficoltà legate all'utilizzo dei sistemi individuali di raccolta elettronica delle dichiarazioni di sostegno concedendo tuttavia un periodo di tempo di tre anni (dal 1° gennaio 2020, data di entrata in vigore del Regolamento n. 2019/788 ai sensi del suo articolo 28, secondo comma al 31 dicembre 2022 come specificato appunto nel suo art. 11, paragrafo 7) in cui i due sistemi hanno coesistito.

D'altra parte, fermo restando quanto appena esposto in ordine alle criticità che presentano i sistemi di raccolta individuali, i vantaggi che presenta quello centrale rispetto a questi ultimi sono numerosi e rilevanti.

Fra di essi rilevano il fatto che: è gratuito, richiede una preparazione minima da parte degli organizzatori ed è pienamente accessibile alle persone con disabilità (mentre quelli individuali possono comportare costi, un carico

⁵¹ Cfr. COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE sull'Iniziativa dei cittadini europei "Uno di noi" del 28/5/2014, Allegato 1. COM(2014) 355 final. Il testo integrale di questa comunicazione si trova agevolmente su Internet, *in primis* sul sito ufficiale dell'UE: <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=it>

⁵² *Ibid.*, pag. 2.

⁵³ Art. 11 Regolamento n. 2019/788: *“Sistemi individuali di raccolta elettronica...7. Il presente articolo si applica soltanto alle iniziative registrate in conformità dell'articolo 6 entro il 31 dicembre 2022”*.

organizzativo rilevante e non è detto che abbiano lo stesso grado di accessibilità da parte delle persone con disabilità); non richiede alcuna approvazione (mentre quelli individuali debbono essere certificati secondo quanto disposto dall'art. 11, paragrafo 3 del Regolamento n. 2019/788⁵⁴); la raccolta delle dichiarazioni di sostegno può avere inizio anche dopo 10 giorni dalla data in cui gli organizzatori della raccolta delle dichiarazioni di sostegno hanno informato la Commissione della loro intenzione di dare inizio a tale raccolta, secondo quanto dispone l'art. 8, paragrafo 1, comma secondo del Regolamento n. 2019/788 (mentre quelli individuali non lo garantiscono, essendo la configurazione a carico degli organizzatori); infine, di particolare interesse nell'ambito di un contributo dedicato al ruolo delle ICT nella presentazione di proposte di atti legislativi da parte dei cittadini europei, sono la possibilità di utilizzare il sistema anche per contattare i sostenitori per e-mail, onde trasmettere loro comunicazioni sull'iniziativa e, limitatamente a certi Stati membri, l'uso da parte dei sostenitori dell'iniziativa dell'identità digitale per sottoscrivere l'iniziativa medesima.

Più in generale, come meglio illustrato *supra*, il Regolamento n. 2019/788 ha innovato rispetto al precedente Regolamento n. 211/2011 spinto dall'idea di fondo che l'ICE avrebbe funzionato meglio se vi fossero state maggiori trasparenza ed accessibilità. Per garantire tali maggiori trasparenza ed accessibilità il regolamento ha fatto ricorso ad un maggior uso di ICT.

Inoltre, se il comportamento generale della Commissione europea nei confronti dell'iniziativa dei cittadini europei non è stato esente da critiche, come meglio illustrato nel precedente paragrafo, per quanto concerne nello specifico l'utilizzo delle ICT nella presentazione di proposte di atti legislativi da parte dei cittadini europei essa ha mostrato, al contrario, un chiaro *favor* non solo adempiendo puntualmente alle obbligazioni che le sono state imposte dal diritto dell'Unione, ma andando oltre.

La Commissione ha infatti giocato un importante ruolo nel cercare di favorire al massimo l'utilizzo delle ICT nell'ambito dell'iniziativa dei cittadini, agevolando il compito degli organizzatori. In esecuzione di quanto previsto dai regolamenti, essa ha prima sviluppato e messo a disposizione dei cittadini gratuitamente un *software* con codice sorgente aperto e dotato di tutte le ne-

⁵⁴ Art. 11 Regolamento n. 2019/788: "3. Dopo la registrazione dell'iniziativa e prima dell'inizio del periodo di raccolta, e fatti salvi i poteri delle autorità nazionali di controllo in conformità del capo VI del regolamento (UE) 2016/679, il gruppo di organizzatori chiede all'autorità competente dello Stato membro nel quale sono archiviati i dati raccolti attraverso il sistema individuale di raccolta elettronica di certificare che tale sistema sia conforme ai requisiti di cui al paragrafo 4 del presente articolo. Se il sistema individuale di raccolta elettronica soddisfa i requisiti di cui al paragrafo 4 del presente articolo, l'autorità competente rilascia un certificato in tal senso conformemente al modello di cui all'allegato IV entro un mese dalla richiesta. Il gruppo di organizzatori pubblica copia di tale certificato nel sito web utilizzato per il sistema individuale di raccolta elettronica".

cessarie caratteristiche tecniche e di sicurezza; successivamente ha permesso di collocare gratuitamente sui propri *server* i sistemi individuali di raccolta elettronica delle dichiarazioni di sostegno onde ovviare alla difficoltà riscontrata dai cittadini di trovare fornitori di *server* idonei a prezzi accettabili; infine ha creato il sistema centrale di raccolta elettronica, conforme alle regole sulla sicurezza dei suoi sistemi di comunicazione ed informazione ed ha istituito il “Forum dell'iniziativa dei cittadini europei”, piattaforma collaborativa online gratuita.

La Commissione non si è però limitata ad eseguire le obbligazioni dettate dai regolamenti in materia. Oltre a ciò, ha favorito l'uso delle ICT nella presentazione di proposte di atti legislativi da parte dei cittadini europei adottando un approccio pragmatico e funzionale nell'applicazione delle norme giuridiche. Ciò è avvenuto quando, dopo aver permesso di collocare sui propri *server* i sistemi individuali di raccolta elettronica ha accettato di registrare ben quattro iniziative dei cittadini che erano state già registrate ma successivamente ritirate nel periodo in cui gli organizzatori incontravano difficoltà a trovare *server* adeguati e a prezzi accessibili su cui installare il *software* ed archiviare i dati raccolti, nonostante i dubbi espressi dalla dottrina in ordine alla stretta legittimità di tale soluzione⁵⁵.

Un altro esempio in tal senso è il caso menzionato *supra* in cui la Commissione ha deciso di accettare dichiarazioni di sostegno effettuate dopo lo scadere del termine di dodici mesi espressamente previsto dal Regolamento n. 2019/788 per permettere alla proposta di raccogliere il numero di sottoscrizioni necessarie alla sua presentazione nonostante le difficoltà legate alla predisposizione dei sistemi individuali di raccolta elettronica.

È ben vero che l'opportunità concessa con l'ICE non è sfruttata appieno, in quanto per i motivi illustrati *supra* è assai ridotto non solo il numero di proposte dei cittadini che la Commissione ha ritenuto di trasformare in iniziativa legislativa (solamente tre dalla data in cui esiste la possibilità, ovvero tre in più di tredici anni, di cui peraltro solo due già sfociate in veri e propri atti giuridici, mentre nel terzo caso vi è un impegno della Commissione a presentare l'iniziativa entro la fine del corrente anno), ma finanche quelle cui la Commissione ha dato risposta, che sono solo sei sul numero totale delle iniziative intraprese in questi tredici anni, che è pari (ad oggi) a novantanove.

Una percentuale di poco superiore al 2% (se consideriamo le proposte dei cittadini trasformatesi in atti legislativi) o al 3% (se conteggiamo quelle per cui la Commissione si è impegnata a presentare un'iniziativa legislativa) o al 6% (con riferimento a quelle cui la Commissione ha risposto, positivamente o

⁵⁵ Cfr. M. DOUGAN, *What are We to make of the Citizens' Initiative?*, in *Common Market Law Review*, n. 48, 2011, p. 1841.

negativamente) non può certo soddisfare e si potrebbe essere tentati di concludere negativamente, considerando fallito l'esperimento.

Un altro dato che preoccupa è che praticamente la metà delle iniziative non sono riuscite a raggiungere il numero minimo di dichiarazioni di sostegno nel tempo concesso ed un'altra percentuale rilevante (20 su 99) sono state ritirate. In dottrina vi è chi ha ritenuto che ciò sia dovuto anche a problemi legati all'uso delle ICT, in particolare a causa dell'insufficiente capacità degli organizzatori di utilizzare in maniera adeguata gli strumenti elettronici e la difficoltà di utilizzare il sistema centrale di raccolta elettronica delle dichiarazioni di sostegno per realizzare una campagna *on-line*⁵⁶.

È tuttavia indubbio che un processo virtuoso abbia comunque avuto inizio: sono oggi presenti casi (seppur non numerosi) in cui iniziative dei cittadini europei, concretizzatesi grazie all'uso delle ICT (e nello specifico mediante la raccolta delle iniziative di sostegno attraverso sistemi di raccolta elettronici), sono sfociate in atti legislativi dell'Unione, contribuendo così in maniera concreta all'elaborazione del diritto UE.

Pur avendo doverosamente evidenziato gli aspetti problematici della materia, pare potersi concludere che, in ogni caso, la possibilità concessa dal diritto UE di utilizzare dei sistemi di raccolta elettronica delle dichiarazioni di sostegno alle iniziative dei cittadini europei di invitare la Commissione europea a presentare una proposta di atto legislativo dell'Unione europea costituisca un eccellente esempio di come i cittadini e la società civile possano partecipare -ed abbiano effettivamente partecipato- all'elaborazione del diritto dell'Unione, anche attraverso piattaforme digitali destinate a questo fine e come proprio l'uso delle ICT possa giocare un ruolo importante nel favorire tale partecipazione, aiutando a superare gli ostacoli che esistono (come, nel caso specifico dell'iniziativa dei cittadini europei il fatto di dover raccogliere un numero rilevante di dichiarazioni di sostegno in molti Stati membri diversi ed in un tempo limitato).

D'altra parte, i vantaggi procedurali della partecipazione elettronica sono indiscutibili: come risulta dai dati ufficiali pubblicati dalla Commissione, già nei primi tre anni dell'ICE più del 50% delle dichiarazioni di sostegno erano state raccolte online (circa il 55%)⁵⁷. Questo dato è riferibile al primo periodo, in cui *in primis* il sistema di raccolta presentava tutti i difetti meglio descritti *supra*. Come già detto, le istituzioni dell'Unione sono intervenute per correg-

⁵⁶ Cfr. E. LONGO, *op. cit.*, p. 189. L'A. precisa inoltre che: "While the ECI relies mostly on an e-participatory framework, and increases discussions on topics related to the EU, it also raises a problem of coordination between the role of civil society and the possibility of individuals and European institutions using the web as a way of inducing vast numbers of EU citizens to give their support to initiatives".

⁵⁷ *Ibid.*

gere tali problemi, sia agendo nei limiti dettati dal primo Regolamento (ossia il n. 211/2011) che adottando il nuovo Regolamento 2019/788, attualmente in vigore. In secondo luogo, la capacità media dei cittadini europei di servirsi delle ICT era indubbiamente inferiore a quella attuale, anche per ragioni di ricambio generazionale. Alla luce di ciò pare agevole comprendere quale sia l'importanza di aver affiancato la possibilità di raccogliere le dichiarazioni di sostegno mediante sistemi di raccolta elettronica a quella, tradizionale, su carta.

Più in generale, a seguito dell'adozione del Regolamento 2019/788 è stato esteso l'uso delle ICT nell'ambito della iniziativa dei cittadini europei e, oltre a migliorare e razionalizzare il loro utilizzo per quanto concerne la raccolta delle dichiarazioni di sostegno se ne è previsto un ruolo anche per quanto concerne l'informazione ed il sostegno ai cittadini europei interessati alla presentazione di un ICE, con l'idea guida di una maggior trasparenza ed accessibilità al fine di facilitare il compito dei cittadini medesimi.

IL CONTROLLO DELL'INTERESSATO E LA STRATEGIA EUROPEA SUI DATI*

DIANORA POLETTI**

Sommario

1. Il diritto al controllo del *data subject* nel quadro attuale. – 2. Lo scenario europeo e la trasformazione digitale. – 3. Il controllo dell'interessato e il *Data Governance Act*. – 4. Il controllo dell'interessato e il *Data Act*. – 5. Il recupero del diritto al controllo attraverso strumenti tecnologici. - 6. Muoversi nella complessità.

Abstract

The paper analyzes the destiny of the data subject's fundamental right to control in a context that has deeply changed since the enactment of Reg. 2016/679, in which Europe has laid the pillars of the European Data Strategy, focusing on data sharing and information reuse.

The effectiveness of this right is severely challenged by an ecosystem in which the constant circulation of data among different operators makes the data subject lose the ability to detect those who are really performing the processing activity.

Within this framework, the purpose of the scholar is to analyze the ways in which the most recent European regulatory interventions (the Data Governance Act and the Data Act) mean to guarantee this right, and to investigate the use of technologies - artificial intelligence included - in support of its exercise.

Suggerimento di citazione

D. POLETTI, *Il controllo dell'interessato e la strategia europea sui dati*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2023. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Contributo realizzato nell'ambito del Progetto PRIN 2017 "Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law" (SE.CO.R.E TECH), Unità di Pisa.

** Consigliera della Corte di Cassazione, già Professoressa ordinaria di Diritto Privato nell'Università di Pisa.

Contatto: dianora.poletti@giustizia.it

1. Il diritto al controllo del *data subject* nel quadro attuale

Il diritto al controllo sui propri dati non costituisce soltanto un diritto fondamentale dell'interessato (il *data subject*, nel linguaggio del reg. UE 2016/679), principio-cardine che ha segnato il passaggio dalla statica tutela della *privacy*, costruita sui poteri di esclusione altrui dalla propria sfera privata, alla dinamica protezione dei dati personali, ma si traduce in un potere di controllo sui detentori delle informazioni¹.

Riflettere sull'effettività di questo diritto nella “data society”² attuale, in cui i detentori delle informazioni non sono più – o solo – i pubblici poteri, ma i nuovi “poteri privati”³ rappresentati dalle *very large platforms*, significa riflettere sul senso del concetto di cittadinanza digitale, sui fondamenti propri della economia *data-driven*, sul mutato rapporto tra dimensione privata e sfera pubblica, prendendo atto del nuovo volto assunto dalla protezione dei dati personali.

In primo luogo è variato l'*humus* della produzione dei dati. Da tempo superata è la configurazione di un rapporto circolare tra *data subject* e *data controller* che riguarda dati forniti “una volta tanto” e, per così dire, affidati dal primo al secondo. La connessione dei dispositivi in rete propria dell'*Internet of Things* rende ogni persona fisica produttore continuo di dati e inserisce le sue informazioni in flussi, nei quali i dati personali si mescolano ad altri dati (non personali, anonimi, ma anche dati misti, dati grezzi, dati inferiti, dati estratti e lavorati con le tecniche di data analisi), dando luogo a complessi reticoli di dati che richiedono l'interoperabilità dei sistemi, la quale a sua volta si coniuga con lo strumento del GDPR più proiettato al futuro: il diritto alla portabilità.

L'effettività del diritto al controllo è poi messa in forte crisi da un ecosistema nel quale l'informativa si inserisce all'interno di *policies* complesse e oscure, unilateralmente predisposte per disciplinare anche il servizio prestato, il consenso continua a perdere la sua efficacia, essendosi rivelato presto un'arma spuntata sia per l'indifferenza con cui lo stesso è rilasciato sia per la sostanziale non negoziabilità del trattamento dei dati, la circolazione successiva dei dati (dal primo titolare ad altri operatori) fa perdere all'interessato la possibilità di conoscere quali soggetti stiano compiendo attività di trattamento.

¹ S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 19 ss.

² F. FAINI, *Data society. Governo dei dati e tutela dei diritti nell'era digitale*, Milano, 2019.

³ P. STANZIONE (a cura di), *I “poteri privati” delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Torino, 2022; e sia consentito il rinvio a D. POLETTI, *A proposito di fonti nell’ecosistema digitale*, in F. RICCI (a cura di), *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, Milano, 2018, 348. In argomento, in prospettiva civilistica più generale, P. SIRENA, A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, RomaTre-Press, 2018.

Ma, soprattutto, l'indirizzo politico espresso in questo torno di anni dall'Unione Europea ha collocato in un nuovo retroterra il fondamentale diritto alla protezione dei dati e dunque anche il suo braccio operativo del diritto al controllo.

Ogni tentativo di muovere alcune considerazioni sul tema non può quindi prescindere dalla comprensione dello scenario complesso in cui si inseriscono oggi i diritti dell'interessato, come tracciato dai recenti interventi dell'Unione Europea, la cui politica segue percorsi molto nitidi ed espressamente dichiarati, che sottendono almeno due ordini di ragioni.

La prima ragione è quella di fare crescere l'economia *data driven* dettando regole uniformi, posto che l'incertezza giuridica legata alla frammentarietà del quadro normativo rappresenta un ostacolo all'accesso e alla possibilità di sfruttamento dei dati, che dovrebbe favorire soprattutto lo sviluppo delle piccole e medie imprese europee operanti nel settore.

La seconda ragione è quella di realizzare una *governance* generale "made in EU", atta a contrastare sia il modello mercantile nordamericano sia il modello governativo cinese. La costruzione di un *Digital Single Market* basato sul rispetto dei diritti fondamentali e dei valori della cultura europea (è questa la scommessa in essere) renderà lo spazio digitale europeo più sicuro e più attrattivo nei confronti di investitori di altre parti del pianeta, spinti dalla possibilità di operare in un mercato protetto e più affidabile per tutti i cittadini. Non è un caso che di recente l'Unione abbia ritenuto importante procedere ad adottare la Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali⁴, chiaro atto politico di valorizzazione e difesa dei valori personalistici, solidaristici ed inclusivi, per rivendicare la sua primazia sul piano normativo, dopo che il dilagare della pandemia ha rivelato un impressionante divario tecnologico con le altre potenze globali.

2. Lo scenario europeo e la trasformazione digitale

Proprio in forza di queste linee politiche, dal finire dello scorso decennio nell'Unione Europea l'attenzione alla disciplina dei dati nell'ambito dell'economia digitale ha subito un deciso mutamento. Mentre negli anni precedenti, sulla base di una normativa storicamente assestata, generata dalla direttiva-madre 95/46/CE, l'attenzione alla regolazione dei dati è stata tutta incentrata sulla protezione dei dati personali come diritto fondamentale della persona, tanto che il reg. 2018/1807 ha disciplinato la libera circolazione dei dati non personali definendoli in negativo, per esclusione da quelli personali, con la spinta alla trasformazione digitale l'Unione Europea ha cominciato a

⁴ P. DE PASQUALE, *Verso una Carta dei diritti digitali (fondamentali) dell'Unione Europea?*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2022, 1 ss.

considerare la regolazione dei dati, intesi come “qualsiasi rappresentazione digitale di atti, fatti o informazioni e qualsiasi raccolta di tali atti, fatti o informazioni, anche sotto forma di registrazione sonora, visiva o audiovisiva” (art. 2.1 reg. 2022/868, c.d. *Data Governance Act*) quale strumento per consolidare il suo ruolo e soprattutto per tornare a competere su scala mondiale con gli ecosistemi oggi dominanti.

Nella comunicazione al Parlamento del 19 febbraio 2020 («Strategia europea per i dati»), la Commissione ha descritto la sua visione di uno spazio comune europeo di dati: “... un autentico mercato unico di dati, aperto ai dati provenienti da tutto il mondo, nel quale sia i dati personali sia quelli non personali, compresi i dati commerciali sensibili, siano sicuri e le imprese abbiano facilmente accesso a una quantità pressoché infinita di dati industriali di elevata qualità, che stimolino la crescita e creino valore”.

Il fondamentale passo per la costruzione di questo “autentico mercato” postula l’impiego di regole relative alla libera circolazione di questi dati, al loro riuso e alla loro condivisione, che devono conciliarsi con il quadro regolatorio relativo ai diritti fondamentali, primi fra i quali quello alla protezione dei dati personali; con la tutela dei consumatori e di quanti utilizzano i servizi della società digitale rispetto all’uso dei dati che essi concorrono a generare attraverso la loro attività in rete; con regole che assicurino un ordinato svolgimento del mercato, indirizzando l’attività degli operatori in esso presenti⁵.

Questo mercato ha infatti i suoi attori. Il *Digital Services Act* mira a fare entrare (o a fare sopravvivere) in esso le piccole e medie imprese del settore⁶, creando le condizioni, attraverso una serie di obblighi posti in capo ai *gatekeepers* che sostanzialmente ne governano l’accesso, per un mercato europeo più armonizzato, tramite il contrasto agli abusi delle *Big Platforms*, nell’intento di rendere così l’Unione europea il faro globale nella regolazione del *web* rispetto ai poteri americano e cinese, allo stesso modo di quanto è accaduto per i dati personali.

Contemporaneamente, sul più specifico versante della disciplina dei dati, si affolla il *parterre* di quelli che potrebbero essere definiti i soggetti del trattamento: nel reg. UE 2022/868 sono comparsi gli intermediari dei dati⁷, i “data holders” (titolari dei dati), ossia le persone giuridiche o le persona fisiche diverse dal *data subject* che, conformemente al diritto dell’Unione o nazionale applicabile, hanno il diritto (o l’obbligo) di concedere l’accesso a de-

⁵ Sulla tematica v. ora A. MORACE PINELLI (a cura di), *La circolazione dei dati personali: persona, contratto, mercato*, Pisa, 2023.

⁶ Secondo le stime della Commissione, in Europa esistono 10.000 piattaforme, delle quali il 90% sono piccole e medie imprese.

⁷ Sul tema, di fronte alla primitiva formulazione della proposta di DGA, F. BRAVO, *Intermediari di dati e servizi di Data Sharing dal GDPR al DGA*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2021, 199 ss.

terminati dati personali o dati non personali o di condividerli con i “data users” (utenti dei dati), ossia le persone fisiche o giuridiche che hanno “accesso legittimo a determinati dati personali o non personali e che ha(nno) diritto, anche a norma del regolamento (UE) 2016/679 in caso di dati personali, a utilizzare tali dati a fini commerciali o non commerciali”.

L’ingresso dell’interessato nel mercato dei dati, come fornitore di parte della materia prima, lo trasforma in interessato-consumatore, con i diritti connessi, mentre le imprese che operano al suo interno devono sottostare ai requisiti di trasparenza propri di una corretta concorrenza, che intende evitare gli abusi di posizione dominante: la normativa sulla protezione dei dati si intreccia in questo modo con la disciplina consumeristica e con la disciplina sulle pratiche commerciali sleali, dando luogo ad una prospettiva di tutela multilivello o a un approccio integrato⁸.

Posto che l’esigenza è quella di fare crescere l’economia digitale e di approntare “*a Europe fit for the digital age*”, le parole d’ordine sono di conseguenza cambiate: se l’art.1.3 del GDPR già poneva la protezione dei dati a confronto con l’esigenza della loro circolazione, l’accento si fa più marcato su quest’ultima e soprattutto si definisce il modello del riuso e della condivisione, sia tra soggetti pubblici, sia tra imprese e tra imprese e consumatori⁹.

Tutte queste situazioni incidono inevitabilmente sull’esercizio del controllo dell’interessato. Può dunque essere utile un’indagine che verifichi se e come questo fondamentale diritto sia preso in considerazione dai recenti atti legislativi dell’Unione, per verificare ciò che resta del diritto al controllo nella società della sorveglianza e nello sfruttamento intensivo dei dati con le tecniche di *data analytics*.

3. Il controllo dell’interessato e il *Data Governance Act*

Il reg. UE 2022/868, che disciplina l’accesso ai dati del settore pubblico e introduce meccanismi di incentivazione alla condivisione dei dati detenuti da

⁸ L’esigenza di “garantire ‘tutele multilivello’ che possano amplificare il livello di garanzia delle persone fisiche, anche quando un diritto personalissimo sia ‘sfruttato’ a fini commerciali, indipendentemente dalla volontà dell’interessato-utente-consumatore” è stata evidenziata dal Consiglio di Stato con la decisione del 29.03.2021, n. 2631 (in *Diritto di Internet*, 2021, 547, con commento critico di G. SCORZA, *Facebook non è gratis?*). Per l’espressione “approccio integrato” v. D. POLETTI, *The regulatory framework for current technological challenges: some methodological considerations*, in G. FINOCCHIARO, L. BALESTRA, M. TIMOTEO (a cura di), *Major Legal Trends in the Digital Economy. The Approach of the EU, the US and China*, Bologna, 2022, 243.

⁹ G. RESTA, *Pubblico, privato, collettivo nel sistema europeo di governo dei dati*, in G. RESTA-V. ZENO ZENCOVICH, *Governance of /trough Big Data*, RomaTre Press, 2023, 607-608, compara il nuovo modello europeo all’originario modello “unipolare”, che ha visto in posizione culturalmente egemone il compendio normativo concernente il trattamento dei dati personali e con un ruolo minore le discipline relative, ad esempio, al riutilizzo delle informazioni nel settore pubblico o alla proprietà intellettuale.

soggetti privati, costituisce uno dei pilastri fondamentali del sistema europeo di governo dei dati.

Tralasciando in questa sede le norme del regolamento dedicate al riutilizzo dei dati dei soggetti pubblici, tra gli obiettivi dichiarati dallo stesso si rinviene un quadro di notifica e controllo per la fornitura di servizi di intermediazione dei dati, posto che lo stesso si propone di disciplinare l'attività degli intermediari dei dati, ossia dei fornitori di servizi di condivisione dei dati personali, il cui ruolo viene considerato essenziale dall'UE. In particolare, il capo III del regolamento comprende nel suo ambito di applicazione proprio i fornitori di servizi di intermediazione tra un numero indefinito di persone interessate e un numero indefinito di potenziali utenti dei dati. Il target regolativo prescelto sembra essere proprio quello dei 'data marketplaces', ossia i fornitori di servizi di intermediazione il cui obiettivo principale è la creazione di un rapporto commerciale, giuridico e potenzialmente anche tecnico tra i due lati del mercato e la prestazione di assistenza ad entrambe le parti nelle reciproche transazioni di *asset* di dati.

Il DGA intende dunque regolare l'attività dei *data holders* e dei *data users* introducendo meccanismi di controllo, come un sistema di notifica obbligatorio all'autorità competente nazionale e una serie di obblighi e requisiti posti in capo ai fornitori di servizi di condivisione di dati, volti a scongiurare un uso improprio dei dati trattati e a delineare il loro ruolo neutrale rispetto ai dati scambiati tra gli utenti e la loro posizione indipendente tanto dai "titolari dei dati" quanto dagli "utenti" degli stessi, realizzando una separazione anche strutturale del modello organizzativo dell'attività di impresa.

Trapela però dal regolamento anche un orizzonte differente, che appare di sicuro rilievo per il controllo dell'interessato, perché agli intermediari dei dati è attribuito pure il compito di supportare gli interessati nell'esercizio dei loro diritti in relazione ai dati personali. Una categoria specifica di fornitori di servizi di intermediazione dei dati comprende proprio i fornitori che offrono i loro servizi agli interessati. Tali fornitori di servizi di intermediazione dei dati mirano a rafforzare la capacità di agire degli interessati e, in particolare, il controllo dei singoli individui in merito ai dati che li riguardano attraverso attività di tipo consulenziale.

Questo è evidente nel punto del regolamento in cui si prevede che i fornitori di servizi di intermediazione possano assumere anche la veste di cooperative di dati, le quali dovrebbero mirare a rafforzare la posizione dei singoli individui affinché compiano scelte informate prima di acconsentire all'utilizzo dei dati personali. Si legge nel regolamento, con una accentuazione rispetto alla versione ultima della proposta, che l'attività delle cooperative si dirige ad aiutare i propri membri nell'esercizio dei loro diritti in relazione a determinati dati, anche per quanto riguarda il compimento di scelte informate prima di

acconsentire al trattamento dei dati, di procedere a uno scambio di opinioni sulle finalità e sulle condizioni del trattamento dei dati che rappresenterebbero al meglio gli interessi dei propri membri in relazione ai loro dati, o di negoziare i termini e le condizioni per il trattamento dei dati per conto dei membri prima di concedere l'autorizzazione al trattamento dei dati non personali o prima che essi diano il loro consenso al trattamento dei dati personali.

Le nuove norme rimediano alla constatata debolezza dell'interessato nell'esercizio del suo diritto al controllo (ma anche della piccola impresa in relazione ai dati che la riguardano), che abbisogna di essere supportato (o anche sostituito in questa attività) da soggetti che perseguono finalità non egoistiche. Non vi è dubbio che a questi intermediari possa essere attribuita la gestione dei diritti dell'interessato riconosciuti dal GDPR, dal diritto di accesso alla rettifica, alla cancellazione, alla limitazione del trattamento e alla portabilità dei dati, che si dichiarano “non rinunziabili”.

Emerge con decisione, di fronte al *data subject* sempre più solo davanti agli operatori del mercato dei dati, la prospettiva dell'esercizio delegabile dei diritti e la configurazione di un rapporto gestorio e fiduciario tutto da costruire (ben oltre la figura del mandatario già noto per la gestione l'eredità digitale previsto dall'art. 2 *terdecies* del codice della privacy). Si deve ricordare al riguardo l'art. 80 del GDPR, secondo la quale la tutela dei diritti dell'interessato può essere reclamata da un ente legittimato, pure in assenza di un mandato a tal fine, ma anche l'art. 13 della prima legge italiana in materia (la l. n. 675/1996), che già prevedeva (con una scelta poi lasciata impropriamente cadere negli aggiustamenti successivi) che, nell'esercizio dei diritti (incluso quello, strumentale agli altri, del controllo) l'interessato potesse conferire, per iscritto, delega o procura a persone fisiche o ad associazioni¹⁰.

4. Il controllo dell'interessato e il *Data Act*

Il *Data Act* (presentato nel febbraio 2022 e anch'esso approvato dal Parlamento a marzo scorso) completerà la strategia europea per i dati, rendendo disponibile per l'uso un maggior quantitativo di dati e stabilendo norme su chi può utilizzarli e accedervi e per quali scopi in tutti i settori economici dell'Unione: la legge europea sui dati si propone infatti di regolare i diritti e gli obblighi relativi ai dati generati dall'uso dei prodotti connessi e dei servizi correlati, applicandosi sia ai dati personali sia a quelli non personali. Nel mercato dei dati rientreranno così i maggiori fornitori di questa mercanzia: i produttori di dispositivi connessi e i fornitori di servizi correlati.

Il *data subject* – almeno così pare, ad una prima lettura del testo – è beneficiario di una serie di obblighi che vengono posti in capo ai *data holders*.

¹⁰ Interessanti rilievi, in proposito, in Resta, *op. cit.*, 625.

Quando vengono trattati dati personali, il *data holder* è considerato un responsabile del trattamento e deve fornire informazioni sui dati che saranno generati quando si utilizza il prodotto o il servizio compresa la natura, il volume dei dati e a chi e come l'utente può richiedere che questi dati siano condivisi con una terza parte. Il *data subject* può anche coincidere con il “data user”, considerando che nella nozione di *data user* è compresa la persona fisica che possiede, noleggia o prende in leasing un prodotto o riceve un servizio (come per esempio la persona fisica utilizzatore di *smart assistant* o di prodotti domotici).

Nel contesto del governo della congerie di dati derivanti dai prodotti connessi, il controllo dell'interessato è supportato dalle informazioni che fino ad oggi mancavano: quali siano questi dati, chi li utilizza e come l'utente può accedere. Si prova così a colmare il profondo *gap* informativo dell'interessato - spesso all'oscuro del trattamento - di fronte ad un prodotto o a più prodotti connessi e interoperabili. È però chiaro che la circolazione del dato nel *Data Act* (nel quale - è opportuno rimarcarlo - i dati personali sono solo uno spicchio del regolato e nel quale è nitida la vocazione commerciale) è una questione che riguarda prevalentemente i *data holders* e i *data recipients*, cioè coloro che svolgono attività imprenditoriale o commerciale; dunque, chi ha la capacità di rendere disponibili i dati (specie non personali) e coloro cui i dati sono destinati, ai fini di sfruttamento.

Il *data subject* viene in considerazione, in buona sostanza, come “agente legittimante” dell'ulteriore circolazione delle informazioni, scegliendo anche i terzi ai quali i “titolari dei dati” sono tenuti a mettere a disposizione i dati. Per evitare effetti distortivi della concorrenza, il *Digital Markets Act* esclude dal novero dei terzi le *very large platforms*, il cui requisito dimensionale è quello di avere più di 45 milioni di utenti mensili¹¹, mentre il capo IV del *Data Act* si propone di tutelare le micro, piccole e medie imprese che puntano alla creazione di modelli di business fondati sui dati dalle clausole vessatorie “unfair” unilateralmente imposte dai *data holders* e mira a prevenire gli abusi degli intermediari, garantendo che gli accordi contrattuali sull'accesso ai dati e sul relativo utilizzo non traggano vantaggio da squilibri del potere negoziale esistente tra le parti contraenti.

¹¹ Il 25 aprile 2023 la Commissione europea ha adottato due decisioni che designano 17 società come piattaforme online di grandi dimensioni (VLOP) e due società come motori di ricerca online di grandi dimensioni (VLOSE) ai sensi del DSA. Le VLOP e i VLOE sono soggetti a rigorosi obblighi aggiuntivi di *due diligence*. Le piattaforme e i motori di ricerca designati devono soddisfare i requisiti entro quattro mesi dalla notifica (DSA: art. 92).

5. Il controllo attraverso strumenti tecnologici

Nella ricerca di strumenti che possano recuperare l'effettività del diritto al controllo l'interprete è spinto a considerare anche vie diverse, che considerino un uso delle stesse tecnologie funzionale allo scopo, ad imitazione dei *Digital Rights Management Systems* e delle misure tecnologiche di protezione impiegate per la tutela della proprietà intellettuale nella rete.

Prospettando anche il riuso di strumenti nati con finalità altre, può essere, questo, il caso della *blockchain*. Superata la fase iniziale di analisi della difficile convivenza della *blockchain* con il GDPR (citando alla rinfusa, gli attriti erano ravvisati nel rispetto del principio di minimizzazione del trattamento e della limitazione della conservazione dei dati, nel problema del loro trasferimento transfrontaliero, nell'esercizio dei diritti dell'interessato, posta la difficoltà di individuare il titolare del trattamento), le più mature riflessioni sul tema si sono dirette a immaginare soluzioni in grado di riconciliare quello che appariva incompatibile: un GDPR "titolarecentrico", dunque accentrato e uno strumento che ha il suo perno nella decentralizzazione.

L'Europa da tempo ha chiesto agli sviluppatori di costruire le *blockchain* in modo da perseguire gli obiettivi e i principi posti a fondamento del GDPR. Ne è testimonianza il documento pubblicato dall'Osservatorio europeo sulla Blockchain in merito ai rapporti con il GDPR del 2018, laddove venivano identificati alcuni principi-guida per risolvere le apparenti tensioni legate all'impiego di siffatta tecnologia rispetto alle regole in materia di protezione dei dati personali e si incoraggiava un utilizzo di registri distribuiti non come mezzo di conservazione di dati ma come strumento di memorizzazione di prove immutabili dell'esistenza di certi dati e si puntava a sfruttare al massimo il potenziale delle tecniche di crittografia, offuscamento e aggregazione dei dati al fine di renderli anonimi, prospettando ad esempio la memorizzazione dei dati personali *off-chain* o tecniche atte ad evitare la re-identificazione dei soggetti a cui i dati si riferiscono.

Senza potere addentrarsi in tecnicismi sui modi in cui si può comunque consentire di non mettere in chiaro l'informazione personale sulla *blockchain*, si può rimarcare che questa tecnologia favorisce *in re ipsa* l'integrità e la sicurezza dei dati, garantendo la correlata resistenza ad eventuali attacchi esterni, per il fatto che conserva la memoria storica delle transazioni in modo immutabile e garantisce a ciascun partecipante una copia di ciascuna operazione.

Le tecnologie di registri distribuiti potrebbero allora essere ripensate come arnesi impiegabili dall'interessato per il recupero del controllo sui propri dati¹².

Proprio nella prospettata *governance* europea dei dati, anche in forza della possibile "riconciliazione" con il GDPR, la *blockchain* emerge con la veste di strumento utilizzabile non solo dalle imprese per rafforzare la loro presenza nel mercato digitale, ma anche dai *data subjects* per mantenere il diritto al controllo sui propri dati, nel caso di successivi passaggi ad altro titolare del trattamento.

Questa potenzialità della *blockchain* è dichiarata dalla Risoluzione del Parlamento europeo sulla *blockchain* e i registri distribuiti del 2018, che si pone come primo obiettivo il fatto che le tecnologie DLT e *blockchain* possono costituire uno strumento che rafforza l'autonomia dei cittadini dando loro l'opportunità di controllare i propri dati e decidere quali condividere nel registro, nonché la capacità di scegliere chi possa sfruttare tali dati. Questo utilizzo è confermato dalla comunicazione 'Una strategia europea per i dati', secondo la quale «nuove tecnologie digitali decentralizzate, quali la *blockchain*, offrono sia alle persone sia alle imprese un'ulteriore opportunità di gestire i flussi e l'utilizzo dei dati sulla base di una libera scelta individuale e dell'autodeterminazione».

Nel mercato sono da qualche tempo in essere esperimenti e applicazioni nelle quali la *blockchain* è utilizzata con questi obiettivi (attribuire all'interessato il controllo sulla direzione dei flussi di dati che genera e la scelta dei soggetti con i quali condividere gli stessi). Tale possibilità emerge espressamente dalla strategia europea per i dati, che richiama gli inviti formulati dal movimento *MyData* e da altri soggetti a fornire alle persone fisiche i mezzi per decidere di volta in volta in dettaglio come sono utilizzati i loro dati. Tra tali mezzi figurano strumenti per la gestione del consenso, *app* per la gestione delle informazioni personali, ma anche «soluzioni completamente decentrate basate sulla *blockchain*».

Mutuando da esperienze applicative già in atto nel nostro Paese, i flussi di dati provenienti dai sensori e oggetti intelligenti potrebbero essere scambiati utilizzando mercati online di dati che consentono all'interessato di mantenere il controllo sui propri dati, attraverso gli *smart contracts*.

Ambienti tecnologici così congegnati possono riattribuire nuova pregnanza proprio al consenso e rafforzare l'efficacia della sua revoca. In ogni momento, infatti, l'interessato (che è a conoscenza di chi utilizza i suoi dati) può

¹² Il tema è già stato affrontato da chi scrive in *La blockchain tra controllo e "commercializzazione" dei dati personali*, in E. NAVARRETTA, L. RICCI, A. VALLINI (a cura di), *Il potere della tecnica e la funzione del diritto: un'analisi interdisciplinare di Blockchain*, Torino, 2021, 161.

revocare il consenso, sempre tramite lo *smart contract* che provvederà a “chiudere” il flusso dei dati.

Un *design* di questo tipo – che combina *blockchain* e *smart contracts* - può realizzare obiettivi di *data sharing* in maniera decisamente più controllata (e anche *GDPR-compliant*) di quanto accade comunemente. Soluzioni come queste – magari poste in essere tramite i nuovi intermediari dei dati del *DGA* - potrebbero realizzare una sorta di “*consumer empowerment*” e fare partecipare al processo, come soggetto attivo, lo stesso interessato, consentendogli un recupero del diritto al controllo nei mercati “secondari” dei dati che lo riguardano.

6. Muoversi nella complessità

Una breve riflessione conclusiva può appuntarsi su: una difficoltà già nota; un rischio trasformato in opportunità; l’ulteriore crescita della complessità.

La difficoltà già nota è quella di regolare la terza via. Tra una chiusura ormai improponibile dei dati e l’apertura generalizzata auspicata da Thomas Ramge e Viktor Majer Schönberger nel libro “Fuori i dati! rompere i monopoli per rilanciare il progresso” si è posta una terza via che fa leva sulla dichiarata “voluntary” – ma anche “mandatory” – “sharing of data by individuals and businesses”.

Fino a poco tempo fa la circolazione dei dati personali e ancor più la loro commercializzazione era considerata come un fattore di rischio per la libertà e i diritti dell’interessato. Al modello della *data protection* l’Europa ha aggiunto in tempi brevi il modello della *data sharing*. A conciliare i due modelli si pone la dichiarazione, da parte di tutti i provvedimenti attuativi della Strategia Europea sui dati, dell’intangibilità del *GDPR*, anche quando i dati personali siano “indissolubilmente legati” a quelli non personali¹³. Resta tuttavia una certa tensione interna tra un modello in cui l’esigenza trainante è quella del controllo e un modello la cui istanza è quella della apertura e della condivisione¹⁴.

Il terzo profilo riguarda la continua crescita – normativa e tecnologica – della complessità della materia. Di questa complessità è permeato anche il tema del controllo dell’interessato, il quale, nell’economia dei dati, diventa

¹³ L’art. 8 par. 3 del reg. (UE) 2018/1807 demanda alla Commissione la pubblicazione di orientamenti sull’interazione tra il *NPDR* e il reg. (UE) 2016/679 (*GDPR*) “in particolare per quanto concerne gli insiemi di dati composti sia da dati personali che da dati non personali”. Nei casi in cui le parti di dati personali e non personali siano “indissolubilmente legate” (ossia qualora la separazione non sia tecnicamente possibile, ovvero economicamente svantaggiosa) occorre applicare il *GDPR*, anche qualora i dati personali siano presenti in minima parte.

¹⁴ Ritieni che i provvedimenti propri della strategia sui dati costituiranno un vero e proprio “stress-test” per il *GDPR*, G. CERINA FERRONI, *Luci e ombre della Data Strategy europea*, in *Agenda Digitale*, 12.05.2022.

sempre più difficile da esercitarsi (con il linguaggio europeo, sempre meno effettivo) e quindi deve essere diversamente ricostruito, perché ha bisogno di sostegni esterni. Diventa così un controllo delegabile, supportato, intermediato, incorporato nella tecnica, che si pone al centro di nuovi rapporti contrattuali (quello che lega l'interessato all'intermediario) che fuoriescono dall'originaria relazione dell'interessato con il titolare, può assumere persino una dimensione di esercizio collettivo quando l'interessato si affida, per così dire, ai nuovi servizi di intermediazione dei dati.

Spetterà al lavoro dell'interprete dipanare al meglio tutti i grumi di problematicità che lo circondano e ripensare a un efficiente uso di strumenti per consentire al *data subject*, all'interno di una rete complessa di operatori e di rapporti negoziali dal sapore chiaramente mercantile, di non perdere il diritto di "inseguire" il dato che lo riguarda.

IL LAVORO AGILE DOPO IL PROTOCOLLO DEL 7 DICEMBRE 2021*

PASQUALINO ALBI**

Sommario

1. Premessa. – 2. Oltre l'emergenza. – 3. La centralità della contrattazione collettiva. – 4. La circolarità virtuosa fra legge e contrattazione collettiva.

Abstract

In the contribution, the Author highlights how smart working (“lavoro agile”) is emblematic of the transformation phase that the world of work is going through. In particular, the remote work of the pandemic era will have to find a more solid regulatory configuration with the contribution not only of the legislator, but also of collective bargaining. The social partners, in fact, are better able to grasp the needs of the subjects involved and identify viable solutions on a practical level, thus favouring a process in which the legislator can follow the path traced by responsible collective bargaining.

Suggerimento di citazione

P. ALBI, *Il lavoro agile dopo il Protocollo del 7 dicembre 2021*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2023. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Contributo realizzato nell'ambito del Progetto PRIN 2017 “Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law” (SE.CO.R.E TECH), Unità di Pisa.

** Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Pisa.

Contatto: pasqualinio.albi@unipi.it

L'autore è stato Presidente della Commissione di Studi sul lavoro agile istituita con decreto del Ministro del Lavoro, On. Andrea Orlando (d.m. 13 aprile 2021 n. 87) ed è attualmente Coordinatore dell'Osservatorio Nazionale sul lavoro agile istituito presso lo stesso Ministero (d.m. 29 marzo 2022 n. 57).

1. Premessa

Il 7 dicembre del 2021 il Ministro del Lavoro e 26 organizzazioni sindacali datoriali e dei lavoratori hanno sottoscritto un Protocollo per disciplinare il lavoro agile nel settore privato.

Il Protocollo è stato il frutto di una lunga e paziente negoziazione che il Ministro del Lavoro ha portato avanti con tutte le parti sociali nonché del contributo della Commissione di studio che lo stesso Ministro ha istituito sul tema¹.

Con il suddetto Protocollo sono state concordate alcune linee di indirizzo volte a definire un quadro di riferimento per la contrattazione collettiva, nazionale, aziendale e territoriale, ritenuta fonte privilegiata di regolamentazione dello svolgimento della prestazione in modalità agile.

Il Protocollo ha contribuito a disciplinare alcuni profili connessi alle speciali modalità di esecuzione della prestazione di lavoro in modalità agile ed ha al tempo stesso aperto una finestra verso la funzione regolativa dell'autonomia collettiva sul lavoro agile che negli ultimi tre anni ha registrato una significativa intensificazione.

L'individuazione delle regole che ispirano un progetto riformatore ha il suo epicentro nel confronto con i protagonisti e con i rappresentanti degli interessi – interessi che sono diversi e anche contrapposti – che quelle regole vivono nella quotidianità dei rapporti: senza questo presupposto la formazione di nuove regole è destinata a produrre difetti ed incoerenze, difficoltà applicative e contrasti.

Non a caso il dialogo sociale è uno dei pilastri del diritto sociale europeo e, anche da questo punto di vista, l'esercizio messo in campo con il lavoro agile va nella giusta direzione e si colloca in una visione aperta delle relazioni sindacali.

Il lavoro agile è fra i simboli delle trasformazioni in atto, è una delle espressioni più evidenti della dura lezione pandemica e degli interrogativi difficili della modernità rispetto ai quali, con molta umiltà, bisogna individuare alcune prime risposte, dettate dalla prudenza che occorre avere davanti ad un fenomeno che al momento conosciamo solo in parte.

Sappiamo che il lavoro agile del prossimo futuro non potrà essere quello domiciliare e segregante conosciuto durante la pandemia. Sappiamo ancora che molto difficilmente si tornerà alla situazione pre-pandemica e dunque la diffusione del lavoro agile sarà decisamente più intensa rispetto al passato.

¹ La Relazione finale della Commissione di Studio sul lavoro agile può leggersi al link <https://www.lavoro.gov.it/notizie/Documents/Relazione-finale-Gruppo-di-Studio-Lavoro-agile-e-Protocollo.pdf>

Dobbiamo dunque attrezzarci a gestire la possibile transizione di una parte significativa del mondo del lavoro verso forme stabili di lavoro agile e dobbiamo essere consapevoli che questo può avere effetti benefici sulle condizioni di vita di milioni di persone e può anche comportare un netto miglioramento delle condizioni ambientali, con la riduzione delle emissioni inquinanti come effetto della riduzione del traffico delle auto.

Il lavoro agile può dunque essere un punto qualificante della transizione ecologica.

D'altra parte il lavoro agile è al centro delle grandi trasformazioni del mercato del lavoro².

Non si possono ovviamente trascurare le insidie che questa modalità di lavorare porta con sé. In particolare il rischio dell'iper-connessione del lavoratore, che va contrastato efficacemente come già la legislazione italiana tenta di fare, trovando supporto nel Protocollo che può dare una dimensione di concretezza per fronteggiare gli abusi e le deviazioni dal modello³.

Un'altra insidia da non sottovalutare si annida nell'idea che il lavoro agile possa essere il terreno sul quale coltivare discriminazioni di genere, addossando sulla donna il carico del lavoro da casa: sarebbe una beffa se la modernità del lavoro agile si traducesse in un ritorno al passato, in una vera e propria regressione sociale.

2. Oltre l'emergenza

Abbiamo già sperimentato nella fase iniziale della pandemia l'importanza di uno strumento che ha salvaguardato la vita e la salute di milioni di lavoratori e, al tempo stesso, consentito la prosecuzione di molte attività economiche⁴.

Tuttavia abbiamo anche dovuto fare i conti con lo snaturamento del lavoro agile, snaturamento imposto dalle ragioni tragiche dell'emergenza.

Bisogna peraltro considerare che, al di là dell'emergenza, il lavoro agile può prestarsi a tendenze ben diverse fra loro.

Da un lato, il lavoro agile può esprimere un modello organizzativo che garantisce un notevole miglioramento delle condizioni dei lavoratori e, al tempo stesso, una straordinaria flessibilità gestionale per il datore di lavoro.

Dall'altro, non si possono sottovalutare utilizzazioni distorte del lavoro agile, nelle quali si mette in pratica una sorta di isolamento domiciliare dei

² V. per una recente ed approfondita riflessione, M. TUFO, *Il lavoro digitale a distanza*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022.

³ I rischi che si annidano nel lavoro agile possono assumere varie connotazioni, come dimostra A. R. TINTI, *Travestimenti: potere e libertà nel lavoro agile*, in *Lav. dir.*, 2022, 1, 147 ss.

⁴ Mi permetto di rinviare a P. ALBI, *Il lavoro agile fra emergenza e transizione*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, 4, 14 ss.

lavoratori, che rende molto difficile la distinzione tra vita e lavoro e finisce per deteriorare il tratto umano e relazionale del rapporto di lavoro.

Le due tendenze, tra loro contrapposte, non sono affatto da banalizzare: la prima esprime un dover essere che è in ragionevole misura auspicabile e la seconda è purtroppo il lato peggiore di una degenerazione sempre possibile.

In questo quadro non si può neppure trascurare la circostanza che il lavoro agile non riguarda affatto l'intero mercato del lavoro perché una parte, decisamente importante, di questo, composta prevalentemente (ma non solo) da lavoratori con bassi profili professionali, ne è esclusa.

Non va dunque trascurato il rischio che il mercato del lavoro possa subire un ulteriore effetto di segmentazione ed essere sottoposto ad un nuovo dualismo, con elementi di disegualianza e di disparità rispetto ai quali i giuristi del lavoro non possono rimanere insensibili.

Poste queste premesse occorre ricordare che l'unilateralità del lavoro agile ha rappresentato una deviazione importante dal modello legislativo ordinario, una deviazione possibile solo nel contesto emergenziale.

Peraltro l'esperienza sul campo ha dimostrato che l'autonomia collettiva ha svolto un ruolo non trascurabile sul fronte della regolazione del lavoro agile anche nella stagione pandemica.

3. La centralità della contrattazione collettiva

Nella regolazione del lavoro agile è da ritenersi fondamentale il ruolo della contrattazione collettiva.

La contrattazione collettiva è fonte di regolazione privilegiata di disciplina del lavoro agile.

Occorre rimarcare che nella legge vigente non vi è alcun rinvio esplicito alla contrattazione collettiva, fatto salvo il richiamo all'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 contenuto nell'art. 20, c. 1 l. n. 81/2017, con riferimento al trattamento economico e normativo da garantire ai lavoratori che svolgono la prestazione in modalità agile.

La prospettiva di un ricorso al lavoro agile ben più intenso rispetto al passato impone di considerare la funzione regolativa svolta dalla contrattazione collettiva, anche alla luce della circostanza che i contratti mostrano una propensione a prevedere elementi di criticità non ancora rilevati dalla legge ed hanno dimostrato una buona capacità di bilanciare gli interessi in gioco⁵.

Pertanto è opportuno valorizzare con maggiore intensità la fonte regolativa contrattuale devolvendole la funzione normativa primaria proprio nelle materie su cui essa, a oggi, si è maggiormente esercitata.

⁵ Per una analisi che guarda anche al lavoro nelle pubbliche amministrazioni, v. L. ZOPPOLI, *Lavoro agile, persone ed amministrazioni: la sfida post-pandemia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2022, I, p. 199 ss.

Si tratta di prendere atto che l'attività della contrattazione collettiva si è incentrata sulla determinazione dei vincoli temporali della prestazione di lavoro, seppur con margini di flessibilità, oppure con riferimento ai profili della sicurezza collegati al luogo di lavoro estraneo all'azienda.

L'esperienza contrattuale collettiva andrebbe valorizzata assegnandole quelle funzioni normative che essa ha già esercitato (quindi confermando quanto ha già fatto) e incentivando il sistema di relazioni industriali a cimentarsi con maggiore ampiezza nella regolamentazione del lavoro agile.

Ovviamente, condizione necessaria è che il rinvio alla contrattazione collettiva sia qualificato attraverso la selezione degli agenti negoziali. Si tratta di una tecnica normativa ormai largamente utilizzata dal legislatore e che – in attesa di una legislazione sulla misurazione della rappresentatività delle parti sociali – si affida al modello descritto dal già citato art. 51 del d.lgs. n. 81/2015.

4. La circolarità virtuosa fra legge e contrattazione collettiva

La legge apprende dall'autonomia collettiva, si nutre dell'esperienza che sul campo le parti sociali mettono in pratica per poi realizzare una sistematizzazione di quei risultati.

Mai come in questo caso l'impostazione sopra ricordata, che appartiene al patrimonio della riflessione giuslavoristica, si rivela utile, quasi una tappa obbligatoria.

Un intervento della legge che metta mano ad una riforma del lavoro agile presuppone che si possa apprezzare come l'autonomia collettiva si attingerà nella regolazione di questo tema.

Per questa ragione è virtuoso attendere gli sviluppi che, anche alla luce del Protocollo, si concretizzeranno nella regolazione autonoma del lavoro agile, anche alla luce dei risultati che l'Osservatorio Nazionale sul lavoro agile sta monitorando.

Il Protocollo sul lavoro agile, a ben vedere, rappresenta solo il punto di inizio di un dialogo sociale che dovrà proseguire e di un monitoraggio che dovrà portare alla luce gli elementi di novità e le criticità che andranno emergendo nell'applicazione.

Può ben dirsi che la circolarità virtuosa innescata dal Protocollo sta certamente producendo i suoi primi frutti.

Anzitutto, nei rinnovi dei CCNL successivi al Protocollo, viene generalmente dedicato un grande spazio al lavoro agile che finisce per incidere su profili importanti della disciplina del rapporto individuale e dell'esercizio dei diritti sindacali nel luogo di lavoro e per connettersi con il tema delle innovazioni tecnologiche indotte dalla trasformazione digitale in atto.

Si pensi, per fare qualche esempio, al rinnovo del CCNL Chimico-Farmaceutici del 2022 (Parte V, *Linee Guida Trasformazione Digitale*) nel quale si afferma che si dovranno promuovere “margin di autoorganizzazione”, “modalità flessibili di luoghi e orari di lavoro”, “prestazione orientata al risultato” e “profili professionali con competenze trasversali necessari per la digitalizzazione” nonché il “potenziamento dei profili sociali-interpersonali”.

Non a caso nel citato CCNL le direttrici di cambiamento sono: l'automazione industriale, la generazione *di big data*, il lavoro da remoto.

Le parti ritengono fondamentale il coinvolgimento e la partecipazione delle parti sociali sui processi di innovazione e sui loro aspetti organizzativi e gestionali perché hanno la chiara consapevolezza dell'impatto della trasformazione digitale sulle relazioni industriali.

In questo quadro diventa molto importante quella linea diretta a favorire l'utilizzo di strumenti digitali nelle relazioni industriali (riunioni, assemblee, elezioni r.s.u.), tenendo ferma l'esigenza fondamentale dei rapporti in presenza che deve essere salvaguardata.

Non sfugge alle parti che il lavoro agile ha importanti implicazioni sulla sicurezza sul lavoro e dunque si soffermano su questo profilo prendendo in considerazione le modalità di svolgimento del lavoro da remoto e la qualità ed il benessere del lavoratore agile.

Importanti sono le innovazioni che si colgono sul tema del lavoro agile anche in molti altri CCNL come quello del Settore Elettrico, del Settore Gas-Acqua che procedono lungo una linea di profonda interazione con il Protocollo.

Grandi sono le innovazioni che emergono anche dagli accordi aziendali. Si prenda, ad esempio, l'accordo sindacale TIM del 22 novembre 2022 che dedica una disciplina particolare al tema della disconnessione e alla programmazione del lavoro agile.

L'accordo in questione introduce un modello avanzato che distingue fra lavoro agile giornaliero e lavoro agile settimanale.

Questo modello richiede di pianificare e prenotare contestualmente sulla piattaforma dedicata sia le giornate di lavoro previste in sede sia quelle in lavoro agile per ogni settimana di lavoro.

Ancora si consideri l'accordo aziendale Agos-Ducato del 30 giugno 2022 nel quale si prevede una flessibilità su base mensile che consente fino a un massimo del 50% dei giorni lavorativi del mese in remoto, una presenza fisica minima necessaria di 1 giorno a settimana e nessuna limitazione sulla scelta dei giorni settimanali di lavoro agile.

Le giornate in presenza fisica/remoto sono pianificate e concordate con il manager e vi è flessibilità del luogo di lavoro con possibilità di lavorare anche in luoghi diversi dal domicilio o dalla residenza purché vengano rispettati i

vincoli di sicurezza aziendale, di *privacy* e i divieti di divulgazione di informazioni.

Un ultimo esempio riguarda l'accordo sindacale del Gruppo Generali del 2 novembre 2022 che prevede il ricorso al lavoro agile anche per fronteggiare i costi della crisi energetica, a riprova delle molteplici utilizzazioni cui si presta il lavoro agile nelle dinamiche della contrattazione collettiva.

Il quadro descritto segna un percorso ancora tutto da costruire, che si connette alle grandi trasformazioni che sono in atto nel mercato del lavoro e rispetto alle quali è davvero importante che il confronto fra pubblici poteri e parti sociali possa proseguire.

IL DATO PERSONALE TRA PROTEZIONE GIURIDICA E
VALORIZZAZIONE ECONOMICA*

FERNANDA FAINI**

Sommario

1. La natura ambivalente del dato personale. – 2. La strada della valorizzazione economica dei dati personali. – 2.1. L'*an*: il dato personale può essere considerato quale bene economico? – 2.2. Il *quid* e il *quomodo*: a quali condizioni e con quali limiti il dato personale può essere commercializzato? – 3. Il valore dei dati e il modello di governo della tecnologia.

Abstract

In the digital dimension, the ambivalent nature of personal data emerges, at once the subject of a right but also an asset with economic value, which is accompanied by the possible convergence of certain disciplines, specifically, personal data protection and consumer protection. The contribution aims to examine the perspective of the economic valorization of personal data, investigating its "an" (whether personal data can be economically valorized), "quid" (what can be economically valorized) and "quomodo" (what conditions and limits should be placed on it); the quomodo is also declined in the legal forms and instruments and, more broadly, in the model of law in which this can be realized. The contribution aims to analyze the strengths as well as the critical issues of the economic valorization of personal data, extending the reflection also to the European model of governance of the technology and the opportunity to pay attention to the related governance, envisioning an extension of the powers of the authorities involved and a holistic approach that leverages a joint application of the different regulations.

Suggerimento di citazione

F. FAINI, *Il dato personale tra protezione giuridica e valorizzazione economica*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2023. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Contributo realizzato nell'ambito del Progetto PRIN 2017 "Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law" (SE.CO.R.E TECH), Unità di Pisa.

** *Research Fellow* e docente di informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie presso l'Università di Pisa, l'Università Cattolica del Sacro Cuore e l'Università Telematica Internazionale Uninettuno.

Contatto: fernandafaini@gmail.com

1. La natura ambivalente del dato personale

Nel quadro della regolazione e della riflessione relative al rapporto tra diritto e tecnologia, emerge la complessa natura ambivalente del dato personale nella dimensione digitale, al tempo stesso oggetto di un diritto, ma anche bene dotato di valore economico, cui si accompagna la possibile convergenza di alcune discipline quali, in specifico, protezione dei dati personali e tutela dei consumatori. Il contributo intende affrontare la prospettiva della valorizzazione economica dei dati personali attraverso l'analisi dei punti di forza e delle criticità, estendendo la riflessione più ampiamente al modello europeo di governo della tecnologia e all'opportunità di porre attenzione alla relativa *governance*.

Per affrontare questi profili è necessario in modo prodromico esaminare la "materia prima" del corpo digitale e della dimensione digitale, ossia il dato, la natura che assume, le caratteristiche che lo connotano e i diritti collegati, come scaturenti dal quadro giuridico.

I dati, su cui si erge la *data society* e che costituiscono il corpo digitale¹, sono beni intangibili connotati da caratteristiche specifiche, che li differenziano dagli altri: sono suscettibili di essere utilizzati contemporaneamente e in luoghi diversi da un numero illimitato di soggetti, senza essere esauribili, a meno che l'accesso sia limitato dalla tecnologia o dal diritto. Nell'insieme dei dati che compongono la realtà digitale i dati personali, ossia le informazioni riguardanti una persona fisica identificata o identificabile direttamente o indirettamente², unitariamente considerati delineano l'identità digitale e costituiscono oggetto di un diritto della persona, indisponibile, imprescrittibile ed assoluto.

Nella riflessione in materia, rinvigorita anche da recenti interventi normativi e giurisprudenziali³, il dato personale si staglia come un diamante dai diversi riflessi: oggetto di un diritto fondamentale con i connessi connotati di indisponibilità, imprescrittibilità e assolutezza, ma anche base fondamentale su cui si erge la dimensione digitale con le sue attività giuridiche e, pertanto, capace di assumere valore economico come controprestazione, anche alla luce del fatto che costituisce preziosa risorsa in mano alle piattaforme digitali. Pertanto nella regolazione e nel dibattito relativo emerge la complessa natura ambivalente assunta dai dati personali, considerati ora come oggetto di un di-

¹ La *data society* è intimamente pervasa dai dati finendo per plasmare l'uomo stesso come un *data subject*; sia consentito il rinvio a F. FAINI, *Data society. Governo dei dati e tutela dei diritti nell'era digitale*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019.

² Art. 4, par. 1, n. 1), regolamento (UE) 2016/679.

³ *Infra*, § 2.1.

ritto fondamentale, ora come bene di natura economica⁴. A ciò si legano i diversi “abiti” (continuando nella similitudine con il corpo) assunti dal soggetto: interessato sotto la lente della protezione dei dati personali e utente/consumatore nell’accesso ai servizi digitali.

La “valorizzazione economica” dei dati personali evidentemente può costituire un’opportunità per l’interessato laddove foriera di un potenziamento della libertà di scelta e di disposizione del singolo, ma non è scevra come contropartita dai rischi connessi proprio a questa aumentata libertà, potendo diventare un fattore di rischio per la sua libertà e i suoi diritti ed essere latrice di pericoli di mercificazione della persona stessa; del resto l’arma spuntata del consenso insegna da questo punto di vista. Al riguardo, del resto, è necessario tenere in considerazione il fatto che il paradigma europeo di protezione dei dati personali, diversamente da quello statunitense, mostra un atteggiamento cauto nei confronti della valorizzazione economica dei dati personali, che all’interno della puntuale regolazione di riferimento deve ritenersi subordinata in ogni caso alla necessità di un trattamento lecito e al rispetto dei diritti riconosciuti all’interessato, con un’attenzione ulteriore e una correlata “limitazione” nel caso di determinate categorie di dati personali⁵.

In tale contesto la natura ambivalente dei dati personali (oggetto di un diritto fondamentale e bene di natura economica) si sposa con l’ulteriore ambivalenza tra protezione e circolazione, connessa alla natura stessa del dato personale e presente nella normativa in materia, posta a presidio sia della tutela degli interessati sia della libera circolazione dei dati.

Sotto tale profilo il diritto anela e persegue il bilanciamento e l’equilibrio, ma si trova nella dimensione digitale di fronte alla tensione tra protezione e controllo, da una parte, che caratterizzano la tradizionale ottica giuridica proprietaria, e, dall’altra, circolazione e apertura, che arrivano a spingersi finanche alla valorizzazione economica e alla commerciabilità, come emerge nel quadro regolatorio europeo, oltre che nel dibattito in materia.

La *governance* dei dati, infatti, nell’attuale *framework* europeo oscilla tra la protezione a tutela dei diritti della persona e la circolazione a beneficio del mercato, mostrando una spinta recente proprio verso la circolazione e l’apertura dei *big data* sia in ambito pubblico che privato per i benefici che consentono alla collettività⁶. Ciò è dovuto al fatto che l’apertura si ritiene possa contribuire in modo decisivo a sanare le asimmetrie informative esistenti, mettendo a disposizione della collettività i dati, determinando una “sanatoria”

⁴ Cfr. S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell’interessato e tutela dell’utente*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, n. 3, 2019, 146 ss.

⁵ In merito alla contrapposizione e alle differenze tra sistemi di protezione dei dati personali si rinvia all’ampia letteratura di riferimento.

⁶ *Infra*, § 2.1.

in direzione di democratizzazione, provocando una perdita di potere per i detentori degli stessi e valorizzando la natura di beni comuni non solo di dati e informazioni, ma anche degli interessi generali oggetto di protezione come trasparenza, democrazia, sviluppo economico e sociale. Tale ricostruzione si attaglia alla qualificazione dei dati come “beni pubblici”, dei quali possiedono quelle caratteristiche di non esclusività e non rivalità, al netto di concrete pretese di appropriazione e restrizioni surrettizie capaci di renderli di fatto “proprietà” di pochi soggetti.

2. La strada della valorizzazione economica dei dati personali

Pertanto nel quadro regolatorio di riferimento si cerca un ragionevole equilibrio e un adeguato bilanciamento tra le istanze negoziali del mercato e i diritti della persona, ma emerge un’inevitabile tensione, che si può provare a sciogliere soltanto esaminando la *ratio* e i valori sottesi alle tutele e analizzando quali strumenti garantiscono maggiormente la dignità della persona stessa, permettendo però al contempo lo sviluppo economico.

A tal fine, di conseguenza, è opportuno affrontare i seguenti aspetti:

- l’*an*: se il dato personale possa essere valorizzato economicamente e in certo modo essere fungibile;
- il *quid*: “cosa” possa essere valorizzato economicamente, ossia in quali fattispecie consentire che il dato personale possa rivelare questa componente patrimoniale;
- il *quomodo*: quali condizioni e limiti devono essere posti e quali equilibri e bilanciamenti occorre garantire; il *quomodo* si declina più ampiamente nelle forme e negli strumenti giuridici e nello stesso modello di governo della tecnologia in cui ciò può realizzarsi.

2.1 L’*an*: il dato personale può essere considerato quale bene economico?

Sotto il profilo dell’*an*, nell’interpretazione delle norme e nella giurisprudenza possono essere rinvenuti i fondamenti giuridici alla possibilità della valorizzazione economica o meno del dato personale; al riguardo la riflessione deve concentrarsi anche sul correlato aspetto se applicare regole diverse da quelle in materia di protezione dei dati personali rappresenti un ampliamento delle tutele giuridicamente e socialmente auspicabile e necessario.

Lo stesso regolamento europeo 2016/679 si basa sulla dicotomia tra protezione delle persone e circolazione dei dati, richiamata nella stessa denominazione dell’atto⁷, oltre che nelle disposizioni e nei considerando, quali l’art. 1 e

⁷ Regolamento (UE) 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

i considerando 4, 6⁸, 9 e 10: il diritto alla protezione dei dati personali non è una prerogativa assoluta, ma deve essere considerato nella sua funzione sociale e temperato con altri diritti fondamentali in ossequio alla proporzionalità, tra cui la libertà d'impresa⁹; si stabilisce finanche che la libera circolazione dei dati personali nell'Unione europea «non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali»¹⁰. In tale ottica lo stesso diritto alla portabilità dei dati, riconosciuto all'interessato, permette di desumere la presenza di un approccio negoziale nella normativa¹¹.

Sotto tale profilo, come anticipato, seppur il diritto persegua il bilanciamento e l'equilibrio tra le due istanze, si trova nella dimensione digitale inevitabilmente di fronte alla tensione tra protezione/controllo e circolazione/apertura, che emerge nella regolazione europea recente.

La “spinta” verso la circolazione dei dati, istanza presente fin dal regolamento (UE) 2016/679 e su cui costruire anche la prospettiva della valorizzazione economica, emerge nella comunicazione della Commissione europea «Una strategia europea per i dati», COM(2020) 66 *final* del 19 febbraio 2020, che si mostra consapevole che debba essere garantita una maggiore circolazione dei dati, nel regolamento (UE) 2022/868 «Data Governance Act», volto a promuovere la disponibilità dei dati utilizzabili, rafforzando la fiducia negli intermediari di dati e potenziando i meccanismi di condivisione dei dati in tutta l'Unione europea, interpretando la condivisione come linfa vitale¹², e nel *Data Act*, proposto il 23 febbraio 2022, che abbraccia un approccio *as open as possible and as closed as necessary*.

In tale direzione tesa alla circolazione dei dati, nell'interpretazione del dato personale come bene che può essere valorizzato economicamente, oltre alle richiamate previsioni del regolamento europeo 2016/679 e agli altri atti citati, rileva particolarmente la direttiva 2019/770, recepita dagli artt. 135-octies e seguenti del d.lgs. 206/2005, in cui la prospettiva della commerciabilità dei dati personali esce rafforzata, dal momento che è prevista l'applicazione delle norme a tutela del consumatore anche nel caso in cui, anziché un prezzo, a fronte di un contenuto o servizio digitale il consumatore fornisca o si impegni a fornire dati personali all'operatore economico, fatto salvo il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dal profes-

⁸ Il considerando 6, regolamento (UE) 2016/679 precisa che «la tecnologia ha trasformato l'economia e le relazioni sociali e dovrebbe facilitare ancora di più la libera circolazione dei dati personali [...], garantendo al tempo stesso un elevato livello di protezione dei dati personali»

⁹ Considerando 4, regolamento (UE) 2016/679.

¹⁰ Art. 1, par. 3, regolamento (UE) 2016/679.

¹¹ Art. 20, regolamento (UE) 2016/679.

¹² Cfr. A. SOLA, *Primi cenni di regolazione europea nell'economia dei dati*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, n. 3, 2021, 190 ss.

sionista ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto il professionista e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti¹³.

La normativa precisa che i dati personali non devono essere intesi propriamente come una controprestazione a favore dell'operatore economico, ma come la prestazione di un consenso al trattamento dei dati personali, da esprimersi secondo la normativa, precisando che i dati personali non possono essere «considerati una merce», ma un diritto fondamentale e riaffermando in ogni caso la prevalenza della normativa in materia di *data protection*¹⁴. La soluzione di compromesso raggiunta nella versione finale del testo della direttiva, però, pare essenzialmente nominalistica, in quanto, a prescindere dalla qualifica formale dei dati come controprestazione, il caso in cui un servizio viene erogato a fronte del consenso al trattamento resta parificato, a livello di disciplina, a quello in cui è previsto un corrispettivo in denaro¹⁵.

In linea con tale orientamento, a livello normativo rileva anche la direttiva europea 2019/2161, che prende espressamente atto del fatto che i contenuti digitali e i servizi digitali sono spesso forniti online attraverso contratti che prevedono, da parte del consumatore, «la comunicazione di dati personali al professionista» e, in coerenza con le previsioni della direttiva (UE) 2019/770, interviene sulla direttiva 2011/83/UE per estendere le tutele previste per le forniture di servizi digitali in cambio di denaro anche alle ipotesi di contratti di servizi digitali nel cui ambito il consumatore fornisce al professionista dati personali senza pagare alcun prezzo, dal momento che, «data la loro somiglianza e la loro interscambiabilità», i servizi digitali a pagamento e i servizi digitali forniti contro dati personali devono essere soggetti alle stesse norme¹⁶.

Nella strada della valorizzazione economica del dato personale sono significative anche sentenze di organi giurisdizionali, come l'ordinanza emessa dal Tribunale di Bologna in data 10 marzo 2021, che nel rapporto tra la piattaforma Facebook e l'utente ravvisa un rapporto negoziale, in cui, «nonostante l'affermata gratuità del servizio, sussiste per entrambi i contraenti il requisito della patrimonialità della prestazione oggetto dell'obbligazione (art. 1174 c.c.)», dal momento che i dati personali dell'utente rivestono un «manifesto valore economico» e sono «inquadabili come controprestazione nel rapporto utente-gestore»¹⁷.

¹³ Art. 135-octies, c. 4, d.lgs. 206/2005.

¹⁴ Art. 3 e considerando 24, direttiva (UE) 2019/770.

¹⁵ S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, cit., 135 ss.

¹⁶ Considerando 31, direttiva (UE) 2161/2019.

¹⁷ Secondo il Tribunale di Bologna «il contratto è fondato su un evidente sinallagma, per cui alla prestazione del servizio da parte del gestore corrisponde il suo interesse ad utilizzare i contenuti, le reti di relazioni e i dati personali dell'utente, a fini di raccolta pubblicitaria». Cfr. L. ALBERTINI, *Re-*

In particolare nell'ottica della commercializzazione del dato personale rileva la vicenda mossa dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) *versus* Facebook (provvedimento del 29/11/2018, n. 27432) con le correlate sentenze del TAR Lazio (sentenze del 10/01/2020 nn. 206 e 261) e del Consiglio di Stato (sentenze del 29/03/2021 n. 2630 e n. 2631), dove si rinviene una chiara apertura all'approccio negoziale¹⁸. Il Consiglio di Stato parla di «messa a disposizione dei dati» e muove verso «l'esigenza di garantire “tutele multilivello”», capaci di ampliare i diritti della persona, protetta nella dimensione informativa in senso stretto dal regolamento europeo 2016/679 e nella dimensione commerciale dalla disciplina consumeristica¹⁹, interpretando di conseguenza le norme sulla *data protection* e quelle a tutela del consumatore in termini di complementarietà e non di esclusione reciproca²⁰.

L'indisponibilità del diritto fondamentale non significa, infatti, che l'oggetto di tale diritto non sia suscettibile di scambio giuridico a qualsiasi titolo; a ciò si accompagna l'idea di garantire maggiore autonomia di scelta dell'individuo quale componente essenziale della sua dignità come persona: in tal senso l'approccio negoziale integra e rafforza quello tradizionale personalistico. Pertanto, laddove ci sia uno scambio economicamente rilevante, interviene anche la protezione consumeristica in rapporto complementare rispetto alla *data protection*, dal momento che si basa su diversi presupposti di

sponsabilità del social network per chiusura immotivata dell'account con distruzione dei dati ivi presenti. Sul rapporto giuridico utente/piattaforma: tra protezione e commercializzazione dei dati personali, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, n. 2, 2021, 278 ss.

¹⁸ Nella vicenda venivano contestate pratiche commerciali scorrette da parte di Facebook, ossia pratiche ingannevoli (in quanto l'utente non sarebbe debitamente informato dell'attività di raccolta e utilizzo dei suoi dati) e aggressive (in quanto l'utente sarebbe indebitamente condizionato a consentire raccolta e utilizzo dei dati, in cambio dell'utilizzo della piattaforma). Il TAR Lazio accoglieva parzialmente il ricorso per quanto afferiva alle pratiche ingannevoli, confermando in parte le sanzioni inflitte, e il Consiglio di Stato confermava la sentenza di primo grado; al riguardo cfr. A. LEONE, *Servizi digitali zero price e diritti dei consumatori*, in *Il Diritto Industriale*, n. 3, 2022, 233 ss.; F. MIDIRI, *Proteggere i dati personali con le tutele del consumatore*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5, 2021, 609-620.

¹⁹ Il TAR Lazio ritiene qualificabile la cessione dei dati come «contro-prestazione del servizio offerto dal *social network*, in quanto dotati di valore commerciale». Secondo le parole del Consiglio di Stato si tratta di «un diritto personalissimo [...] “sfruttato” a fini commerciali, indipendentemente dalla volontà dell'interessato-utente-consumatore».

²⁰ Anche secondo il TAR Lazio le due normative si pongono «in termini di complementarietà, imponendo, in relazione ai rispettivi fini di tutela, obblighi informativi specifici, in un caso funzionali alla protezione del dato personale, inteso quale diritto fondamentale della personalità, e nell'altro alla corretta informazione da fornire al consumatore al fine di fargli assumere una scelta economica consapevole».

applicazione e distinti ambiti operativi che possono convivere, in quanto tesi a tutelare interessi giuridici diversi, protetti da normative distinte²¹.

Il riconoscimento della negoziabilità dei dati personali assume la meritoria finalità di portare alla luce e sottrarre il trattamento all'opacità e alla mancanza di trasparenza che oggi caratterizzano i cosiddetti mercati impliciti, in cui i dati personali divengono oggetto di appropriazione e sfruttamento al di fuori di un esplicito rapporto contrattuale²²; a livello economico, infatti, l'operazione di scambio tra la prestazione e i dati personali già sussiste, ma è problematico il suo inquadramento giuridico²³. Inoltre la valorizzazione economica del dato personale permette al soggetto una maggiore autonomia di scelta e la possibilità di azionare anche le tutele contrattuali e della disciplina consumeristica, accrescendo e rendendo più articolato il ventaglio di strumenti di protezione a sua disposizione²⁴.

A frenare la prospettiva della valorizzazione economica dei dati personali, però, oltre alle caratteristiche che connotano il diritto e che creano un argine alla qualifica come bene di scambio (assoluto, indisponibile, imprescrittibile) e allo stretto rapporto tra il dato personale e la persona con la sua identità²⁵, che non gli permetterebbe di compierne atti di disposizione, è opportuno sottolineare che il diritto alla protezione dei dati personali non ha un contenuto omogeneo e meramente individuale ed è anzi volto in via strumentale a tutelare interessi eterogenei, che vanno oltre quelli dei singoli interessati di volta in volta coinvolti (quali l'esplicazione dell'identità e della personalità), ossia non rappresenta in sé un bene finale da tutelare, ma è strumentale alla tutela

²¹ Cfr. A. LEONE, *Servizi digitali zero price e diritti dei consumatori*, cit., 233 ss.; F. MIDIRI, *Proteggere i dati personali con le tutele del consumatore*, cit., 609-620, secondo cui però la stessa disciplina in materia di *data protection* protegge l'intera gamma di diritti, anche quelli di natura economica, tenendo presenti le esigenze di tutela delle prerogative economiche; di conseguenza secondo l'Autore applicare anche le norme a tutela dei consumatori genererebbe attriti tra disposizioni e potenziali duplicazioni di obblighi e sanzioni.

²² E. BATTELLI, *Negoziabilità dei dati personali e modelli di valorizzazione economica*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, n. 1, 2022, 36.

²³ Cfr. C. SOLINAS, *Circolazione dei dati personali, onerosità del contratto e pratiche commerciali scorrette*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 2, 2021, 321-333. In merito ai modelli di business relativi alla commercializzazione dei dati cfr. G. D'IPPOLITO, *Monetizzazione, patrimonializzazione e commercializzazione dei dati personali*, in E. CREMONA, F. LAVIOLA, V. PAGNANELLI (a cura di), *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2022, 51-76.

²⁴ In tal senso E. BATTELLI, *Negoziabilità dei dati personali e modelli di valorizzazione economica*, cit., 29; G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 3, 2020, 635-674.

²⁵ Il diritto alla protezione dei dati personali è collocato tra i diritti fondamentali della persona negli atti sovranazionali di riferimento, quali l'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, l'art. 1 della Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale 108/1981 ratificata con legge 98/1989, l'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, l'art. 16 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

di altri interessi. Tali interessi non sono solo di natura individuale, ma riguardano anche la collettività; il diritto alla protezione dei dati personali tutela interessi individuali, ma è fortemente presente l'esigenza di proteggere anche interessi collettivi²⁶. Sotto tale lente, limitare lo sviluppo di un mercato di dati personali può essere interpretato come teso in buona parte alla tutela di interessi collettivi con lo scopo di evitare che la raccolta di una mole di informazioni determini effetti pregiudizievoli per la società con il rischio di classificazione e discriminazione degli individui, alterando gli equilibri disposti dalla normativa europea e, in particolare, dal regolamento 2016/679²⁷.

Pertanto la preoccupazione relativa alla commercializzazione dei dati personali non sarebbe diretta soltanto a tutelare la parte considerata debole e a riequilibrare la disparità di potere tra titolare e interessato, ma guarderebbe ad una platea più ampia proteggendo non tanto il singolo, ma lo stesso in un'ottica collettiva, tutelando l'esigenza di evitare la commercializzazione della persona come parte della società.

In realtà anche in tal caso la contrapposizione di orientamenti (valorizzazione economica o meno dei dati personali) può essere risolta cercando equilibrio tra i diversi diritti in gioco. Sotto tale profilo l'*an* si gioca su come debba essere interpretato il concetto di indisponibilità: se la circolazione della ricchezza significa circolazione del diritto espressione di tale ricchezza, non è certo il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali che circola, né un diritto proprietario sui dati personali. Il contratto di circolazione del dato costituisce un diritto in capo al titolare del trattamento a godere dei benefici ricavabili dal trattamento del dato, in considerazione della peculiarità del dato personale che consente di essere utilizzato e sfruttato contemporaneamente e in luoghi diversi da una pluralità di soggetti²⁸.

E allora nel dibattito sull'*an* forse è opportuno prendere in considerazione anche altri diritti fondamentali, che già vedono una tutela differenziata della componente morale e della componente patrimoniale: è il caso della proprietà intellettuale e del diritto d'autore, in cui sono presenti diritti morali e diritti di utilizzazione economica dell'opera, naturalmente con la difficoltà per i dati

²⁶ S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, cit., 144 ss.; F. MIDIRI, *Proteggere i dati personali con le tutele del consumatore*, cit., 609-620.

²⁷ Questo aspetto, secondo G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, cit., 635-674, «oltre a esporre ad abusi derivanti dalla scorretta gestione di dati personali, potrebbe limitare lo sviluppo della persona attraverso il confinamento dello stesso entro profili predeterminati e ad un improprio condizionamento del modello di organizzazione politica, sociale, economica».

²⁸ In tal senso C. SOLINAS, *Circolazione dei dati personali, onerosità del contratto e pratiche commerciali scorrette*, cit., 321-333.

personali di ricreare una siffatta dicotomia²⁹. I dati personali sono espressione di un diritto assoluto, ma nella dimensione digitale contemporanea è innegabile che abbiano assunto una dimensione aggiuntiva, quella patrimoniale, idonea quindi a permeare un rapporto negoziale, che poggia su differenti presupposti di applicazione rispetto a quelli della *data protection*³⁰.

2.2 Il *quid* e il *quomodo*: a quali condizioni e con quali limiti il dato personale può essere commercializzato?

Nell'aspetto da ultimo esaminato emerge il *quid* ("cosa" possa esprimere valore economico), ossia come scomporre la componente patrimoniale o, per meglio dire, in quali fattispecie permettere che il dato personale possa rivelare questa componente patrimoniale, facendo in modo che il trattamento sia e resti al servizio dell'uomo³¹.

L'*an* e il *quid*, di conseguenza, si legano strettamente al *quomodo*: solo se la strada della valorizzazione economica del dato personale consente il rispetto della dignità, lo sviluppo della persona e la sua libertà, allora è possibile percorrerla. Il fine ultimo da perseguire, infatti, è evidentemente la tutela migliore da offrire alla persona³².

Pertanto la riflessione si sposta sul *quomodo*: con quali strumenti, con quali limiti e a quali condizioni è possibile valorizzare economicamente il dato personale senza rischiare di commercializzare insieme ai suoi dati la persona stessa con esiti imprevedibili che possono nuocere all'individuo e alla stessa società?

Al riguardo le norme in gioco svolgono un ruolo diverso, come emerge peraltro anche nell'esaminato caso di AGCM *versus* Facebook³³: le norme a tutela dei consumatori possono indicare come lo scambio debba essere attuato, mentre le norme in materia di *data protection* stabiliscono i criteri per verificare la legittimità sostanziale³⁴. La stessa direttiva europea 2019/770 precisa l'applicazione della normativa in materia di *data protection*, prevedendo, in

²⁹ Anche il diritto all'immagine è oggetto di atti di disposizione. Al riguardo cfr. G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, cit., 635-674, secondo cui, come in materia di diritto d'autore si distingue tra diritti "moral" e diritti "di sfruttamento economico dell'opera", anche in materia di protezione dei dati personali si potrebbe configurare un diritto morale e uno negoziale con il vantaggio di aumentare e completare le forme di tutela per il soggetto debole del rapporto.

³⁰ Cfr. A. LEONE, *Servizi digitali zero price e diritti dei consumatori*, cit., 233 ss.

³¹ Considerando 4, regolamento (UE) 2016/679.

³² Cfr. G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, cit., 635-674.

³³ *Supra*, § 2.1.

³⁴ Cfr. S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, cit., 133 ss.

caso di conflitto tra la direttiva 2019/770 e la normativa in materia di protezione dei dati personali, la prevalenza di quest'ultima³⁵.

Di conseguenza, ciò si declina in un diverso ambito di applicazione delle norme a tutela dei consumatori e di quelle in materia di *data protection*: le norme a tutela dei consumatori e gli strumenti di regolazione del mercato non sono chiamati a disciplinare nel merito lo scambio e perimetrare lo spazio di liceità del mercato dei dati personali, non sono destinati a indicare se sia lecito scambiare sul mercato i dati personali, ma sono tenuti a indicare come tale scambio debba essere condotto. La disciplina della *data protection* è invece chiamata a regolare il trattamento dei dati personali con effetti nei confronti delle libertà economico-negoziali. In tal senso la prospettiva patrimoniale si aggiunge, ma non deve attrarre, elidere né negare la considerazione della persona nell'ambito del fenomeno disciplinato, ma semplicemente arricchire la sfera delle tutele azionabili anche di quegli strumenti propri del diritto patrimoniale e contrattuale che diversamente non sarebbero accessibili per l'interessato³⁶. Pertanto, mentre la disciplina sui dati personali regola in via sostanziale il mercato dei dati stessi, stabilendo se e quando il loro scambio è ammesso, la disciplina a tutela dei consumatori regola le modalità di tale scambio, garantendone la trasparenza e accordando ai consumatori determinati rimedi.

Dunque tutele diverse da quella offerta dalla *data protection*, come quella consumeristica o concorrenziale, derivanti dalla valorizzazione economica del dato personale, dovrebbero essere intese come complementari e andare ad integrare l'insieme di tutele a disposizione del soggetto, rafforzando così la sua posizione; l'individuo è tutelato in modo duplice come persona e come parte debole dell'operazione economica³⁷. In tal modo non si assisterebbe a una mercificazione della persona, ma anzi alla sua valorizzazione nei diversi aspetti, compreso quello economico; del resto finora la tutela dell'interessato è rimasta confinata nell'ambito della protezione dei diritti della personalità e questo ampliamento di strumenti può tradursi in un connesso ampliamento di tutele³⁸.

³⁵ Art. 3, par. 8, direttiva (UE) 2019/770.

³⁶ Cfr. V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Rivista di diritto civile*, n. 3, 2020, 659, che riporta l'azione di esatto adempimento, la tutela contrattuale, la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e, in genere, la tutela del consumatore.

³⁷ Sono diversi anche i relativi obblighi informativi, funzionali da una parte al diritto fondamentale alla protezione dei dati personali e, dall'altra, alla corretta informazione da fornire al consumatore perché possa scegliere in modo consapevole; cfr. E. BATTELLI, *Negoziabilità dei dati personali e modelli di valorizzazione economica*, cit., 22 ss.

³⁸ V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, cit., 659 ss.

Pertanto, al fine di comprendere la regolazione in via “sostanziale” del mercato dei dati personali occorre avere riguardo non alle norme a tutela dei consumatori, ma alle disposizioni in materia di *data protection*.

In particolare, la disposizione a cui fare riferimento è quella secondo cui il consenso al trattamento dei dati personali deve essere manifestato “liberamente” e consapevole; in merito rileva la sentenza della Corte di Cassazione 2 luglio 2018, n. 17278, che si è espressa in materia³⁹. Al riguardo, più che di trasferimento o cessione dei dati si tratta di consenso al trattamento quale condizione di liceità ai sensi dell’art. 6 del regolamento europeo 2016/679, in quanto sono proprio l’“accesso ai dati” e il correlato utilizzo che diventano oggetto di scambio nell’ambito dei contratti per la fornitura di servizi online⁴⁰. Quando in corrispondenza di una data prestazione di un operatore economico viene fornito il consenso al trattamento dei dati personali dell’interessato, l’accesso fornito ai dati personali dell’interessato indica «l’interesse che l’operazione contrattuale è diretta a soddisfare»⁴¹. Il consenso quindi ha valore non solo quale strumento a tutela del diritto alla protezione dei dati personali, ma acquisisce altresì un’accezione patrimoniale e negoziale; del resto consenso e contratto sono elementi centrali per il diritto delle obbligazioni⁴².

La norma sul consenso e l’interpretazione della stessa sono snodi cruciali per la questione relativa alla valorizzazione economica dei dati personali; di conseguenza la riflessione deve spostarsi su questo profilo: in quali condizioni un consenso informato e consapevole è anche libero?

Nel rispondere a tale interrogativo si riaffaccia la dicotomia di orientamenti, già esaminata in precedenza.

Secondo un consolidato orientamento non è libero il consenso a cui viene subordinato l’accesso a un bene o servizio e, conseguentemente, il trattamento è illecito. L’obiettivo di tale approccio pare essere quello di scoraggiare lo sviluppo di un mercato basato sullo scambio di dati personali. Un simile modello somiglia a quanto previsto per gli atti di disposizione del corpo, rispetto a cui il nostro ordinamento vieta il collegamento sinallagmatico con una controprestazione; gli atti di disposizione del corpo, infatti, sono validi solo se

³⁹ Nella sentenza n. 17278 del 2018 la Corte di Cassazione sottolinea «l’esigenza di rimediare alla intrinseca situazione di debolezza dell’interessato, sia sotto il profilo della evidente “asimmetria informativa”, sia dal versante della tutela contro possibili tecniche commerciali aggressive o suggestive».

⁴⁰ Cfr. E. BATTELLI, *Negoziabilità dei dati personali e modelli di valorizzazione economica*, cit., 46.

⁴¹ V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Rivista di diritto civile*, n. 3, 2020, 653 ss.

⁴² Cfr. G. D’IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, cit., 635-674.

posti in essere a titolo gratuito, dal momento che sono considerati come atti aventi contenuto non patrimoniale⁴³.

In realtà, osservando il fenomeno, il modello adottato per gli atti di disposizione del corpo non si può impiegare anche con riguardo al “mercato” dei dati personali, dal momento che in tale contesto non è presente un netto divieto, proprio in considerazione di quanto previsto proprio dal regolamento europeo 2016/679. Il regolamento fornisce, infatti, indicazioni in merito a che cosa debba intendersi per consenso “libero”, dovendosi nella valutazione tenere «nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto»⁴⁴. Pertanto non è vietato subordinare l'esecuzione di un contratto alla prestazione del consenso al trattamento dei dati, ma, affinché il consenso sia libero, l'interessato deve avere una scelta effettiva e mantenere il controllo sui propri dati: l'effettività della scelta dipende dalla possibilità per l'interessato di accedere al servizio anche senza prestare il consenso al trattamento⁴⁵. Di conseguenza rileva ed è necessario valutare se un'alternativa equivalente sussiste anche nel caso in cui un servizio analogo, per il cui accesso non sia richiesto il consenso al trattamento, venga offerto da un altro operatore sul mercato; ipotesi da escludere nel caso di servizi offerti da operatori sostanzialmente monopolistici.

Il consenso è libero se prestato a fronte di un'“alternativa”, fornita dal medesimo o da diversi operatori, come chiarisce la Corte di Cassazione nella sentenza n. 17278 del 2018, secondo cui è lecito subordinare l'accesso a un bene o a un servizio alla prestazione del consenso al trattamento purché si tratti di un bene o servizio “fungibile”, da intendersi proprio come la possibilità di accedere a servizi analoghi ed esista, dunque, un'alternativa; di conseguenza il condizionamento va ritenuto sussistente se la prestazione offerta sia ad un tempo infungibile ed irrinunciabile per l'interessato⁴⁶. Sicuramente se si tratta di un servizio essenziale per l'interessato, di cui non vi è un equivalente facilmente accessibile, non sarà lecito condizionarne l'erogazione al consenso

⁴³ Cfr. E. BATTELLI, *Negoziabilità dei dati personali e modelli di valorizzazione economica*, cit., 29 ss.; S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, cit., 138 ss.

⁴⁴ Art. 7, par. 4, regolamento (UE) 2016/679.

⁴⁵ Gruppo di lavoro Articolo 29, riportato da S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, cit., 140.

⁴⁶ Cass. civ., sez. I, 2 luglio 2018, n. 17278. Cfr. L. ALBERTINI, *Responsabilità del social network per chiusura immotivata dell'account con distruzione dei dati ivi presenti. Sul rapporto giuridico utente/piattaforma: tra protezione e commercializzazione dei dati personali*, cit., 285.

al trattamento dei dati⁴⁷. Il consenso libero ed informato, inoltre, dovrà essere anche specifico e distinguibile da quello fornito per scopi diversi⁴⁸.

A guardare bene la fungibilità e la rinunciabilità del servizio sono critiche nella realtà concreta, dal momento che rinunciando ad alcuni servizi l'utente si troverebbe spesso nella condizione di non acquisire o perdere relazioni sociali, utili per la propria vita; ciò può concretamente tradursi in un'assenza sostanziale di scelta da parte della persona. Del resto la condizione dell'individuo nei rapporti con i colossi tecnologici è costituita da una libertà apparente e non autentica, dal momento che il mancato consenso espone all'indubbio pregiudizio di non fruire delle possibilità offerte dalle piattaforme digitali in termini relazionali, sociali e professionali e, più ampiamente, di non accedere alla propria vita digitale: al riguardo, è particolarmente significativo il considerando 42⁴⁹.

In merito è opportuno precisare che tramite il consenso l'interessato non trasferisce la proprietà e il controllo dei propri dati personali, ma, più semplicemente, consente di farne uso con la possibilità di limitare il consenso in alcuni casi unilateralmente o addirittura di revocarlo⁵⁰; nel caso dei dati si tratta, del resto, di beni particolari il cui utilizzo non implica una loro «consumazione»⁵¹. Il consenso non ha ad oggetto il diritto, personalissimo ed inalienabile, al dato personale, ma l'esercizio dello stesso, secondo le finalità del trattamento, ed è sempre revocabile.

Lo scambio dei dati personali può avvenire a fronte di un prezzo, allorché l'interessato ne autorizzi il trattamento in cambio di un corrispettivo in denaro, oppure, come accade frequentemente, a fronte di un contenuto o di un servizio digitale.

In tale contesto si è sviluppato anche il fenomeno della cosiddetta *infomediation*, dove un'impresa si pone come intermediaria tra il titolare del trattamento e l'interessato, al fine di agire in favore e per conto di quest'ultimo, anche garantendo il pagamento di un prezzo all'interessato, sfruttando anche il diritto alla portabilità dei dati riconosciuto dall'art. 20 del regolamento eu-

⁴⁷ Cfr. S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, cit., 142 ss., secondo cui problemi possono invece sorgere nel caso in cui il servizio sia infungibile, ma non "irrinunciabile" (Facebook).

⁴⁸ L. ALBERTINI, *Responsabilità del social network per chiusura immotivata dell'account con distruzione dei dati ivi presenti. Sul rapporto giuridico utente/piattaforma: tra protezione e commercializzazione dei dati personali*, cit., 286 ss.

⁴⁹ Secondo il considerando 42, regolamento (UE) 2016/679 «il consenso non dovrebbe essere considerato liberamente espresso se l'interessato non è in grado di operare una scelta autenticamente libera o è nell'impossibilità di rifiutare o revocare il consenso senza subire pregiudizio».

⁵⁰ E. BATTELLI, *Negoziabilità dei dati personali e modelli di valorizzazione economica*, cit., 35.

⁵¹ V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, cit., 657.

ropeo 2016/679⁵². Il regolamento (UE) 2022/868, *Data Governance Act*, favorisce e incentiva l'intermediazione dei dati e prevede il consenso all'utilizzo di dati personali con l'aiuto di un "intermediario per la condivisione dei dati personali", il cui compito consiste nell'aiutare i singoli individui a esercitare i propri diritti a norma del regolamento sulla protezione dei dati. Il fenomeno tuttavia non è scevro da problematiche e rischi, correlati alla potenziale esaltazione della redditività dei dati personali, incoraggiandone l'utilizzo per fini commerciali e portando a una progressiva erosione e a un potenziale svilimento delle garanzie a tutela degli interessati⁵³.

Pertanto nei diversi aspetti in cui si snoda la questione relativa alla valorizzazione economica dei dati emerge costantemente la necessità di una peculiare attenzione a raggiungere un saggio equilibrio, evitando che l'ampliamento degli strumenti di protezione della persona possa nascondere rischi di mercificazione della persona stessa.

3. Il valore dei dati e il modello di governo della tecnologia

Sempre sul *quomodo* è opportuno aggiungere qualche notazione finale.

Alla base della complessa riflessione circa la valorizzazione economica dei dati personali sono presenti le scelte valoriali fondamentali del modello europeo di governo della tecnologia che si intende disegnare, che coinvolge il ruolo della persona, gli interessi collettivi, la società, le geometrie di potere, il rapporto tra pubblico e privato. La scelta tra ritenere lecito o meno lo scambio di dati personali contro beni o servizi e come farlo produce effetti che travalicano la disciplina della *data protection* e riguardano anche la disciplina a tutela del consumatore, la tutela della concorrenza e la regolazione dei mercati in relazione alle piattaforme digitali coinvolte⁵⁴; questo aspetto incide più ampiamente sulla *governance* stessa della dimensione digitale.

⁵² Sono inquadrabili nel fenomeno dell'*infomediatio* Lumeria, Weople e ErnieApp, per la cui analisi si rinvia a F. BRAVO, *Intermediazione di dati personali e servizi di data sharing dal GDPR al Data Governance Act*, in *Contratto e impresa. Europa*, n. 1, 2021, 215 ss.

⁵³ Cfr. F. BRAVO, *Intermediazione di dati personali e servizi di data sharing dal GDPR al Data Governance Act*, cit., 214, che descrive il fenomeno della *infomediatio* come quello in cui le *data companies* «si propongono – almeno formalmente – di agire in favore e per conto degli interessati, di cui acquisiscono una mole impressionante di dati, al fine di ottenere, presso fornitori terzi, la produzione di valore economico-monetario, che viene trasferito agli stessi previa decurtazione di una quota, destinata a remunerare i servizi resi dalla data company "infomediaria"». In merito cfr., altresì, D. POLETTI, *Gli intermediari dei dati*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, n. 1, 2022, 45-56.

⁵⁴ Cfr. E. BATTELLI, *Negoziabilità dei dati personali e modelli di valorizzazione economica*, cit., 21 ss.

Come devono essere regolati tali fenomeni perché le norme possano essere effettive⁵⁵? Quali poteri e quale nuovo modello di *governance* delle autorità coinvolte sono adeguati al mutato contesto in cui il diritto alla protezione dei dati personali disvela anche una componente patrimoniale? Quale orizzonte giuridico di Internet, per dirla con le parole del Maestro Frosini⁵⁶, e quale ordinamento giuridico digitale è necessario costruire?

Nel rispondere a questi complessi interrogativi che caratterizzano la fisionomia della futura dimensione digitale vengono in gioco gli strumenti e la forma del diritto.

Nel quadro regolatorio europeo, per quanto attiene agli strumenti giuridici, emerge l'esigenza di una sorta di "convergenza" di discipline normative a tutela della persona nelle sue vesti di interessato, utente, consumatore e cittadino, al fine di proteggerla in modo effettivo ed efficace, che va a sommarsi alla convergenza tra protezione/controllo, da una parte, e circolazione/apertura, dall'altra, oltre a una convergenza anche da un punto di vista soggettivo tra il settore pubblico e quello privato, chiamati a una collaborazione e cooperazione atte a questi fini. Proprio al fine di garantire il diritto del singolo al controllo e al governo dei propri dati con la necessità di una loro circolazione, propedeutica allo sviluppo del mercato, circoscrivendo e limitando al tempo stesso il potere dei colossi digitali, sono stati approvati i recenti regolamenti europei tesi a disciplinare la dimensione digitale⁵⁷, come il *Digital Services Act* (regolamento UE 2022/2065), il *Digital Markets Act* (regolamento UE 2022/1925), il *Data Governance Act* (regolamento UE 2022/868), etc.

Sotto il profilo della forma, emerge nel *framework* regolatorio europeo recente e, più in generale, nelle norme che trattano il rapporto tra diritto, diritti e tecnologia, la tensione costante tra certezza e prevedibilità⁵⁸, da un lato, e flessibilità e adattabilità, dall'altro, necessarie per garantire efficacia⁵⁹. Questo

⁵⁵ Al riguardo lo stesso strumento del consenso nella dimensione digitale mostra i suoi limiti e rischia di non proteggere concretamente l'individuo, che si rivela spesso inconsapevole e non autenticamente libero per i motivi richiamati precedentemente.

⁵⁶ V. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2, 2000, 271 ss.

⁵⁷ Alla base della regolazione in materia, emerge l'esigenza di una regolamentazione del mercato, per evitare l'abuso da parte delle aziende *Big Tech*.

⁵⁸ Tale istanza emerge nello stesso cambiamento di approccio dell'Unione europea, che negli ultimi anni per regolare la dimensione digitale sceglie lo strumento del regolamento dotato di maggiore *vis* sugli Stati membri rispetto alla direttiva.

⁵⁹ Questa esigenza si traduce nella presenza non solo di norme strettamente intese, ma anche di *soft law*, atti di indirizzo, linee guida, strategie di istituzioni, autorità, organismi fino a forme di *co-regulation* e di *self-regulation*, oltre a meccanismi di flessibilità nelle norme, quali obblighi di valutazione e revisione degli atti, procedure più snelle anche al di fuori del procedimento legislativo e meccanismi come le *regulatory sandboxes*.

aspetto consegue alla necessità di un complesso articolato di regole diverse atte a costruire un diritto complessivamente sostenibile e, a tal fine, tese a garantire certezza del diritto, tutelando i diritti delle persone, ma anche ad assicurare adattabilità allo sviluppo e ai cambiamenti della tecnologia, riuscendo a trovare un virtuoso equilibrio tra interessi diversi grazie a un approccio *multistakeholder*, in cui gli Stati sono chiamati a nuove forme di cooperazione e collaborazione.

In tale contesto, la sfida è proprio quella di trovare un punto di caduta, un ragionevole bilanciamento tra diritti, istanze e interessi diversi, in cui si colloca anche la necessità di equilibrio tra protezione della persona e libera circolazione dei dati, funzionale alla promozione del mercato, valori perseguiti parimenti dalla normativa in materia, che esplicitamente non interpreta la protezione dei dati personali come un valore assoluto, ma considera la sua funzione sociale e l'interesse generale che può limitarla⁶⁰. Il giurista è chiamato ad operare un ragionevole bilanciamento e giungere ad un'interpretazione del sistema normativo che renda possibile conciliare la prospettiva contrattuale con il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali con le sue caratteristiche di indisponibilità, imprescrittibilità ed assolutezza, tutelando l'individuo allo stesso tempo come persona, ma anche come parte di un'operazione economica di scambio dei dati.

In tale quadro di riferimento, nella consapevolezza dei potenziali rischi della valorizzazione economica del dato, è necessario un rafforzamento dello spazio giuridico pubblico a protezione dei diritti e delle libertà della persona evidentemente andato perduto nell'asimmetria contemporanea dei rapporti tra utenti e piattaforme, che passa necessariamente dal ruolo delle autorità indipendenti coinvolte, le uniche capaci ontologicamente di trovare quell'equilibrio tra certezza e flessibilità e creare, di conseguenza, un diritto sostenibile.

Pertanto la riflessione deve concentrarsi sul modello di governo della tecnologia, nel cui contesto rileva anche la natura ambivalente del dato personale, oggetto di un diritto ma anche bene dotato di valore economico, e sulla conseguente ridefinizione delle competenze delle autorità amministrative indipendenti coinvolte, quali Garante per la protezione dei dati personali e AGCM, che esige una stretta collaborazione tra autorità e un'applicazione congiunta della normativa⁶¹. Tale prospettiva si colloca nella direzione di un approccio orizzontale che scardina i sistemi regolatori verticali, meno adatti

⁶⁰ Considerando 4, regolamento (UE) 2016/679.

⁶¹ Cfr. E. BATTELLI, *Negoziabilità dei dati personali e modelli di valorizzazione economica*, cit., 25 ss., secondo cui il Garante per la protezione dei dati personali e l'AGCM sono «consapevoli (certamente più degli individui direttamente interessati) del valore che i dati personali assumono negli ambiti rispettivamente affidati alla loro regolazione».

da sempre al volto orizzontale della rete, ed evita il rischio di autorità che possano far pendere la bilancia sull'uno o sull'altro diritto a protezione del quale la specifica autorità è istituita e conseguentemente si muove, abbracciando invece un approccio olistico conforme alla complessità digitale e all'intreccio tra diritti e interessi diversi. In questa esigenza di *governance* emerge la richiamata necessità di recuperare uno spazio giuridico pubblico⁶².

Ai fini di una tutela effettiva ed efficace della dignità e dei diritti fondamentali delle persone, occorre un'intensa attività da parte delle autorità amministrative indipendenti coinvolte, mosse da collaborazione reciproca, nell'ambito del meccanismo di cooperazione disegnato dal regolamento stesso, applicando la tutela offerta dalla disciplina in materia di protezione dei dati personali, ma anche, a seconda dei casi, quella a tutela dei consumatori o quella a tutela della concorrenza⁶³.

Oltre a questo, a fronte dei potenziali pericoli, con riferimento all'aspetto negoziale può essere opportuno arrivare a una regolazione specifica e a creare nuovi modelli contrattuali o autorizzatori-prescrittivi, al fine di perseguire l'interesse generale di limitarne l'impatto sociale ed economico. Al riguardo, può essere interessante la proposta rappresentata dalla redazione, promozione e adozione di un contratto regolamentato di cessione dei dati personali (altrimenti da considerare come contratto atipico), con clausole predeterminate nelle quali il bilanciamento degli interessi in gioco venga operato *ex ante* dal legislatore, preferibilmente europeo, insieme alle autorità indipendenti coinvolte, ai soggetti collettivi portatori degli interessi in gioco e agli operatori del mercato; un contratto di cessione dei dati personali, infatti, dovrebbe essere frutto di un processo *multistakeholder*, al fine di garantirne solidità ed efficacia.

In tal modo si tutelerebbe il soggetto debole, ma allo stesso tempo si regolerebbe anche il mercato, considerando quindi il soggetto nelle sue vesti di interessato, ma anche di utente/consumatore, avendo effetti benefici anche nel momento della valutazione del giudice circa le condizioni contrattuali stabilite dalle piattaforme digitali. Naturalmente occorrono accorgimenti, quali escludere dalla commercializzazione le categorie particolari di dati personali di cui agli artt. 9 e 10 del regolamento europeo 2016/679 e porre attenzione che l'eventuale beneficio economico riconosciuto dal titolare

⁶² Lo stesso regolamento (UE) 2016/679 ha rafforzato i poteri delle autorità garanti; cfr. E. BATELLI, *Negoziabilità dei dati personali e modelli di valorizzazione economica*, cit., 47, che sottolinea come il rafforzamento delle autorità garanti arriva nel regolamento europeo «fino a ricomprendere misure tipiche della regolazione amministrativa dei mercati, quali sono i poteri di dettare le condizioni dei contratti che vengono stipulati nei mercati affidati alle loro cure, così presiedendo ai fenomeni circolatori dei dati personali».

⁶³ E. BATELLI, *Negoziabilità dei dati personali e modelli di valorizzazione economica*, cit., 51 ss.

all'interessato non sia proporzionato alla quantità di dati personali, al fine di evitare che l'interessato sia indotto a consentire il trattamento di un numero sempre maggiore di dati, a fronte del beneficio economico conseguibile, rischiando di scivolare verso condizionamenti e mercificazioni⁶⁴.

Ad avviso di chi scrive il pericolo sotteso alla valorizzazione economica e alla commerciabilità dei dati personali sta nel fatto che le presunte maggiori tutele richiamate a suo sostegno sono sempre confinate in un rapporto bilaterale, che nella tutela effettiva ha scricchiolato (si pensi al consenso) e che in tale contesto si ripropone applicando le regole contrattuali, sollevare la cui violazione di nuovo è compito rimesso all'utente, soggetto debole. In considerazione del fatto che l'obiettivo è garantire maggiore protezione all'interessato, il rischio è aumentare o meglio diversificare le possibilità di tutela della persona grazie a strumenti contrattuali, ma rimanendo sempre nel rapporto bilaterale e quindi rimettendo sempre in capo ad un soggetto debole le tutele e la possibilità di azionarle. Nel quadro europeo si manifesta una tendenza ad attribuire all'interessato il controllo dei propri dati, con lo scopo di realizzare una sorta di "*data subject empowerment*", rendendolo soggetto attivo e, di conseguenza, maggiormente libero. Ma proprio questa convinzione desta dubbi alla luce delle sorti che ha avuto il consenso a livello concreto.

Forse invece, anche in considerazione del diritto di cui si tratta, dei pericoli della mercificazione e delle ricadute a cascata sull'applicazione di una serie di norme e sul modello di *governance* delle autorità, può essere opportuno riflettere sulla costruzione di un'autodeterminazione collettiva che, consapevole dei valori collettivi in gioco ma anche degli effetti collettivi che ogni operazione singola può avere, immagini forme di negoziazione e tutela collettiva, decidendo *ex ante* ed *ex post* anche al posto del soggetto: ciò è capace di ristabilire uno spazio giuridico pubblico, si concilia con l'autodeterminazione individuale per rafforzarla e permette di evitare rischi di mercificazione della persona. Non bisogna dimenticare, del resto, la dimensione di massa del fenomeno in esame, per cui la liceità del singolo scambio andrà valutata alla luce dei più generali interessi coinvolti. In altri termini, può essere il tempo di un'evoluzione e una maturazione che conducano dalla protezione di interessi individuali alla protezione di un fondamentale interesse collettivo della comunità sociale, considerando che l'autodeterminazione informativa talvolta si trasforma, nella dimensione digitale, da libertà fondamentale in interesse collettivo, esigendo una regolazione in tal senso⁶⁵.

⁶⁴ E. BATTELLI, *Negoziabilità dei dati personali e modelli di valorizzazione economica*, cit., 48 ss. Diversamente secondo V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, cit., 650 ss. è opportuna la scelta di non restringere le possibili variabili in un'astratta previsione schematica o "tipo contrattuale".

⁶⁵ F. MIDIRI, *Proteggere i dati personali con le tutele del consumatore*, cit., 609-620.

Il cambiamento pervasivo determinato dallo sviluppo delle tecnologie e dalla centralità assunta dai dati investe i complessi equilibri consolidati tra diritti e libertà, il bilanciamento tra interessi contrapposti, il rapporto tra poteri e la tenuta dei principi democratici fondamentali, influenzando le direttrici culturali ed etiche del futuro. Fin dall'origine delle tecnologie nel dialogo tra diritto e tecnica la riflessione ha dovuto concentrarsi su un necessario equilibrio fra interessi. In questo scenario si pone una chiara responsabilità pubblica nel garantire effettiva tutela ai diritti e alla persona, affrontando complessi, saggi e necessari bilanciamenti tra diritti e interessi che nella dimensione digitale si intrecciano e confliggono, mossi da tensioni diverse.

Garantire i diritti e le libertà nella dimensione digitale involge la *governance* della tecnologia ed è quanto mai necessario provare a individuare l'“ordinamento giuridico digitale”, ossia il modello di governo della tecnologia cui siamo e dovremmo essere indirizzati, capace di tutelare in modo efficace la persona e la società rispetto alla tecnologia: un diritto sostenibile, capace di bilanciare protezione e circolazione, certezza e flessibilità senza impattare negativamente sulla società grazie a un saggio equilibrio tra diritti e interessi, facendo leva su un approccio olistico, al cui centro situare la persona, per far sì come vuole il regolamento europeo che il trattamento dei dati personali sia al servizio dell'uomo⁶⁶.

⁶⁶ Considerando 4, regolamento (UE) 2016/679.

LA CONSULTAZIONE DEI PORTATORI DI INTERESSI
NELL'ELABORAZIONE DEGLI ATTI DELL'UNIONE EUROPEA IN
MATERIA DI INTELLIGENZA ARTIFICIALE: IL CASO
DELL'ALLEANZA EUROPEA PER L'IA*

GABRIELE RUGANI**

Sommario

1. Introduzione: la nascita dell'interesse dell'UE per l'intelligenza artificiale e la pressoché contestuale genesi dell'Alleanza per l'IA. – 2. Il funzionamento dell'Alleanza europea per l'IA. – 3. Il ruolo svolto dall'Alleanza europea per l'IA con riferimento all'AI HLEG e agli "Orientamenti etici per un'IA affidabile". – 4. Il ruolo svolto dall'Alleanza europea per l'IA nell'elaborazione delle proposte di atti legislativi dell'UE. – 5. Riflessioni conclusive sul coinvolgimento degli *stakeholder* nella regolamentazione dell'IA a livello UE.

Abstract

The paper focuses on the consultation with stakeholders in drafting EU acts, both non-binding and binding, in the field of artificial intelligence (AI), with particular reference to the role of a platform specifically created for discussions on such matter: the "European AI Alliance". Preliminary, the article retraces the genesis of the EU's interest in the area and describes the creation and functioning of the instrument at stake (which is hosted by the "Futurium" online platform). Then, the paper takes into consideration the main EU initiatives concerning AI, such as the "Ethics Guidelines for Trustworthy AI" and the Proposal for a Regulation "laying down harmonized rules on artificial intelligence" ("AI Act"), with the aim of highlighting the contribution provided to such initiatives by the consultation with stakeholders and, in particular, by the activity of the AI Alliance. Finally, it will be possible to make some considerations on the peculiar features of the dialogue between EU institutions and stakeholders in the specific field of AI regulation.

Suggerimento di citazione

G. RUGANI, *La consultazione dei portatori di interessi nell'elaborazione degli atti dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale: il caso dell'alleanza europea per l'IA*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2023. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Contributo realizzato nell'ambito del Progetto PRIN 2017 "Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law" (SE.CO.R.E TECH), Unità di Pisa.

** Assegnista di ricerca post-dottorale in Diritto dell'Unione europea e Diritto internazionale presso l'Università di Pisa.

Contatto: gabriele.rugani@jus.unipi.it.

1. Introduzione: la nascita dell'interesse dell'UE per l'intelligenza artificiale e la pressoché contestuale genesi dell'Alleanza per l'IA

Il presente contributo intende concentrarsi sul ruolo della consultazione dei portatori di interessi nell'elaborazione degli atti dell'UE, giuridicamente vincolanti o meno, in materia di intelligenza artificiale (IA), prestando specifica attenzione alla funzione svolta da una piattaforma creata *ad hoc* per le discussioni concernenti tale tematica: ci si riferisce alla c.d. "Alleanza europea per l'IA".

Sul piano metodologico, sarà innanzitutto necessario ricostruire la nascita dell'interesse dell'UE per l'IA, così come la pressoché contestuale genesi della piattaforma di cui trattasi, di cui verrà anche illustrato il concreto funzionamento. Dopo tali operazioni preliminari, sarà quindi possibile prendere in esame alcune delle più importanti iniziative finora intraprese dall'Unione nel settore: ciò non certo con la pretesa di analizzare con esaustività l'intera azione UE in materia di IA e il contenuto di ogni singolo atto (sarebbe di sicuro impossibile in questa sede)¹, ma esclusivamente al fine di mettere in risalto l'apporto fornito alle suddette iniziative dalla consultazione degli *stakeholder* e, più nello specifico, dall'attività dell'Alleanza, che rappresenta il miglior esempio di democrazia partecipativa nel campo dell'IA a livello UE². A seguito di tale operazione, sarà infine possibile sviluppare alcune riflessioni concernenti certe peculiari caratteristiche del coinvolgimento dei portatori di interessi da parte delle istituzioni UE nello specifico ambito della regolamentazione dell'intelligenza artificiale.

Preliminarmente, come anticipato, occorre ripercorrere ancorché in breve l'origine dell'interesse dell'Unione per l'IA, motivato principalmente da due ordini di ragioni: da un lato, incentivare l'utilizzo delle tecnologie in questio-

¹ Per una panoramica dell'azione UE in materia di IA, invece, v. *inter alios*: I. ULNICANE, *Artificial intelligence in the European Union. Policy, ethics and regulation*, in T. HOERBER, G. WEBER, I. CABRAS (a cura di), in *The Routledge Handbook of European Integrations*, Routledge, Londra-New York, 2022, 254 ss. Per un'indagine, ancor più generale, sull'elaborazione di norme etiche e giuridiche in materia di intelligenza artificiale, v. *inter alios*: M.D. DUBBER, F. PASQUALE, S. DAS (a cura di), *The Oxford Handbook of Ethics of AI*, Oxford University Press, Oxford, 2021; D.E. HARASIMIUK, T. BRAUN, *Regulating Artificial Intelligence. Binary Ethics and the Law*, Routledge, Londra-New York, 2021; B. CUSTERS, E. FOSCH-VILLARONGA (a cura di), *Law and Artificial Intelligence. Regulating AI and Applying AI in Legal Practice*, Asser Press-Springer, L'Aia, 2022; A. MANTELERO, *Beyond Data Human Rights. Ethical and Social Impact Assessment in AI*, Asser Press-Springer, L'Aia, 2022.

² D.E. HARASIMIUK, T. BRAUN, *Regulating Artificial Intelligence. Binary Ethics and the Law*, cit., 46, in cui l'Alleanza per l'IA viene definita proprio come un esempio di "Participatory democracy in the field of AI on European level". Per una più ampia analisi dei meccanismi di democrazia partecipativa a livello UE, invece, v. *inter alios*: L. HENNEN, I. VAN KEULEN, I. KORTHAGEN, G. AICHHOLZER, R. LINDNER, R. Ø. NIELSEN (a cura di), *European E-Democracy in Practice*, Springer, Cham, 2020.

ne, le quali sono in grado di apportare una vasta gamma di benefici economici e sociali in tutto lo spettro delle attività industriali e sociali, e affermare ulteriormente la *leadership* tecnologica dell'UE; dall'altro, proteggere le persone fisiche e la società dai nuovi rischi e dalle conseguenze negative che da tali tecnologie possono derivare. Contestualmente, si comprenderanno anche le ragioni per cui l'UE ha ritenuto utile la consultazione degli *stakeholder* e l'istituzione dell'Alleanza per l'IA.

Già tra il 2016 e il 2017, alcuni attori istituzionali UE hanno sollecitato la Commissione a proporre una disciplina del settore in esame: ci si riferisce, soprattutto, al Parlamento europeo, che in data 16 febbraio 2017 ha adottato una Risoluzione “recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica”³ chiedendo la presentazione di una proposta di Direttiva⁴. Nell'ottobre 2017, poi, il Consiglio europeo ha dichiarato che l'UE deve essere consapevole dell'urgenza di far fronte alle tendenze emergenti come l'IA, garantendo nel contempo un elevato livello di protezione dei dati, dei diritti digitali e delle norme etiche; in tale ottica, ha invitato la Commissione a presentare, entro l'inizio del 2018, “un approccio europeo all'intelligenza artificiale”⁵.

Alla luce di simili impulsi, nell'aprile del 2018 la Commissione ha adottato una Comunicazione intitolata “L'intelligenza artificiale per l'Europa”⁶, in cui ha proclamato che “L'UE può assumere un ruolo guida nello sviluppo e nell'impiego dell'IA per il bene di tutti”⁷. Partendo da tale affermazione, la Commissione ha dunque assunto tre impegni, distinti ma complementari tra di loro. Il primo consisteva nel dare impulso alla capacità tecnologica e industriale dell'UE e all'adozione dell'IA in tutti i settori economici, sia privati che pubblici. Il secondo, invece, nel prepararsi ai cambiamenti socio-economici apportati dall'IA, incoraggiando la modernizzazione dell'istruzione e dei sistemi di formazione, e fornendo appoggio alle transizioni nel mercato del lavoro. Il terzo, infine, nell'assicurare un “quadro etico e giuridico” adeguato, basato sui valori dell'Unione e coerente con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE⁸. Da precisare come in quest'ambito etica e diritto siano infatti per-

³ Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)).

⁴ *Ibid.*, § 65.

⁵ Conclusioni del Consiglio europeo del 19 ottobre 2017, in base a cui: “[...] *The European Council invites the Commission to put forward a European approach to artificial intelligence by early 2018 [...]*”.

⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni “L'intelligenza artificiale per l'Europa”, 25 aprile 2018, COM/2018/237 final.

⁷ *Ibid.*, p. 2.

⁸ *Ibid.* pp. 3-4

cepiti come necessariamente complementari: l'etica può aiutare nell'interpretazione del diritto, o può raccomandare condotte che non sono direttamente imposte dal diritto; detto in altri termini, il diritto fornisce le regole del gioco, ma non spiega come giocare bene sulla base di dette regole (*"the law provides the rules of the game, but does not indicate how to play well according to the rules"*)⁹.

Ai fini della presente trattazione, comunque, interessa in particolar modo proprio il terzo e ultimo aspetto menzionato. Per poter predisporre il "quadro etico e giuridico" di cui trattasi, infatti, la Commissione ha fin da subito evidenziato che si sarebbe resa necessaria una "collaborazione con i portatori di interessi", e ha anche individuato lo strumento da istituire per rendere possibile tale collaborazione: un'ampia piattaforma multilaterale denominata "Alleanza europea per l'IA"¹⁰.

Nella Comunicazione, la Commissione ha poi provveduto a illustrare ancor meglio tali concetti. Date infatti le dimensioni delle sfide associate all'IA, è stata ritenuta essenziale "la mobilitazione totale di partecipanti molto diversi tra loro, tra cui imprese, organizzazioni dei consumatori, sindacati e altri rappresentanti della società civile". Perciò, la Commissione si è impegnata ad agevolare la creazione e la messa in funzione, entro luglio 2018, dell'Alleanza europea per l'IA, piattaforma pensata per occuparsi di tutti gli aspetti dell'intelligenza artificiale: essa avrebbe coinvolto tutti i portatori di interessi pertinenti per raccogliere contributi, scambiare opinioni, condividere buone pratiche, sviluppare e attuare misure comuni per incoraggiare lo sviluppo e l'impiego dell'IA. La Commissione, inoltre, si è impegnata a facilitare le interazioni dell'Alleanza con il Parlamento europeo, gli Stati membri, il Comitato economico e sociale europeo, il Comitato delle regioni e le organizzazioni internazionali, per rendere il dialogo ancor più proficuo¹¹.

Giova infine ricordare che, nella medesima Comunicazione e sempre nell'ottica di predisporre un "quadro etico e giuridico" adeguato in materia di IA, la Commissione ha fatto riferimento anche alla creazione di un "gruppo di esperti", che avrebbe fornito un aiuto nell'analizzare ulteriormente le nuove sfide¹².

La Commissione non ha tardato ad attuare i propri propositi: l'Alleanza europea per l'intelligenza artificiale, infatti, è stata istituita già nel giugno

⁹ L. FLORIDI, *Establishing the Rules for Building Trustworthy AI*, in *Nature Machine Intelligence*, 2019, 261-262.

¹⁰ Comunicazione della Commissione, "L'intelligenza artificiale per l'Europa", cit., p. 4.

¹¹ *Ibid.*, pp. 19-20.

¹² *Ibid.*, p. 18.

2018¹³ e ha fin da subito raccolto un gran numero di adesioni¹⁴. Nel medesimo mese la Commissione ha nominato anche i 52 membri del “Gruppo di esperti ad alto livello sull’intelligenza artificiale” o “*High-Level Expert Group on Artificial Intelligence*”, noto anche come AI HLEG¹⁵: si anticipa che l’analisi delle funzioni di quest’ultimo sarà necessaria per meglio comprendere quelle svolte dalla stessa Alleanza per l’IA quantomeno nella prima fase della sua attività.

2. Il funzionamento dell’Alleanza europea per l’IA

Alcuni brevi cenni li merita, a questo punto, il concreto funzionamento dell’Alleanza per l’IA.

In primo luogo, occorre ricordare che l’Alleanza è materialmente ospitata sulla piattaforma *Futurium* dell’Unione europea. Quest’ultima era stata inizialmente sviluppata per essere utilizzata come contenitore di idee da “*Digital Futures*”, progetto lanciato nel 2011 dalla Direzione generale della Commissione europea “Reti di comunicazione, contenuti e tecnologie” (meglio nota come DG Connect)¹⁶; tale progetto ha coinvolto migliaia di *stakeholder* nell’elaborazione di visioni di lungo termine per ispirare le future scelte strategiche dell’UE in materia di digitale e si è concluso nel dicembre 2013¹⁷. La piattaforma *Futurium*, tuttavia, è rimasta attiva anche in seguito, diventando uno spazio su cui sperimentare nuovi modelli di *policymaking* basati sulla partecipazione dei portatori di interessi: essa tenta di abbinare la natura informale dei *social network*, la semplicità dei *wiki*¹⁸ e l’approccio metodologico delle

¹³ Sul punto, v. la pagina del sito ufficiale della Commissione europea dedicata a “L’Alleanza europea per l’IA”, disponibile al seguente link: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/policies/european-ai-alliance>

¹⁴ Sul punto v., *inter alios*: A. RENDA, *Artificial Intelligence. Ethics, governance and policy challenges*, Centre for European Policy Studies (CEPS), Bruxelles, 2019, 44, che illustra come l’Alleanza europea per l’IA “*quickly attracted many adherents (2,656 participants had registered as of 4 February 2019)*”.

¹⁵ Sul punto, v. la pagina del sito ufficiale della Commissione europea dal titolo “*Commission appoints expert group on AI and launches the European AI Alliance*”, pubblicata in data 14 giugno 2018 e disponibile al seguente link: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-appoints-expert-group-ai-and-launches-european-ai-alliance>

¹⁶ Sulla Direzione generale della Commissione europea “Reti di comunicazione, contenuti e tecnologie”, v. la pagina dedicata del sito ufficiale della Commissione europea, disponibile al seguente link: https://commission.europa.eu/about-european-commission/departments-and-executive-agencies/communications-networks-content-and-technology_it

¹⁷ Sul punto, v.: Commissione europea, *Digital Futures Final Report. A Journey into 2050 Visions and Policy Challenges*, disponibile al seguente link:

https://espas.secure.europarl.europa.eu/orbis/sites/default/files/generated/document/en/Digital%20Futures_final_report.pdf, p. 5.

¹⁸ Col termine “*wiki*” si intende solitamente un sito web o software al cui continuo aggiornamento concorrono gli utenti stessi, con i loro contributi originali e successive modifiche, revisioni, integrazioni, messe a punto allo scopo di condividere informazioni quanto più complete e aggiornate

previsioni¹⁹ (“*the Futurium online platform [...] combines the informal character of social networks the simplicity of wikis and the methodological approach of foresights*”)²⁰; tutto ciò, al fine di massimizzare il coinvolgimento degli *stakeholder* e permettere loro di contribuire il più possibile alla formazione delle politiche che sono per loro di interesse²¹. Anche se, come si è detto, la piattaforma era stata originariamente pensata per discutere di tematiche digitali, è bene ricordare che oggi vi è spazio anche per qualunque altro tema rilevante per l’Unione europea²².

La piattaforma *Futurium*, al suo interno, è articolata in più “gruppi” tematici a cui gli utenti possono iscriversi²³; per poter interagire è tuttavia previamente necessario registrarsi mediante la creazione di un *account* su “*EU Login*”²⁴. Successivamente, è possibile accedere ai gruppi e contribuire creando *post* con documenti, immagini o video²⁵.

(sul punto v., *inter alios*, “I Dizionari” di “La Repubblica” al seguente link: <https://dizionari.repubblica.it/Italiano/W/wiki.html>).

¹⁹ La “previsione” viene definita dalla Commissione europea come “la disciplina che esplora, prevede e orienta il futuro, contribuisce a costruire e utilizzare l’intelligenza collettiva in maniera strutturata e sistematica per pronosticare gli sviluppi futuri e prepararsi meglio ai cambiamenti” (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio “Relazione 2020 in materia di previsione. Previsione strategica: tracciare la rotta verso un’Europa più resiliente”, 9 settembre 2020, COM/2020/493 final, § 1 “Integrare la previsione strategica nella definizione delle politiche dell’UE”).

²⁰ Commissione europea, *Digital Futures Final Report. A Journey into 2050 Visions and Policy Challenges*, cit., p. 5.

²¹ Sulla piattaforma *Futurium*, v. F. ACCORDINO, *The Futurium – a Foresight Platform for Evidence-Based and Participatory Policymaking*, in *Philosophy & Technology*, 2013, 321 ss.

²² Sul punto, v. la pagina del sito ufficiale della Commissione europea dal titolo “*Futurium – A proposito*”, disponibile al seguente link: <https://futurium.ec.europa.eu/it/node/10>

²³ Sul punto, v. la pagina del sito ufficiale della Commissione europea dal titolo “*Futurium – Gruppi*”, disponibile al seguente link: <https://futurium.ec.europa.eu/it/groups>

²⁴ “EU Login” è il servizio di autenticazione della Commissione europea che consente di accedere a una serie di servizi web della medesima Commissione con un unico indirizzo di posta elettronica e un’unica password; sul punto, v. la pagina del sito ufficiale della Commissione europea dal titolo “Introduzione a EU Login”, disponibile al seguente link:

[https://webgate.ec.europa.eu/cas/about.html?loginRequestId=ECAS_LR-58698054-](https://webgate.ec.europa.eu/cas/about.html?loginRequestId=ECAS_LR-58698054-HZxI-)

[mIentw1ReeQORZZp1dFCAUZpSgzodFTzK85NBtjkenqLe7tNwjuEof9eUwEk5nC8bfKjJuidUBguT2RRWF-yntOf97TTHq0GemtNMIM6i-tHEYJqgKNwxhZxjxkZnDEX6bdJsdYJcfMix835ZT5yzLEVdcjJYkzndgIjPiZ0zd54zGV8ALUt200st9iERizu0](https://webgate.ec.europa.eu/cas/about.html?loginRequestId=ECAS_LR-58698054-HZxI-mIentw1ReeQORZZp1dFCAUZpSgzodFTzK85NBtjkenqLe7tNwjuEof9eUwEk5nC8bfKjJuidUBguT2RRWF-yntOf97TTHq0GemtNMIM6i-tHEYJqgKNwxhZxjxkZnDEX6bdJsdYJcfMix835ZT5yzLEVdcjJYkzndgIjPiZ0zd54zGV8ALUt200st9iERizu0)

La registrazione è un’operazione piuttosto semplice, che richiede pochi minuti; un *tutorial* su come creare un *account* “*EU Login*” può essere trovato, ad esempio, sul sito “*EU Academy*” (hub online di proprietà dell’UE contenente conoscenze di prima mano, risorse educative e informazioni prodotte direttamente dalle istituzioni dell’UE per le persone il cui lavoro è correlato alla sua sfera d’azione), e segnatamente nella pagina dal titolo “*How to create an EU Login*” disponibile al seguente link: <https://academy.europa.eu/mod/page/view.php?id=7817>

²⁵ In alcuni casi, per diventare membro, è sufficiente fare *click* su “Entra nel gruppo”; in altri casi, invece, in ragione delle impostazioni del gruppo, può essere necessario compilare un *form* e dover

Orbene, illustrato ciò ci si può ora concentrare più nello specifico sull'Alleanza europea per l'IA. Essa si configura, quindi, come un gruppo della piattaforma *Futurium*. Per iscriversi è necessario, oltre ad accedere con un account "EU Login", anche richiedere la *membership* compilando un modulo *ad hoc*. Nel modulo devono essere inserite varie informazioni, tra cui è di particolare rilievo la tipologia di interesse che si vuole rappresentare in seno all'Alleanza (campo obbligatorio). Le opzioni con cui si può rispondere sono varie: "Government", "Public International Organisations", "Consumer Organisation", "Industry", "Consultancy", "Professionals association", "NGO", "Academia", "Think Tank", "Trade Union", "Financial Institution", "Organisation representing churches and religious communities"²⁶.

Una volta inviata la domanda, occorre ovviamente attendere l'approvazione della stessa, in seguito alla quale è possibile sfruttare pienamente il potenziale dell'Alleanza. In particolare, i membri possono contribuire pubblicando risorse e documenti nella sezione denominata "Open Library"²⁷, oppure discutere circa le loro migliori pratiche ("best practices") nell'implementazione di un'IA affidabile nella sezione denominata "Trustworthy AI in Practice"²⁸. Vi è poi un "Forum", in cui i membri possono dare il via a discussioni²⁹, nonché un *blog* ("The AI Alliance Blog") in cui *policy maker* ed esperti condividono i loro contributi su ambiti specifici dell'IA³⁰. Infi-

attendere l'approvazione della propria richiesta; sul punto, v. il "Futurium User Manual" disponibile al seguente link:

https://futurium.ec.europa.eu/system/files/2022-10/Futurium_User_Manual_v_3_3_17.pdf

²⁶ Altri dati richiesti sono lo Stato di provenienza (campo obbligatorio); le ragioni per cui si vorrebbe aderire all'Alleanza europea per l'IA e quale potrebbe essere il contributo fornito alla discussione in materia di IA (campo facoltativo); il *link* del proprio account *Twitter* (campo facoltativo); se si sta chiedendo l'accesso a titolo personale o come rappresentante di un'organizzazione (campo obbligatorio). Si può richiedere di diventare membri dell'Alleanza europea per l'IA attraverso il seguente link: <https://futurium.ec.europa.eu/en/european-ai-alliance/request-membership-form>

²⁷ Si può accedere alla sezione dell'Alleanza europea per l'IA denominata "Open Library" attraverso il seguente link: <https://futurium.ec.europa.eu/en/european-ai-alliance/document>. Tale sezione è descritta come segue: "In this section you find key documents and evidence on how the AI ecosystem is currently shaped in Europe and around the world [...] The feed below aims to provide a space for sharing reliable and up-to-date resources from the AI community to the AI community".

²⁸ Si può accedere alla sezione dell'Alleanza europea per l'IA denominata "Trustworthy AI in Practice" attraverso il seguente link: <https://futurium.ec.europa.eu/en/european-ai-alliance/best-practices>. Tale sezione è descritta come segue: "In this section, members of the AI Alliance share [...] practices that help in building an AI ecosystem of trust in Europe and around the world".

²⁹ Si può accedere alla sezione dell'Alleanza europea per l'IA denominata "Forum" attraverso il seguente link: <https://futurium.ec.europa.eu/en/european-ai-alliance/forum-discussion>. Tale sezione è descritta come segue: "This section is dedicated to your thoughts, ideas, questions and any other content that you would like to share with us".

³⁰ Si può accedere alla sezione dell'Alleanza europea per l'IA denominata "The AI Alliance Blog" attraverso il seguente link: <https://futurium.ec.europa.eu/en/european-ai-alliance/blog>. Tale sezione è descritta come segue: "The AI Alliance blog is a space where EU policymakers, experts and guest

ne, è presente una sezione dedicata agli eventi (“*Events*”)³¹: sul punto, si coglie l’occasione per ricordare che l’Alleanza è solita organizzare un’Assemblea annuale³².

In definitiva, emerge come l’Alleanza europea per l’IA sia uno spazio in cui cittadini, accademici, professionisti, autorità pubbliche, società civile, imprese, organizzazioni di consumatori e altri portatori di interessi si scambiano risorse in materia di intelligenza artificiale; tali risorse, che possono essere condivise in formato testuale, audio o video, includono *inter alia* pubblicazioni scientifiche, *paper* su argomenti specifici, informazioni su episodi riguardanti l’IA, registrazioni di *webinar*, interviste, siti web, ma anche semplici idee, domande e molto altro ancora³³.

3. Il ruolo svolto dall’Alleanza europea per l’IA con riferimento all’AI HLEG e agli “Orientamenti etici per un’IA affidabile”

È ora possibile illustrare l’apporto dell’Alleanza al lavoro del già citato “Gruppo di esperti ad alto livello sull’intelligenza artificiale” (AI HLEG). Come anticipato, prima di addentrarsi nell’esame delle funzioni svolte dall’Alleanza, è indispensabile soffermarsi sui compiti espletati da tale Gruppo³⁴.

L’AI HLEG, alla cui istituzione la Commissione europea ha fatto riferimento anche nell’illustrata Comunicazione “L’intelligenza artificiale per l’Europa” dell’aprile 2018, è stato formato sulla base di un invito a presentare

contributors share their thoughts, experience and work in reflection to a specific policy area of AI. Members of the AI Alliance can contribute to the blog, following a validation from the editorial team”.

³¹ Si può accedere alla sezione dell’Alleanza europea per l’IA denominata “*Events*” attraverso il seguente link: <https://futurium.ec.europa.eu/en/european-ai-alliance/events>. Tale sezione è descritta come segue: “*Here you can browse the content of past AI Alliance events while in the feed below you can find a list of past and future events linking to the discussions of the AI Alliance*”.

³² Sul punto, v. la pagina del sito ufficiale della Commissione europea dal titolo “*The first European AI Alliance Assembly*”, disponibile al seguente link: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/events/first-european-ai-alliance-assembly>; la pagina del sito ufficiale della Commissione europea dal titolo “*Second European AI Alliance Assembly*”, disponibile al seguente link: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/events/second-european-ai-alliance-assembly>; la pagina del sito ufficiale della Commissione europea dal titolo “*High-Level Conference on AI: From Ambition to Action*”, disponibile al seguente link: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/events/high-level-conference-on-ai-from-ambition-to-action>

³³ Sul punto, v. la sezione dell’Alleanza europea per l’IA denominata “*About*”, disponibile al seguente link: <https://futurium.ec.europa.eu/en/european-ai-alliance/pages/about>

³⁴ In generale, sul “Gruppo di esperti ad alto livello sull’intelligenza artificiale” (AI HLEG), v. *inter alios*: A. RENDA, *Artificial Intelligence. Ethics, governance and policy challenges*, cit.; A. RENDA, *Toward a Policy Framework for Trustworthy AI*, in M.D. DUBBER, F. PASQUALE, S. DAS (a cura di), *The Oxford Handbook of Ethics of AI*, cit., 651 ss..

candidature lanciato ancor prima, nel marzo del medesimo anno³⁵. Tra le circa 500 candidature presentate, la Commissione ha selezionato 52 membri, nominati ufficialmente nel giugno 2018 (come anticipato): alcuni di questi sono stati individuati tra esperti indipendenti e accademici, mentre altri tra i rappresentanti di specifici interessi³⁶.

Il principale compito di cui l'AI HLEG è stato investito consisteva nella redazione di linee guida etiche per un'intelligenza artificiale affidabile: ciò in coerenza con l'obiettivo esplicitamente sancito dalla Commissione di assicurare un adeguato quadro non solo giuridico, ma prima ancora *etico* per l'IA. Dopo che un progetto iniziale del documento in questione è stato pubblicato il 18 dicembre 2018³⁷, in data 8 aprile 2019 ha visto la luce la versione definitiva degli "Orientamenti etici per un'IA affidabile" ("*Ethics Guidelines for Trustworthy AI*")³⁸.

Gli Orientamenti aspirano a dettare "Un quadro di riferimento per un'IA affidabile". Preliminarmente, vengono individuate le tre componenti di un'IA affidabile, ovvero "Legalità"³⁹, "Eticità"⁴⁰ e "Robustezza"⁴¹, anticipando che ci si concentrerà in particolare sulle ultime due. Nel Capitolo I ci si sofferma

³⁵ Sul punto, v. la pagina del sito ufficiale della Commissione europea dal titolo "*Artificial intelligence: Commission kicks off work on marrying cutting-edge technology and ethical standards*", pubblicata in data 9 marzo 2018 e disponibile al seguente link:

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_1381

³⁶ A. RENDA, *Toward a Policy Framework for Trustworthy AI*, cit., 654, che descrive l'AI HLEG come composto da "*fifty-two members, some of which are independent experts and academics, whereas others represent vested interests [...]*".

³⁷ Gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale (AI HLEG), *Progetto di orientamenti etici per un'IA affidabile*, Bruxelles, 18 dicembre 2018. Sul punto, v. la pagina del sito ufficiale della Commissione europea dal titolo "*Draft Ethics guidelines for trustworthy AI*", pubblicata in data 18 dicembre 2018 e disponibile al seguente link: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/draft-ethics-guidelines-trustworthy-ai>

³⁸ Gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale (AI HLEG), *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, Bruxelles, 8 aprile 2019. Sul punto, v. la pagina del sito ufficiale della Commissione europea dal titolo "*Ethics guidelines for trustworthy AI*", pubblicata in data 8 aprile 2019 e disponibile al seguente link: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>

³⁹ AI HLEG, *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, cit., §§ 22-25. In base al § 25: "[...] I presenti orientamenti partono dal presupposto che tutti i diritti e gli obblighi giuridici che si applicano ai processi e alle attività di sviluppo, distribuzione e utilizzo dell'IA restano inderogabili e devono essere debitamente rispettati".

⁴⁰ *Ibid.*, § 26, in base a cui: "Per ottenere un'IA affidabile non è sufficiente il rispetto della legge, che è solo una delle tre componenti. Il diritto non è sempre al passo con gli sviluppi tecnologici, e a volte non lo è nemmeno con le norme etiche o semplicemente non è adatto ad affrontare determinate questioni. Affinché i sistemi di IA siano affidabili, essi dovrebbero quindi essere anche etici garantendo la compatibilità con le norme etiche".

⁴¹ *Ibid.*, § 27, in base a cui: "Anche qualora il fine etico sia garantito, gli individui e la società devono comunque essere sicuri che i sistemi di IA non causeranno alcun danno involontario. Tali sistemi dovrebbero funzionare in modo sicuro e affidabile e dovrebbero essere previste misure di salvaguardia per prevenire qualsiasi effetto negativo indesiderato. È quindi importante garantire che i sistemi di IA siano robusti [...]".

poi sulle “Basi di un’IA affidabile”, che si riflettono in *quattro principi etici*: il “principio del rispetto dell’autonomia umana”, secondo cui gli esseri umani che interagiscono con i sistemi di IA devono poter mantenere la propria piena ed effettiva autodeterminazione⁴²; il “principio della prevenzione dei danni”, ai sensi del quale i sistemi di IA non devono causare danni né aggravarli⁴³; il “principio di equità”, in base a cui lo sviluppo, la distribuzione e l’utilizzo dei sistemi di IA devono essere equi, sia nella dimensione sostanziale che in quella procedurale⁴⁴; e il “principio dell’esplicabilità”, il quale implica che i processi debbano essere trasparenti, le capacità e lo scopo dei sistemi di IA debbano essere comunicati apertamente e le decisioni, per quanto possibile, debbano poter essere spiegate a coloro che ne sono direttamente o indirettamente interessati⁴⁵.

Successivamente, troviamo il Capitolo II, parte nevralgica degli Orientamenti. Esso, intitolato “Realizzare un’IA affidabile”, traduce i summenzionati principi etici in *sette requisiti* che i sistemi di IA dovrebbero attuare e soddisfare durante l’intero ciclo della loro vita. Nello specifico, tali requisiti sono i

⁴² *Ibid.*, § 50, in base a cui: “[...] Gli esseri umani che interagiscono con i sistemi di IA devono poter mantenere la propria piena ed effettiva autodeterminazione e devono poter essere partecipi del processo democratico. I sistemi di IA non devono subordinare, costringere, ingannare, manipolare, condizionare o aggregare in modo ingiustificato gli esseri umani. Al contrario, devono essere progettati per aumentare, integrare e potenziare le abilità cognitive, sociali e culturali umane [...]”.

⁴³ *Ibid.*, § 51, in base a cui: “I sistemi di IA non devono causare danni né aggravarli e neppure influenzare negativamente gli esseri umani, per cui occorre tutelare la dignità umana nonché l’integrità fisica e psichica. I sistemi di IA e gli ambienti in cui operano devono essere sicuri e protetti. Devono essere tecnicamente robusti e si deve garantire che non siano esposti ad usi malevoli [...]”.

⁴⁴ *Ibid.*, § 52, in base a cui: “Lo sviluppo, la distribuzione e l’utilizzo dei sistemi di IA devono essere equi. Pur riconoscendo che esistono molte interpretazioni di equità, noi reputiamo che l’equità abbia una dimensione sia sostanziale che procedurale. La dimensione sostanziale implica un impegno a garantire una distribuzione giusta ed equa di costi e di benefici e a garantire che gli individui e i gruppi siano liberi da distorsioni inique, discriminazioni e stigmatizzazioni. Riuscendo a evitare distorsioni inique, i sistemi di IA potrebbero persino aumentare l’equità sociale. Occorre inoltre promuovere le pari opportunità in termini di accesso all’istruzione, ai beni, ai servizi e alla tecnologia. L’utilizzo dei sistemi di IA, inoltre, non deve mai ingannare gli utenti (finali) né ostacolarne la libertà di scelta. Inoltre, l’equità implica che gli operatori del settore dell’IA rispettino il principio di proporzionalità tra mezzi e fini, e valutino attentamente come bilanciare interessi e obiettivi concorrenti. La dimensione procedurale dell’equità implica la capacità di impugnare le decisioni elaborate dai sistemi di IA e dagli esseri umani che li gestiscono e la possibilità di presentare un ricorso efficace contro di esse. A tal fine, l’organismo responsabile della decisione deve essere identificabile e i processi decisionali devono essere spiegabili”.

⁴⁵ *Ibid.*, § 53, in base a cui: “L’esplicabilità è fondamentale per creare e mantenere la fiducia degli utenti nei sistemi di IA. Tale principio implica che i processi devono essere trasparenti, le capacità e lo scopo dei sistemi di IA devono essere comunicati apertamente e le decisioni, per quanto possibile, devono poter essere spiegate a coloro che ne sono direttamente o indirettamente interessati. Senza tali informazioni, una decisione non può essere debitamente impugnata [...]”.

seguenti: 1) “intervento e sorveglianza umani”⁴⁶; 2) “robustezza tecnica e sicurezza”⁴⁷; 3) “riservatezza e *governance* dei dati”⁴⁸; 4) “trasparenza”⁴⁹; 5) “diversità, non discriminazione ed equità”⁵⁰; 6) “benessere sociale e ambientale”⁵¹; e 7) “*accountability*”⁵².

Il Capitolo III, infine, è dedicato alla “Valutazione di un’IA affidabile” e fornisce una “lista di controllo” (“*assessment list*”) per la valutazione dell’affidabilità dell’IA, finalizzata a rendere operativa un’IA affidabile sulla base dei sette requisiti fondamentali enunciati nel capitolo II⁵³. Tale lista è così strutturata: per ciascuno dei suddetti requisiti, essa elenca una serie di domande, principalmente destinate a sviluppatori e distributori di sistemi di IA, rispondendo alle quali è possibile valutare se il sistema di IA in questione sia affidabile o meno. Si possono portare alcuni esempi. Con riferimento al primo requisito, “intervento e sorveglianza umani”, si possono trovare domande come: “Nel caso in cui il sistema di IA sia implementato in processi lavorativi, è stato valutato se la distribuzione delle mansioni tra il sistema di IA e i lavoratori umani consente interazioni significative e un controllo e una sorveglianza umani adeguati?”. In corrispondenza del secondo requisito, “robustezza tecnica e sicurezza”, si chiede *inter alia*: “Sono state valutate le possibili forme di attacco a cui il sistema di IA potrebbe essere vulnerabile?”. E così via⁵⁴. La suddetta *assessment list* rappresenta senz’altro la caratteristica mag-

⁴⁶ *Ibid.*, § 62-65. Su intervento e sorveglianza umani nell’etica dell’intelligenza artificiale v. *inter alios*: D.E. HARASIMIUK, T. BRAUN, *Regulating Artificial Intelligence. Binary Ethics and the Law*, cit., 70 ss..

⁴⁷ AI HLEG, *Orientamenti etici per un’IA affidabile*, cit., § 66-70. Su robustezza tecnica e sicurezza nell’etica dell’intelligenza artificiale v. *inter alios*: D.E. HARASIMIUK, T. BRAUN, *Regulating Artificial Intelligence. Binary Ethics and the Law*, cit., 73 ss..

⁴⁸ AI HLEG, *Orientamenti etici per un’IA affidabile*, cit., § 71-74. Su riservatezza e *governance* dei dati nell’etica dell’intelligenza artificiale v. *inter alios*: D.E. HARASIMIUK, T. BRAUN, *Regulating Artificial Intelligence. Binary Ethics and the Law*, cit., 73 ss..

⁴⁹ AI HLEG, *Orientamenti etici per un’IA affidabile*, § 75-78. Sulla trasparenza nell’etica dell’intelligenza artificiale v. *inter alios*: N. DIAKOPOULOS, *Transparency*, in M.D. DUBBER, F. PASQUALE, S. DAS (a cura di), *The Oxford Handbook of Ethics of AI*, cit., 197 ss.; D.E. HARASIMIUK, T. BRAUN, *Regulating Artificial Intelligence. Binary Ethics and the Law*, cit., 75 ss..

⁵⁰ AI HLEG, *Orientamenti etici per un’IA affidabile*, cit., § 79-82. Su diversità, non discriminazione ed equità nell’etica dell’intelligenza artificiale v. *inter alios*: D.E. HARASIMIUK, T. BRAUN, *Regulating Artificial Intelligence. Binary Ethics and the Law*, cit., 78 ss..

⁵¹ AI HLEG, *Orientamenti etici per un’IA affidabile*, cit., § 83-86. Su benessere sociale e ambientale nell’etica dell’intelligenza artificiale v. *inter alios*: D.E. HARASIMIUK, T. BRAUN, *Regulating Artificial Intelligence. Binary Ethics and the Law*, cit., 81 ss..

⁵² AI HLEG, *Orientamenti etici per un’IA affidabile*, cit., § 87-91. Sulla “*accountability*” nell’etica dell’intelligenza artificiale v. *inter alios*: J.A. KROLL, *Accountability in Computer Systems*, in M.D. DUBBER, F. PASQUALE, S. DAS (a cura di), *The Oxford Handbook of Ethics of AI*, cit., 181 ss.; D.E. HARASIMIUK, T. BRAUN, *Regulating Artificial Intelligence. Binary Ethics and the Law*, cit., 84 ss..

⁵³ AI HLEG, *Orientamenti etici per un’IA affidabile*, cit., § 112.

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 30-38.

giormente innovativa delle *Ethics Guidelines*, distinguendo queste ultime dagli altri quadri etici esistenti in materia di IA⁵⁵.

Riassumendo, gli Orientamenti si presentano come un atto non giuridicamente vincolante in materia di IA in cui ci si sposta da una dimensione più teorica a una più pratica: per prima cosa, si sanciscono in via generale quattro principi etici; subito dopo, essi vengono tradotti in sette requisiti più specifici; infine, per permettere di valutare se tali requisiti sono effettivamente presenti, vengono poste, attraverso lo strumento della lista di controllo, svariate domande concernenti situazioni concrete.

Orbene, dopo aver dedicato il debito spazio all'AI HLEG e al suo principale prodotto, è finalmente possibile concentrarsi sulla funzione svolta dall'Alleanza europea per l'IA con riferimento a tale Gruppo, nonché ai suddetti Orientamenti. Non è infatti improprio dire che l'Alleanza ha letteralmente *guidato il lavoro* dell'AI HLEG⁵⁶, giocando un importante ruolo in diverse fasi e con diverse modalità.

Innanzitutto, occorre evidenziare come l'attività dell'Alleanza abbia significativamente plasmato il contenuto degli Orientamenti. In particolare, dopo che in data 18 dicembre 2018 l'AI HLEG ha presentato il primo progetto dello strumento di cui trattasi, è stata lanciata in seno all'Alleanza una discussione finalizzata ad addivenire a una versione revisionata e migliorata⁵⁷. Durante tale consultazione, durata sino al 1° febbraio 2019, sono stati ricevuti e condivisi con l'AI HLEG ben 506 contributi. A titolo puramente esemplificativo, hanno partecipato grandi aziende, le quali come noto hanno la capacità economica di assumere centinaia di lobbisti professionisti⁵⁸, e tra queste Huawei, IBM, Microsoft, Nokia, Visa e Vodafone; ma anche organizzazioni internazionali (e.g. il Consiglio d'Europa); autorità pubbliche, compresi Ministeri di vari Stati d'Europa⁵⁹; associazioni (e.g.: l'Associazione Italiana per l'Intelligenza Artificiale); fondazioni (e.g.: la Fondazione Leonardo Civiltà delle Macchine); ordini professionali (e.g.: l'Ordine degli Architetti della

⁵⁵ A. RENDA, *Toward a Policy Framework for Trustworthy AI*, cit., 661, che in riferimento alle *Ethics Guidelines for Trustworthy AI* afferma quanto segue: “Perhaps the most innovative feature of this document, which stands out compared to other existing ethical AI frameworks, is the AI HLEG’s attempt to operationalize the requirement through a detailed assessment framework [...]”.

⁵⁶ Sul punto, v. la pagina del sito ufficiale della Commissione europea dedicata a “L’Alleanza europea per l’IA”, cit..

⁵⁷ Sul punto, v. *inter alia* la pagina del sito ufficiale della Commissione europea dal titolo “Building trust in human-centric AI”, disponibile al seguente link: <https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation/guidelines.1.html>

⁵⁸ Sul punto, v. *inter alios*: A. ALEMANNI, *The Good Lobby. Partecipazione civica per influenzare la politica dal basso*, Tlon, Roma, 2021, p. 24.

⁵⁹ Tra questi si menzionano, *inter alia*: il Ministero dell’industria, dell’economia e della finanza della Danimarca; il Ministero della protezione dell’ambiente e dello sviluppo regionale della Lettonia; il Ministero degli affari digitali della Polonia.

Provincia di Perugia); sindacati (e.g.: la CGIL, Confederazione Generale Italiana del Lavoro, e l'UGT, “*Unión General de Trabajadores*”, sindacato spagnolo); accademici affiliati alle Università di innumerevoli città europee⁶⁰; ma anche soggetti indipendenti e cittadini UE⁶¹.

I commenti sono stati in gran parte recepiti dal Gruppo nella redazione del documento definitivo⁶². Anche in questo caso, giova portare alcuni esempi di modifiche introdotte agli Orientamenti grazie alle indicazioni provenienti dall'Alleanza. Sul piano della struttura, vari partecipanti hanno segnalato la necessità di integrare meglio i diversi Capitoli tra di loro: sono stati dunque resi più espliciti i collegamenti tra i Capitoli medesimi, i quali ora (come si è visto) fluiscono in modo chiaro l'uno dall'altro⁶³. Poiché alcuni commenti hanno evidenziato il rischio di una confusione terminologica con il Regolamento (UE) 2016/679 (il noto Regolamento generale sulla protezione dei dati o GDPR), alcune espressioni sono state modificate per allineare gli Orientamenti a tale strumento⁶⁴. Richiedendo certi *stakeholder* maggiori indicazioni qualora tra i principi menzionati insorgano tensioni, è stata inserita una sezione dedicata proprio alle “tensioni tra i principi”⁶⁵. Il precedente riferimento al principio del “fare del bene” (“*do good*”) è stato rimosso, avendo più partecipanti, tra cui soprattutto imprese (ma non solo), segnalato come tale principio non possa essere considerato sempre e comunque un imperativo morale e come esso non si adatti nel migliore dei modi al contesto dell'intelligenza artificiale; al tempo stesso, è ora chiaramente affermato che uno degli obiettivi di un'IA affidabile è di migliorare il “benessere individuale

⁶⁰ Tra queste si menzionano, *inter alia*: Artois, Basilea, Birmingham, Brema, Cambridge, Copenaghen, Coventry, Edimburgo, Firenze, Francoforte, Helsinki, Leuven, Lisbona, Londra, Maastricht, Madrid, Marsiglia, Nottingham, Pavia, Pisa, Roma, Tallinn, Tilburg, Utrecht e Varsavia.

⁶¹ Sul punto, v. il documento “*Consultation Feedback on the Draft AI Ethics Guidelines published by the High-Level Expert Group on Artificial Intelligence on 18 December 2018*”, reperibile sulla pagina del sito ufficiale della Commissione europea dal titolo “*Stakeholder Consultation on Guidelines' first draft*”, disponibile al seguente link:

<https://ec.europa.eu/futurium/en/ethics-guidelines-trustworthy-ai/stakeholder-consultation-guidelines-first-draft.html>

⁶² Sul punto, v. *inter alios*: M. BARRIO ANDRÉS, *Towards legal regulation of artificial intelligence*, in *Revista IUS*, 2021, 35 ss.

⁶³ Sul punto, si segnala ad esempio il commento di Richard Krajčoviech, consulente indipendente, secondo cui: “*The guide is very hard to read. It is promising [...] three chapters, each offering a further level of abstraction, but because of missing cross-references and different terminology, it appears more than three more-less independent views on the human-centric design*”.

⁶⁴ Sul punto, si segnala ad esempio il commento di Maud Sacquet, della “*Computer and Communications Industry Association (CCIA Europe)*”, che, parlando del “consenso informato” (“*informed consent*”), segnala che tale nozione “*has a specific meaning according to the GDPR, narrower than is probably meant here*”.

⁶⁵ Sul punto, si segnala ad esempio il commento di Nicholas Hodac, di *IBM Europe*, secondo cui: “*AI developers/designers need more guidance in case there is a conflict between certain principles*”.

e collettivo”⁶⁶. Avendo vari commenti, provenienti specialmente da sindacati, lamentato una scarsa attenzione nei confronti dell’ambito lavorativo, sono stati aggiunti ulteriori riferimenti alla necessità di prestare particolare attenzione all’IA nell’ambiente di lavoro⁶⁷. Tra i requisiti del Capitolo II, che sono stati enunciati in modo diverso, è stato introdotto *ex novo* il “benessere sociale e ambientale”, su indicazione di vari *stakeholder* che avevano ritenuto tale aspetto trascurato⁶⁸. Molte domande della lista di controllo del Capitolo III sono state riformulate, essendo state segnalate *inter alia* sovrapposizioni e ripetizioni⁶⁹. E si potrebbero citare altri esempi⁷⁰. In generale, si potrebbe dire che l’Alleanza ha spinto l’AI HLEG a essere più ambizioso di quanto non fosse stato nella redazione del primo progetto⁷¹.

Ma non è tutto. Con la stesura della versione definitiva degli Orientamenti, datata 8 aprile 2019, il ruolo dell’Alleanza per l’IA non si è infatti esaurito, ma è al contrario proseguito, incentrandosi sul miglioramento proprio della lista di controllo del Capitolo III. Occorre infatti precisare che tale lista, già negli Orientamenti, veniva definita come una “versione pilota”⁷²: essa era quindi pensata, fin dall’inizio, per essere ulteriormente sviluppata attraverso un “processo pilota”, in stretta collaborazione con i portatori di interessi del settore pubblico e privato⁷³.

Il suddetto processo si è svolto dal 26 giugno al 1° dicembre 2019, e durante lo stesso in seno all’Alleanza europea per l’IA gli *stakeholder* hanno

⁶⁶ Sul punto, si segnala ad esempio il commento di Matt Allison, di Vodafone, secondo cui: “*We are fundamentally concerned about the concept of AI systems being employed only for ‘good’*”.

⁶⁷ Sul punto, si segnala ad esempio il commento di Jose Varela, dell’UGT (“*Unión General de Trabajadores*”, sindacato spagnolo), secondo cui: “*it is not acceptable to design ethics guidelines on the IA that do not contemplate the labor perspective, which affects the vast majority of our European citizens and is present in the daily life of our lives*”.

⁶⁸ Sul punto, si segnala ad esempio il commento di Uwe Haass, di Roboconsult, secondo cui: “*The paper does not mention [...] ethics to preserve the environment, the resources, the habitats and eco-systems (and to actively reverse the current situation)*”.

⁶⁹ Sul punto, si segnala ad esempio il commento di Patrik Floréen, dell’Università di Helsinki, secondo cui: “*Some points are conceptually very close to each other and it could be a good idea to merge them [...]. A shorter list is better*”.

⁷⁰ Sul punto, v. il documento “*Ethics Guidelines for Trustworthy AI. Overview of the Main Comments received through the Open Consultation*”, reperibile sulla pagina del sito ufficiale della Commissione europea dal titolo “*Stakeholder Consultation on Guidelines’ first draft*”, disponibile al seguente link:

<https://ec.europa.eu/futurium/en/ethics-guidelines-trustworthy-ai/stakeholder-consultation-guidelines-first-draft.html>

⁷¹ A. RENDA, *Toward a Policy Framework for Trustworthy AI*, cit., 654, che illustra come: “*The publication of a first draft of the Ethics Guidelines in December 2018 was followed by a rapid stakeholder consultation, in which the need to adopt a broader approach [...] emerged clearly*”.

⁷² AI HLEG, *Orientamenti etici per un’IA affidabile*, cit., § 112.

⁷³ *Ibid.*, § 113.

condiviso le loro *best practices* finalizzate a ottenere un'IA affidabile⁷⁴. Grazie ai contributi pervenuti durante la fase pilota, alla quale hanno partecipato 350 portatori di interessi⁷⁵, il 17 luglio 2020 l'AI HLEG ha presentato la versione finale della “*Assessment List for Trustworthy Artificial Intelligence*”, nota più semplicemente come ALTAI⁷⁶. Di quest'ultima è stata anche realizzata una versione interattiva, a cui si può accedere attraverso la piattaforma dell'Alleanza, che guida in modo pratico sviluppatori e distributori di sistemi di IA attraverso una *checklist* accessibile e dinamica⁷⁷.

Giova evidenziare che la lista di controllo del 2020 si presenta come più ampia e completa rispetto a quella contenuta negli Orientamenti del 2019, e rappresenta dunque un migliore strumento da cui possono trarre beneficio tutti gli interessati. Uno strumento, è bene ripeterlo, elaborato anche grazie alla consultazione degli *stakeholder* svoltasi in seno all'Alleanza europea per l'IA⁷⁸.

4. Il ruolo svolto dall'Alleanza europea per l'IA nell'elaborazione delle proposte di atti legislativi dell'UE

Il mandato dell'AI HLEG si è concluso proprio nel luglio 2020, dopo la presentazione dell'ALTAI. Tuttavia, l'Alleanza europea per l'IA ha proseguito nella sua attività, fornendo un rilevante contributo anche alle successive iniziative dell'UE in materia di IA, tra cui soprattutto le proposte di atti legislativi.

Innanzitutto, si deve ricordare come pochi mesi prima, segnatamente nel febbraio 2020, la Commissione avesse adottato il “Libro bianco sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia”⁷⁹: esso si poneva come scopo quello di definire le opzioni strategiche su

⁷⁴ Sul punto, v. la pagina del sito ufficiale della Commissione europea dal titolo “*Pilot the Assessment List of the Ethics Guidelines for Trustworthy AI*”, disponibile al seguente link:

<https://ec.europa.eu/futurium/en/ethics-guidelines-trustworthy-ai/pilot-assessment-list-ethics-guidelines-trustworthy-ai.html>

⁷⁵ Sul punto, v. la pagina del sito ufficiale della Commissione europea dedicata alla “*Assessment List for Trustworthy Artificial Intelligence (ALTAI) for self-assessment*”, disponibile al seguente link: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/assessment-list-trustworthy-artificial-intelligence-altai-self-assessment>

⁷⁶ AI HLEG, *The Assessment List for Trustworthy Artificial Intelligence (ALTAI) for self assessment*, Bruxelles, 17 luglio 2020.

⁷⁷ Sul punto, v. la pagina del sito dell'Alleanza europea per l'IA dal titolo “Welcome to the ALTAI portal!”, disponibile al seguente link: <https://futurium.ec.europa.eu/en/european-ai-alliance/pages/welcome-altai-portal>

⁷⁸ Sull'importanza dell'Alleanza per l'IA e delle consultazioni con gli *stakeholder* nella revisione della lista di controllo, v. *inter alios*: A. RENDA, *Toward a Policy Framework for Trustworthy AI*, cit., 661.

⁷⁹ Libro bianco della Commissione europea “sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia”, 19 febbraio 2020, COM/2020/65 final.

come raggiungere un approccio normativo in grado, da un lato, di promuovere l'adozione dell'IA e, dall'altro, di affrontare i rischi associati a tale nuova tecnologia⁸⁰.

All'interno del Libro bianco sono state ripercorse tutte le principali azioni dell'UE in materia di IA fino a quel momento: la Comunicazione "L'intelligenza artificiale per l'Europa" dell'aprile 2018; l'istituzione del "Gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale"; la pubblicazione, nell'aprile 2019, degli "Orientamenti etici per un'IA affidabile", i cui sette requisiti erano già stati accolti con favore in una precedente Comunicazione della Commissione⁸¹; la consultazione degli *stakeholder* sulla lista di controllo. Tuttavia, la Commissione ha messo in evidenza come, in aggiunta agli atti non vincolanti dell'AI HLEG, sarebbe opportuna l'adozione di un vero e proprio quadro normativo, che rafforzerebbe la fiducia dei consumatori e delle imprese nell'IA e accelererebbe quindi l'adozione della tecnologia⁸². Per tali ragioni, la Commissione ha concluso annunciando l'avvio di "un'ampia consultazione della società civile, dell'industria e del mondo accademico negli Stati membri in merito a proposte concrete per un approccio europeo all'IA"⁸³; tale consultazione avrebbe consentito un dialogo globale con tutti i portatori di interessi, che avrebbe informato le successive fasi del lavoro della Commissione⁸⁴.

Non sorprenderà, a questo punto della trattazione, il fatto che nell'ambito di tale consultazione pubblica, svoltasi dal 19 febbraio al 14 giugno 2020⁸⁵, l'Alleanza per l'IA abbia avuto un ruolo chiave: sono stati infatti oltre 1215 i contributi ricevuti attraverso il questionario *online* e i canali di comunicazione dell'Alleanza⁸⁶.

Come in occasione della consultazione del 2018, anche in questo caso hanno contribuito grandi società, quali Amazon, Booking.com, Facebook, Google, Huawei, IBM, Intesa Sanpaolo, Mastercard, Nokia, Visa e Volkswa-

⁸⁰ *Ibid.*, p. 1.

⁸¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni "Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica", 8 aprile 2019, COM/2019/168 final.

⁸² Libro bianco della Commissione europea "sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia", cit., p. 11.

⁸³ *Ibid.*, p. 28.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 29.

⁸⁵ Sul punto, v. la pagina del sito ufficiale della Commissione europea dal titolo "*White Paper on Artificial Intelligence: Public consultation towards a European approach for excellence and trust*", pubblicata in data 17 luglio 2020 e disponibile al seguente link: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/white-paper-artificial-intelligence-public-consultation-towards-european-approach-excellence-and>

⁸⁶ Sul punto, v. la pagina del sito ufficiale della Commissione europea dedicata a "L'Alleanza europea per l'IA", cit..

gen; ma pure autorità pubbliche, tra cui governi⁸⁷ e non solo (e.g.: il “*Défenseur des droits*” francese); organizzazioni non governative (e.g.: Amnesty International); organizzazioni di consumatori (e.g.: la “*Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor*”); sindacati (e.g.: la già citata UGT); accademici da atenei di svariate città d’Europa⁸⁸; nonché semplici cittadini.

Quanto al contenuto delle risposte ricevute, il 42% dei partecipanti ha richiesto l’introduzione di una nuova regolamentazione dell’IA, un altro 33% ha suggerito modifiche all’attuale legislazione, mentre solo il 3% ha ritenuto sufficiente l’odierna disciplina. In relazione all’ambito di applicazione, secondo il 43% la previsione di requisiti obbligatori dovrebbe essere limitata ai sistemi di IA a rischio “alto”, mentre un altro 31% non si è dimostrato d’accordo con siffatta limitazione. Inoltre, i partecipanti hanno espresso forti dubbi sull’utilizzo pubblico di sistemi di identificazione biometrica remota: il 28% si è detto favorevole a vietare *tout court* tale tecnologia in spazi pubblici; un altro 29% ha richiesto l’adozione di una specifica normativa UE prima che tali sistemi possano essere usati in spazi accessibili al pubblico; il 20% ha comunque richiesto l’introduzione di ulteriori requisiti e condizioni. Sul piano dei meccanismi di attuazione, invece, un’ampia percentuale (62%) si è dimostrata in favore di una combinazione di sistemi di sorveglianza del mercato tanto *ex ante* quanto *ex post*⁸⁹.

Orbene, proprio l’appena descritta consultazione si è posta alla base del pacchetto in materia di IA adottato dalla Commissione nell’aprile 2021, introdotto dalla Comunicazione “Promuovere un approccio europeo all’intelligenza artificiale”⁹⁰ e comprendente una Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio “che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale (legge sull’intelligenza artificiale)”⁹¹. Dalla semplice

⁸⁷ Tra questi si menzionano, *inter alia*: il Governo dell’Irlanda; la Presidenza del Consiglio dei Ministri dell’Italia (Dipartimento per le politiche europee); il Ministero degli affari economici e dell’occupazione della Finlandia.

⁸⁸ Tra queste si menzionano, *inter alia*: Amsterdam, Barcellona, Bruxelles, Cagliari, Cambridge, Edimburgo, Eindhoven, Firenze, Gent, Londra, Madrid, Milano, Nimega, Oporto, Oxford, Tolosa, Torino e Twente.

⁸⁹ Commissione europea, *Public consultation on the AI White Paper. Final report*, Novembre 2020, disponibile al seguente link:

fi-
le:///Users/gabrielrugini/Downloads/public_consultation_ai_white_paper_final_report_FCA94307-AB3A-281B-6FBE61DEA6A0D454_68462%20(3).pdf

⁹⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni “Promuovere un approccio europeo all’intelligenza artificiale”, 21 aprile 2021, COM/2021/205 final.

⁹¹ Proposta della Commissione europea di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio “che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale (legge sull’intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell’Unione”, 21 aprile 2021, COM/2021/206 final.

lettura di tali documenti, si può evincere quanto il contenuto del nuovo pacchetto sia il risultato del dialogo con gli *stakeholder*.

Partendo dalla Comunicazione, essa descrive la Proposta relativa a un quadro normativo sull'IA come “il risultato di 3 anni di intense attività di definizione di politiche in materia di IA”, attività tra cui la “consultazione dei portatori di interessi” sugli Orientamenti e sull'ALTAI; e a tal proposito, si fa esplicito riferimento al ruolo della “Alleanza per l'IA, che funge da piattaforma per consentire a [...] portatori di interessi di discutere le implicazioni tecnologiche e sociali dell'IA e che ogni anno culmina in un'assemblea sull'IA”⁹². All'esito di tale processo, è stata dunque elaborata una Proposta di Regolamento che viene definita come un passo “fondamentale nel percorso verso la protezione della sicurezza e la tutela dei diritti fondamentali e la conseguente fiducia nello sviluppo e nell'adozione dell'IA”⁹³. Il quadro giuridico vigente, infatti, è stato ritenuto insufficiente ad affrontare certi rischi elevati derivanti dall'utilizzo dell'IA, connessi ad alcune caratteristiche di tale tecnologia (ad esempio l'opacità): si rende perciò necessario “un approccio di regolamentazione europeo proporzionato e basato sul rischio”, che disciplini cioè i sistemi di IA in base ai rischi derivanti dagli stessi⁹⁴; si pone, altresì, l'accento sull'importanza di incoraggiare “spazi di sperimentazione normativa” (“*regulatory sandboxes*”), che creino un ambiente controllato per testare tecnologie innovative per un periodo limitato⁹⁵.

Ci si può ora concentrare sulla Proposta di Regolamento “che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale)”⁹⁶. Essa si presenta apertamente come il frutto della menzionata consulta-

⁹² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni “Promuovere un approccio europeo all'intelligenza artificiale”, cit., pp. 5-6.

⁹³ *Ibid.*, p. 5.

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 6-7.

⁹⁵ *Ibid.* p. 8. Sugli “spazi di sperimentazione normativa” (“*regulatory sandboxes*”), v. anche: Conclusioni del Consiglio dell'Unione europea “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, disponibile al link: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13026-2020-INIT/it/pdf>, § 8.

⁹⁶ In dottrina, sulla Proposta di Regolamento “che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale” (c.d. “AI Act”), v. *inter alios*: C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2021, 415 ss.; M. KOP, *EU Artificial Intelligence Act: The European Approach to AI*, in *Transatlantic Antitrust and IPR Developments*, 2021; B. TOWNSEND, *Decoding the Proposed European Union Artificial Intelligence Act*, in *American Society of International Law (ASIL) Insights*, 2021; M. VEALE, F.Z. BORGESIU, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act*, in *Computer Law Review International*, 2021, 97 ss.; W.G. VOSS, *AI Act: the European Union's Proposed Framework Regulation for Artificial Intelligence Governance*, in *Journal of Internet Law*, 2021, 7 ss..

zione pubblica dei portatori di interessi avviata dal Libro bianco del febbraio del 2020. La Relazione alla Proposta, infatti, come la Comunicazione riconosce in modo esplicito il ruolo dell'Alleanza per l'IA⁹⁷ ed enfatizza l'importanza della discussione svoltasi, di cui si ricorda quanto segue: "Tale consultazione è stata rivolta a tutti i portatori di interessi coinvolti del settore pubblico e di quello privato, compresi governi, autorità locali, organizzazioni commerciali e non, parti sociali, esperti, accademici e cittadini [...]. Complessivamente sono pervenuti 1215 contributi, di cui 352 da imprese od organizzazioni/associazioni di imprese, 406 da persone fisiche (92% persone fisiche dell'UE), 152 a nome di istituzioni accademiche/di ricerca e 73 da autorità pubbliche. I pareri della società civile sono stati rappresentati da 160 partecipanti (tra cui 9 organizzazioni di consumatori, 129 organizzazioni non governative e 22 sindacati); 72 partecipanti hanno invece contribuito classificandosi come 'altri'. Dei 352 rappresentanti di imprese e dell'industria, 222 sono stati imprese e rappresentanti di imprese, il 41,5% delle quali apparteneva alla categoria delle micro, piccole e medie imprese. Nel resto dei casi si è trattato di associazioni di imprese [...]"⁹⁸.

La Relazione alla Proposta ricorda anche che, preliminarmente, la consultazione ha registrato un consenso generale tra i portatori di interessi in merito alla necessità di intervenire per colmare le lacune legislative, evitando al contempo una regolamentazione eccessiva. Sottolinea inoltre che, quanto al contenuto, la maggior parte dei partecipanti si è detta esplicitamente a favore dell'approccio basato sul rischio di cui si è detto sopra: tale opzione è stata infatti considerata migliore rispetto a una regolamentazione di natura generale applicabile a tutti i sistemi di IA; è stato inoltre ritenuto che i rischi debbano essere calcolati tenendo conto del loro impatto su diritti e sicurezza⁹⁹.

Orbene, da tale consultazione è quindi emersa una Proposta che, come suggerito, ha effettivamente abbracciato l'approccio basato sul rischio, il quale viene classificato in rischio "inaccettabile", rischio "alto" e rischio "basso o minimo"¹⁰⁰.

Le pratiche di IA da cui deriva un rischio "inaccettabile" sarebbero *vietate* (Titolo II): tra queste, si citano le pratiche che presentano un elevato potenziale in termini di manipolazione delle persone attraverso tecniche subliminali,

⁹⁷ Proposta della Commissione europea di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio "che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione", cit., p. 9.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 8.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 9.

¹⁰⁰ In dottrina, sull'approccio basato sul rischio (nella Proposta di Regolamento "che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale" e non solo), v. *inter alios*: G. DE GREGORIO, P. DUNN, *The European Risk-Based Approaches: Connecting Constitutional Dots in the Digital Age*, in *Common Market Law Review*, 2022, 473 ss..

senza che tali persone ne siano consapevoli, oppure di sfruttamento delle vulnerabilità di specifici gruppi quali i minori o le persone con disabilità, al fine di distorcere materialmente il comportamento in maniera tale da provocare un danno psicologico o fisico; è vietato anche il ricorso a sistemi di identificazione biometrica remota “in tempo reale” in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto (fatta salva l’applicazione di talune eccezioni limitate)¹⁰¹. Non a caso, tali pratiche erano state ritenute assai pericolose da un’ampia percentuale dei partecipanti alla consultazione: ad esempio, come menzionato, molti *stakeholder* avevano sollevato seri dubbi sull’utilizzo pubblico di sistemi di identificazione biometrica remota.

I sistemi di IA che creano un rischio “alto” per la salute e la sicurezza o per i diritti fondamentali delle persone fisiche, invece, sarebbero consentiti sul mercato europeo, ma subordinatamente al rispetto di determinati requisiti obbligatori e a una valutazione della conformità *ex ante* (Titolo III). Da evidenziare che i suddetti requisiti, che “costituiscono già lo stato dell’arte per numerosi operatori diligenti”, vengono definiti proprio come “il risultato di due anni di lavoro preparatorio, derivato dagli orientamenti etici del gruppo di esperti ad alto livello sull’intelligenza artificiale, guidato da più di 350 organizzazioni”¹⁰²: anch’essi risultano dunque, almeno in parte, frutto del descritto processo partecipativo.

¹⁰¹ Proposta della Commissione europea di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio “che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale (legge sull’intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell’Unione”, cit., p. 14, in base a cui: “[...] L’elenco delle pratiche vietate di cui al titolo II comprende tutti i sistemi di IA il cui uso è considerato inaccettabile in quanto contrario ai valori dell’Unione, ad esempio perché viola i diritti fondamentali. I divieti riguardano pratiche che presentano un elevato potenziale in termini di manipolazione delle persone attraverso tecniche subliminali, senza che tali persone ne siano consapevoli, oppure di sfruttamento delle vulnerabilità di specifici gruppi vulnerabili, quali i minori o le persone con disabilità, al fine di distorcere materialmente il comportamento in maniera tale da provocare loro o a un’altra persona un danno psicologico o fisico. Altre pratiche manipolative o di sfruttamento che interessano gli adulti che potrebbero essere facilitate dai sistemi di IA potrebbero essere soggette alla normativa vigente in materia di protezione dei dati, tutela dei consumatori e servizi digitali, che garantisce che le persone fisiche siano adeguatamente informate e dispongano della libera scelta di non essere soggette a profilazione o ad altre pratiche che potrebbero influire sul loro comportamento. La proposta vieta altresì l’attribuzione di un punteggio sociale basato sull’IA per finalità generali da parte di autorità pubbliche. È infine vietato anche il ricorso a sistemi di identificazione biometrica remota “in tempo reale” in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto, fatta salva l’applicazione di talune eccezioni limitate [...]”.

¹⁰² *Ibid.*, pp. 14-15, in base a cui: “[...] Il titolo III contiene regole specifiche per i sistemi di IA che creano un rischio alto per la salute e la sicurezza o per i diritti fondamentali delle persone fisiche. In linea con un approccio basato sul rischio, tali sistemi di IA ad alto rischio sono consentiti sul mercato europeo subordinatamente al rispetto di determinati requisiti obbligatori e ad una valutazione della conformità *ex ante*. La classificazione di un sistema di IA come ad alto rischio si basa sulla sua finalità prevista, in linea con la normativa vigente dell’UE in materia di sicurezza dei prodotti. Di conseguenza la classificazione come ad alto rischio non dipende solo dalla funzione svolta dal sistema di IA, ma anche dalle finalità e modalità specifiche di utilizzo di tale sistema. Il capo 1

Comunque sia, qualora il livello di rischio non ricada nelle prime due categorie, sono previsti obblighi di trasparenza in determinati casi (Titolo IV)¹⁰³. La Proposta, inoltre, incoraggia le autorità nazionali competenti a creare “spazi di sperimentazione normativa”, in cui sottoporre a prova le tecnologie innovative (Titolo V)¹⁰⁴.

Nel momento in cui si scrive, lo si ricorda, la Proposta di Regolamento è oggetto di discussione da parte delle istituzioni UE: segnatamente, il Consiglio ha adottato il proprio “Orientamento generale” in data 6 dicembre 2022¹⁰⁵, mentre il Parlamento europeo ha approvato la propria posizione in

del titolo III fissa le regole di classificazione e individua due categorie principali di sistemi di IA ad alto rischio: i sistemi di IA destinati ad essere utilizzati come componenti di sicurezza di prodotti soggetti a valutazione della conformità ex ante da parte di terzi; altri sistemi di IA indipendenti che presentano implicazioni principalmente in relazione ai diritti fondamentali esplicitamente elencati nell'allegato III. Tale elenco di sistemi di IA ad alto rischio di cui all'allegato III contiene un numero limitato di sistemi di IA i cui rischi si sono già concretizzati o potrebbero concretizzarsi nel prossimo futuro. Al fine di assicurare che il regolamento possa essere adattato agli usi e alle applicazioni emergenti dell'intelligenza artificiale, la Commissione può ampliare l'elenco dei sistemi di IA ad alto rischio utilizzati all'interno di alcuni settori predefiniti, applicando una serie di criteri e una metodologia di valutazione dei rischi. Il capo 2 definisce i requisiti giuridici per i sistemi di IA ad alto rischio in relazione a dati e governance dei dati, documentazione e conservazione delle registrazioni, trasparenza e fornitura di informazioni agli utenti, sorveglianza umana, robustezza, accuratezza e sicurezza. I requisiti minimi proposti costituiscono già lo stato dell'arte per numerosi operatori diligenti e rappresentano il risultato di due anni di lavoro preparatorio, derivato dagli orientamenti etici del gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale, guidato da più di 350 organizzazioni. Tali requisiti sono altresì in gran parte coerenti con altre raccomandazioni e altri principi internazionali, circostanza questa che assicura che il quadro dell'IA proposto sia compatibile con quelli adottati dai partner commerciali internazionali dell'UE [...]”.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 16, in base a cui: “[...] Il titolo IV si concentra su determinati sistemi di IA al fine di tenere conto dei rischi specifici di manipolazione che essi comportano. Gli obblighi di trasparenza si applicheranno ai sistemi che: i) interagiscono con gli esseri umani; ii) sono utilizzati per rilevare emozioni o stabilire un'associazione con categorie (sociali) sulla base di dati biometrici; oppure iii) generano o manipolano contenuti (“deep fake”). Quando interagiscono con un sistema di IA o le loro emozioni o caratteristiche vengono riconosciute attraverso mezzi automatizzati, le persone devono esserne informate. Se un sistema di IA viene utilizzato per generare o manipolare immagini o contenuti audio o video che assomigliano notevolmente a contenuti autentici, dovrebbe essere previsto l'obbligo di rivelare che tali contenuti sono generati ricorrendo a mezzi automatizzati, fatte salve le eccezioni per finalità legittime (attività di contrasto, libertà di espressione). Ciò consente alle persone di compiere scelte informate o di compiere un passo indietro rispetto a una determinata situazione [...]”.

¹⁰⁴ *Ibid.*, in base a cui: “[...] Il titolo V contribuisce all'obiettivo di creare un quadro giuridico favorevole all'innovazione, adeguato alle esigenze future e resiliente alle perturbazioni. Di conseguenza incoraggia le autorità nazionali competenti a creare spazi di sperimentazione normativa e definisce un quadro di base in termini di governance, controllo e responsabilità. Gli spazi di sperimentazione normativa per l'IA creano un ambiente controllato per sottoporre a prova tecnologie innovative per un periodo di tempo limitato sulla base di un piano di prova concordato con le autorità competenti. Il titolo V contiene altresì misure per ridurre gli oneri normativi per le PMI e le start-up [...]”.

¹⁰⁵ Tra gli emendamenti rispetto alla Proposta che figurano nell'Orientamento generale del Consiglio si menzionano i seguenti: la definizione di sistemi di IA viene limitata ai sistemi sviluppati me-

data 14 giugno 2023: in quest'ultima, in particolare, viene ampliato l'elenco dei sistemi di IA vietati, in modo da proibire usi intrusivi e discriminatori dell'IA come ad esempio l'uso di sistemi di identificazione biometrica remota "in tempo reale" in spazi accessibili al pubblico; viene ampliato anche l'elenco delle applicazioni ad alto rischio, in modo da includere anche i sistemi di IA che comportano danni significativi per la salute, la sicurezza, i diritti fondamentali delle persone o l'ambiente, nonché i sistemi di intelligenza artificiale utilizzati per influenzare gli elettori e l'esito delle elezioni, e sistemi di raccomandazione utilizzati dalle piattaforme di social media con oltre 45 milioni di utenti; vengono introdotti obblighi per i modelli di base e i sistemi di IA generativa che si basano su tali modelli, come ChatGPT; vengono innalzate le sanzioni in caso di violazione del Regolamento¹⁰⁶. Per ora, dunque, non vi è stata alcuna approvazione, essendo ancora necessario negoziare un testo condiviso.

Al tempo stesso, occorre menzionare anche il fatto che, nelle more, la Commissione ha presentato altre proposte di atti legislativi in materia di IA: ci si riferisce in particolare alla Proposta di Regolamento UE relativo alla sicurezza generale dei prodotti, presentata nel giugno 2021¹⁰⁷, e alla Proposta di Direttiva UE sulla responsabilità da IA, presentata nel settembre 2022¹⁰⁸.

diante approcci di apprendimento automatico e approcci basati sulla logica e sulla conoscenza; per quanto riguarda la classificazione dei sistemi di IA come ad alto rischio, vengono inserite disposizioni finalizzate a garantire che non siano inclusi i sistemi di IA che non presentano il rischio di causare gravi violazioni dei diritti fondamentali o altri rischi significativi; molti dei requisiti per i sistemi di IA ad alto rischio vengono chiariti e adeguati in modo tale da renderli tecnicamente più realizzabili e meno onerosi per i portatori di interessi; viene fatto esplicito riferimento all'esclusione delle finalità militari, di difesa e di sicurezza nazionale dall'ambito di applicazione della normativa sull'IA; viene chiarito che gli spazi di sperimentazione normativa per l'IA dovrebbero anche consentire di testare sistemi di IA innovativi in condizioni reali; vengono inoltre aggiunte nuove disposizioni che consentono di testare i sistemi di IA in condizioni reali senza controlli, in presenza di condizioni e garanzie specifiche. Sul punto, v. la pagina del sito ufficiale del Consiglio dal titolo "Normativa sull'intelligenza artificiale: il Consiglio chiede di promuovere un'IA sicura che rispetti i diritti fondamentali", pubblicata in data 6 dicembre 2022 e disponibile al seguente link: <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2022/12/06/artificial-intelligence-act-council-calls-for-promoting-safe-ai-that-respects-fundamental-rights/>

¹⁰⁶ Sul punto, v. la pagina del sito ufficiale del Parlamento europeo dal titolo "Intelligenza artificiale: deputati pronti a negoziare le prime norme per un'IA sicura e trasparente", pubblicata in data 14 giugno 2023 e disponibile al seguente link: <https://www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/20230609IPR96212/deputati-pronti-a-negoziare-le-prime-norme-per-un-ia-sicura-e-trasparente>

¹⁰⁷ Proposta della Commissione europea di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio "relativo alla sicurezza generale dei prodotti, che modifica il regolamento (UE) n. 1025/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 87/357/CEE del Consiglio e la direttiva 2001/95/CE del Parlamento europeo e del Consiglio", 30 giugno 2021, COM/2021/346 final.

¹⁰⁸ Proposta della Commissione europea di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio "relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale

Quasi superfluo dire che anche tali Proposte si presentano come frutto di precedenti consultazioni con i portatori di interessi, *in primis* proprio quella avviata a partire dal Libro bianco del febbraio 2020¹⁰⁹.

5. Riflessioni conclusive sul coinvolgimento degli *stakeholder* nella regolamentazione dell'IA a livello UE

Alla luce della ricostruzione sin qui svolta, è finalmente possibile formulare alcune riflessioni sul coinvolgimento, da parte delle istituzioni UE, degli *stakeholder* nel peculiare ambito della regolamentazione dell'IA. Nello specifico, a parere di chi scrive, si possono sviluppare due ordini di considerazioni.

Innanzitutto, in tema di intelligenza artificiale, si riescono a notare in modo assai evidente, ben più che in altri settori, entrambe le finalità che possono contraddistinguere la consultazione dei portatori di interessi da parte delle istituzioni UE. Da un lato, indubbiamente, vi è la funzione di incrementare la *legittimazione democratica* dei processi decisionali dell'Unione, attraverso la rappresentazione di tutti i soggetti potenzialmente interessati all'oggetto dei medesimi, e di provare così ad attenuare la diffusa percezione del *deficit* democratico delle istituzioni UE¹¹⁰. Dall'altro lato, tuttavia, vi è anche la finalità di aumentare l'*efficacia* dei suddetti processi decisionali, iniettando negli stessi le competenze e l'esperienza di cui dispongono portatori di interessi quali imprese, ONG e non solo¹¹¹: ciò si rende particolarmente necessario quando in gioco vi è una materia particolarmente tecnica e complessa come l'intelligenza artificiale, in cui l'apporto degli specialisti del settore è determinante.

Citando l'esempio della consultazione svolta a partire dal Libro Bianco del febbraio 2020, nell'ambito della quale sono pervenuti 1215 contributi, si può

all'intelligenza artificiale (direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale)", 28 settembre 2022, COM/2022/496 final.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 8, in base a cui: "[...] Per garantire un'ampia partecipazione dei portatori di interessi durante tutto il ciclo politico della presente proposta è stata attuata una strategia di consultazione su larga scala. La strategia di consultazione è stata basata sia su consultazioni pubbliche sia su diverse consultazioni mirate (webinar, discussioni bilaterali con imprese e con varie organizzazioni). Dopo le domande iniziali sulla responsabilità che facevano parte della consultazione pubblica sul Libro bianco sull'IA e della relazione della Commissione sulla sicurezza e la responsabilità, dal 18 ottobre 2021 al 10 gennaio 2022 è stata aperta un'apposita consultazione pubblica online per raccogliere i pareri di un'ampia gamma di portatori di interessi, tra cui i consumatori, le organizzazioni della società civile, le associazioni industriali, le imprese, comprese le PMI, e le autorità pubbliche. Dopo aver analizzato tutte le risposte pervenute, la Commissione ha pubblicato sul proprio sito web una sintesi dei risultati e le singole risposte. In totale sono state ricevute 233 risposte provenienti da 21 Stati membri e da paesi terzi [...]".

¹¹⁰ Sul *deficit* democratico delle istituzioni UE v., *inter alios*: C. NEUHOLD, *Democratic Deficit in the European Union*, in *Oxford Research Encyclopedia of Politics*, 2020.

¹¹¹ Sul punto v., *inter alios*, E. TRAMONTANA, *Organizzazioni non governative e ordinamento internazionale*, CEDAM, Padova, 2013.

notare, da una parte, che è certamente considerevole il numero di individui che hanno ritenuto di partecipare alla discussione *uti singuli* (precisamente 406); dall'altra, che svariati contributi sono giunti da imprese, od organizzazioni/associazioni di imprese (352), istituzioni accademiche o di ricerca (152), autorità pubbliche (73), organizzazioni non governative (129), sindacati (22), organizzazioni di consumatori (9), e non solo. Si può dunque rilevare il coinvolgimento di soggetti in grado non solo di rendere, con la loro partecipazione, il processo decisionale UE più democratico, ma anche di apportare a tale processo le conoscenze, talvolta estremamente significative, da loro maturate nel tempo in materia di IA.

A simili riflessioni è inoltre possibile giungere, ancor più semplicemente, proprio dall'esame del concreto funzionamento della piattaforma di cui trattasi: si è infatti visto come nell'Alleanza vi sia spazio per la condivisione sia di pensieri, idee o domande da parte di chiunque voglia unirsi alla discussione (e.g. nella sezione "Forum"), sia di contributi caratterizzati da un elevato livello di approfondimento da parte di *policymaker* ed esperti (e.g. nella sezione "The AI Alliance Blog"), nonché delle migliori pratiche da parte degli addetti al settore (e.g. nella sezione "Trustworthy AI in Practice"). Un'ulteriore conferma della doppia finalità della consultazione in questo campo: non solo aumentare la legittimazione democratica, ma anche assorbire conoscenze tecniche preziose.

Dall'indagine svolta emerge poi una seconda considerazione, in gran parte connessa alla prima. Proprio alla luce della complessità, nonché della novità e mutevolezza, delle sfide derivanti dallo sviluppo dell'intelligenza artificiale, le istituzioni UE hanno finora cercato in materia di IA, attraverso l'Alleanza, un *dialogo continuo* con i portatori di interessi: il confronto, infatti, non ha avuto luogo solo in un unico momento, ma a più riprese e in diverse fasi.

Ciò è particolarmente evidente in riferimento all'apporto dell'Alleanza per l'IA al lavoro dell'AI HLEG: in una prima fase, la consultazione degli *stakeholder* ha contribuito all'elaborazione delle "Ethics Guidelines for Trustworthy AI"; in una seconda fase, la "lista di controllo" contenuta proprio in tali Orientamenti è stata oggetto di una nuova discussione in seno all'Alleanza, soprattutto mediante la condivisione di *best practices*, e si è così giunti a una versione ulteriormente migliorata di tale lista.

Ma l'idea secondo cui il confronto con i portatori di interessi in materia di IA dovrebbe essere continuo permea anche le proposte di atti legislativi dell'Unione, in particolar modo la Proposta di Regolamento "che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale". Essa incoraggia infatti le autorità nazionali competenti a creare "spazi di sperimentazione normativa" o "*regulatory sandboxes*". Come si è accennato, si tratta di spazi, virtuali oppure fisici, all'interno dei quali 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. Orbene, simili strumenti presuppongono la presenza di necessità tecniche o tecnologiche da affrontare, e che si provi a superarle proprio mediante un dialogo con *stakeholder* di vario tipo, come aziende e tecnici¹¹². Non è dunque azzardato affermare che la Proposta di Regolamento, da un lato, è frutto della partecipazione dei portatori di interessi di cui ampiamente si è detto; dall'altro, si pone alla base di un ulteriore confronto con gli stessi, promuovendo strumenti come le “*sandboxes*”, per l'appunto¹¹³.

In estrema conclusione, a parere di chi scrive non solo si può dire che la consultazione degli *stakeholder*, soprattutto mediante l'Alleanza, è stata la cifra distintiva di questi primi cinque anni (circa) di interesse dell'Unione europea per l'IA; ma si può anche provare a formulare la previsione secondo cui l'approccio dell'UE alla materia non è destinato a cambiare nel prossimo futuro, in cui potrebbe rivelarsi assai utile un dialogo finalizzato, ad esempio, a individuare con precisione i sistemi di IA da cui deriva un rischio inaccettabi-

¹¹² Sul punto v.: 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*, 2022, 215 ss. Sulle *regulatory sandboxes* v. anche, *inter alios*: L. BROMBERG, A. GODWIN, I. RAMSAY, *Fintech sandboxes: achieving a balance between regulation and innovation*, in *Journal of banking and finance law and practice*, 2017, 314 ss.; G. BRANELLEC, J. LEE, *Le choix du modèle de régulation des Fintech: entre sandbox et soundbox*, in *Revue d'économie financière*, 2019, 387 ss.; E. CORAPI, *Regulatory Sandbox nel Fintech?*, in E. CORAPI, R. LENER (a cura di), *I diversi settori del FinTech. Problemi e prospettive*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, 13 ss.; M. T. PARACAMPO, *Dalle regulatory sandboxes al network dei facilitatori di innovazione tra decentramento sperimentale e condivisione europea*, in *Rivista di Diritto Bancario*, 2019, 219 ss.; M. LESHER, *Bringing new digitally enabled products and services to market: sandboxes and the role of policy experimentation*, in *cepr.org*, 2020; W.G. RINGE, C. RUOF, *Regulating Fintech in the EU: the Case for a Guided Sandbox*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2020, ss. 604; M. GÓMEZ SANTOS, *Régimen jurídico del “regulatory sandbox” en España*, in *Revista de Derecho del Sistema Financiero: mercados, operadores e contratos*, 2021, 195 ss.; 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*, 2022, 88 ss.; A. MERLINO, *Il regulatory sandbox. Una nuova prospettiva ordinamentale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022; A. MERLINO, *Il regulatory sandbox e la teoria delle fonti*, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online*, 2022; M. T. PARACAMPO, *Il percorso evolutivo ed espansivo delle regulatory sandboxes da FinTech ai nuovi lidi operativi del prossimo futuro*, in *Federalismi.it*, 2022, 207 ss.

¹¹³ Sul punto, giova altresì ricordare che anche l'Orientamento generale del Consiglio, del 6 dicembre 2022, e la posizione negoziale del Parlamento europeo, del 14 giugno 2023, prendono in considerazione “spazi di sperimentazione normativa” e cercano di valorizzarli. L'Orientamento generale del Consiglio, in particolare, chiarisce che gli spazi di sperimentazione normativa dovrebbero anche consentire di testare sistemi di IA innovativi in condizioni reali; l'Orientamento, inoltre, aggiunge nuove disposizioni finalizzate a testare i sistemi di IA in condizioni reali senza controlli, in presenza di condizioni e garanzie specifiche.

le, o quelli che devono essere strettamente regolamentati¹¹⁴. Le complesse, e sempre cangianti, sfide derivanti dallo sviluppo dell'IA continueranno a rendere necessario un contatto continuo, attraverso l'Alleanza e non solo, con i portatori di interessi, le cui competenze tecniche possono fornire al processo decisionale UE un apporto decisivo.

¹¹⁴ D.E. HARASIMIUK, T. BRAUN, *Regulating Artificial Intelligence. Binary Ethics and the Law*, cit., 47, che in riferimento all'Alleanza europea per l'IA afferma quanto segue: “*The role of it as a medium to institutionalise a dialogue on AI policy with affected stakeholders would be to define red lines and discuss AI applications that may generate risks of unacceptable harms. Eventually, it should also point out applications that should be prohibited or tightly regulated or in specific situations where the risk for people’s rights and freedoms would be too high and the impact of this technology would be unfavourable to individuals or society as a whole*”.