_____OSSERVATORIO SULLE FONTI_____

FASCICOLO N. 1/2021

Contributi di S. BASTIANON, R. CISOTTA, G.L. CONTI, L. DI MAJO, G.F. FERRARI, C. IANNELLO, G. LICASTRO, L. LORENZINI, A.M. LUCIANI, G. MENEGUS, L. PASQUALI, P. PASSAGLIA, A. PISANESCHI, M.G. RODOMONTE, F. SANCHINI, A. SOMMA, R. TARCHI

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 1/2021
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

DIRETTORE RESPONSABILE

Paolo Caretti *(Università degli Studi di Firenze)*

COMITATO DI DIREZIONE

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

COMITATO DI REDAZIONE

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

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

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. 1/2021

EDITORIALE

R. TARCHI, *Diritto transnazionale o diritti transnazionali? Il carattere enigmatico di una categoria giuridica debole ancora alla ricerca di un proprio statuto* 5

SAGGI

R. CISOTTA, *Brevi note sulla giurisprudenza sull'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE in materia di limitazioni ai diritti fondamentali …con uno sguardo in avanti* 19

C. IANNELLO, *Riflessioni su alcune conseguenze ordinamentali prodotte dall'emergenza Covid: dalle limitazioni delle libertà costituzionali alla riemersione del sistema parallelo di amministrazione* extra ordinem 81

L. PASQUALI, *Solidarity in MERCOSUR Law, Solidarity Beyond U.E. Law* 101

M.G. RODOMONTE, *A proposito della natura prescrittiva del principio di "parità di accesso alle cariche elettive". Riflessioni a partire da una recente sentenza del giudice amministrativo sulla carenza di strumenti sanzionatori "reali" nella legge elettorale pugliese* 129

NOTE E COMMENTI

L. DI MAJO, *Un Parlamento* smart*? (Poche) luci e (molte) ombre dei* lavori a distanza 149

G. LICASTRO, *Traffico (*smuggling*) di migranti: una mirata sintesi delle* linee guida *della commissione sulla direttiva sul favoreggiamento* 173

G. MENEGUS, *Norme per il riordino della geografia comunale nella recente legislazione delle regioni ordinarie (2014-2020)* 185

F. SANCHINI, *Il ruolo della legge regionale nella definizione dei rapporti P.A. – enti del terzo settore. La "primogenitura" della Regione Toscana con la l. 22 luglio 2020, n. 65* 201

SPECIALE
L'IMPATTO DELLE DINAMICHE TRANSNAZIONALI SUI SISTEMI NORMATIVI

P. PASSAGLIA, *L'impatto delle dinamiche transnazionali sui sistemi normativi. Considerazioni introduttive* 227

A.M. LUCIANI, *La nuova* lex mercatoria 241

A. PISANESCHI, *Il Comitato di Basilea e il* Financial Stability Board*: regolazione finanziaria sovranazionale e Costituzione* 255

L. LORENZINI, *Transnazionalizzazione del diritto processuale e arbitrato internazionale* 271

A. SOMMA, *Scienza giuridica, politica ed economia nell'uniformazione del diritto privato* 287

G.L. CONTI, *La* lex informatica 317

S. BASTIANON, *La* lex sportiva 349

G.F. FERRARI, *Diritto transnazionale, diritti di libertà e forme di tutela* 367

_____OSSERVATORIO SULLE FONTI_____

EDITORIALE DEL FASCICOLO N. 1/2021

DIRITTO TRANSNAZIONALE O DIRITTI TRANSNAZIONALI? IL CARATTERE ENIGMATICO DI UNA CATEGORIA GIURIDICA DEBOLE ANCORA ALLA RICERCA DI UN PROPRIO STATUTO

ROLANDO TARCHI*

* Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università di Pisa.
Contatto: rolando.tarchi@unipi.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV – Fascicolo 1/2021
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Lo studio del c.d. diritto transnazionale ha costituito uno dei punti centrali del progetto di ricerca di ateneo interamente finanziato dall'università di Pisa su: *Diritto senza politica. Le forme della produzione giuridica nell'epoca transnazionale*.

Si tratta di un tema complesso, sfuggente, poliedrico, enigmatico e, comunque, trasversale ad una molteplicità di settori giuridici.

In questa sede mi limito a sviluppare alcune considerazioni generali a margine della riflessione collettiva che si è sviluppata nell'ambito del webinar pisano del 23 ottobre 2020, su "*L'impatto delle dinamiche transnazionali sui sistemi normativi*", di cui questo numero della Rivista pubblica le relazioni.

In prima battuta credo sia opportuno focalizzare l'attenzione sulla contestualizzazione dell'aggettivo transnazionale; né il titolo della ricerca, né quello del convegno lo utilizzano in abbinamento al sostantivo diritto, ovvero, non si parla mai espressamente di "diritto transnazionale".

Nel titolo della ricerca questa qualificazione viene infatti riferita alla nostra epoca storica, quella della contemporaneità, come ben sappiamo caratterizzata da una importante erosione e, in parte, dal superamento dei presupposti e delle coordinate fondamentali del "sistema Vestfalia", con i suoi corollari della sovranità e della statualità del diritto. Principi progressivamente erosi, negli ultimi decenni, da dinamiche di vario genere, le più importanti delle quali possono essere ricondotte all'espansione ed al rafforzamento di quel reticolato di organizzazioni sovranazionali che operano, con diversi gradi di intensità in tutti i continenti, nella mutazione strutturale delle relazioni economiche, ormai dominate dagli interessi di un capitalismo finanziario che ha assunto dimensioni globali, senza dimenticare la pretesa di offrire un riconoscimento e una tutela (anche in forme giurisdizionali) ai diritti fondamentali della persona, come avviene, solo per limitarci agli esempi più noti, in ordinamenti come quello del Consiglio d'Europa o della *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (*Pacto de San José*).

Il titolo del convegno, poi, si limita ad evocare proprio queste "dinamiche transnazionali", un'espressione cui può essere ricondotto un duplice significato; in un primo senso si vuole sottolineare, infatti, che i fenomeni caratterizzati dalla transnazionalità non presentano un carattere statico, ma si sviluppano quasi sempre come processi in costante evoluzione, ciò che corrisponde agli interessi che ne stanno alla base, che, come quelli legati ai rapporti economici o della rete Internet, si evolvono con grande rapidità.

Ma si deve dare conto anche di una seconda accezione: il fenomeno considerato produce regole, che come sinteticamente cercherò di spiegare, possiedono una natura ed esprimono un'efficacia molto diverse tra loro, ciò che corrisponde ad una estrema varietà dei loro procedimenti di produzione. Queste regole diversamente prodotte, tuttavia, sono in grado di esercitare un'influenza

sia sugli ordinamenti nazionali che su quelli di carattere sovranazionale maggiormente strutturati (come ad esempio l'UE), impattando sui sistemi normativi operanti a questo livello. Pertanto, quale che sia la provenienza del diritto di derivazione transnazionale, ed anche in presenza di fatti produttivi di regole non riconducibili alle categorie codificate delle fonti del diritto (e pertanto qualificabili come fenomeni *extra ordinem*), appare necessario confrontarsi con queste molteplici manifestazioni di potere regolativo.

Come ha ben spiegato Paolo Passaglia nella sua relazione introduttiva, questa grande varietà di forme in cui il diritto transnazionale si produce e si manifesta, induce allora a parlare di diritti in senso plurale, ciò che conferma immediatamente la stessa debolezza concettuale di questa categoria, che si presenta come una galassia, peraltro priva di un centro gravitazionale unico, nella quale le relazioni tra i molteplici fattori mutano costantemente.

Altrimenti detto, l'espressione diritto transnazionale può essere utilizzata come un contenitore di fenomeni tra loro diversi, che presentano molteplici profili e può essere assunta, quindi, solo in un significato a-tecnico, per finalità eminentemente descrittive.

2. Ora, partendo da questo presupposto, *in primis* è tuttavia necessario verificare quanto viene ricondotto sotto l'etichetta di diritto(i) transnazional(e) possa effettivamente acquistare anche una valenza prescrittiva e, quindi, qualificarsi come diritto in senso proprio.

In secondo luogo, ammesso e non concesso che si possa rispondere positivamente alla prima domanda, è poi necessario verificare di che tipo(i) di diritto(i) si tratta e di quali relazioni si instaurano con le altre fonti, in particolare con quelle legali proprie degli ordinamenti nazionali.

Per questo si deve partire dalla definizione tradizionale di diritto transnazionale, che come ricordato in alcune relazioni, è piuttosto risalente; la paternità va infatti riconosciuta ad un giurista di Yale, P.C. Jessup, che già negli anni '50 del secolo nel tentativo di offrire una qualificazione alla c.d. nuova *lex mercatoria*, non riconducibile entro gli schemi, né del diritto commerciale, né del diritto internazionale pubblico o privato, definì come *Transnational Law*: «*all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories*» (P.C. Jessup, *Transnational Law*, New Haven, Yale U. Press, 1956). Come è del tutto evidente, si tratta di una definizione piuttosto generica, che si limita ad individuare un minimo denominatore comune tra discipline eterogenee e che ne mette in risalto, in negativo, il non essere piuttosto che la loro effettiva natura.

Una definizione, quindi, che poco aiuta a risolvere i problemi posti, rispetto alla quale, tuttavia, non si sono registrati, finora, grandi passi in avanti.

In Italia, il primo a parlare di diritto transnazionale è stato Alessandro Pizzorusso nel *Corso di diritto comparato* del 1983, trattando delle fonti di natura giurisprudenziale. Il Maestro coglie ed inquadra in questa categoria di fonti, quei fenomeni che portano all'impiego di regole giuridiche comuni nell'ambito di ordinamenti diversi, per lo spontaneo riconoscimento dell'idoneità di un principio o di una regola a valere come norma giuridica anche fuori dall'area con riferimento alla quale è stata adottata, in modo indipendente da una sua formale adozione come tale. Ovvero, uno stato adotta un principio o una regola prodotta al di fuori di esso, senza che ciò sia disposto da un esplicito provvedimento normativo o comunque senza che questo effetto sia prodotto da una fonte del diritto riconosciuta come tale, di solito avvalendosi degli spazi di discrezionalità che l'ordinamento accordo gli interpreti, ma, talora, anche in violazione del diritto vigente, secondo lo schema tipico delle fonti *extra ordinem*.

All'epoca la consistenza quantitativa di queste tecniche per produrre diritto era ancora piuttosto limitata (gli esempi richiamati sono quelli dell'applicazione giurisprudenziale dei principi generali di diritto delle nazioni civili e del patrimonio costituzionale europeo) ma si rilevava l'importanza di una loro configurabilità, sia per l'elaborazione di norme direttamente operanti, sia per la formazione di strumenti interpretativi dei materiali normativi dei diversi ordinamenti giuridici positivi. Peraltro, ne suoi scritti più recenti (il riferimento è a: *La produzione normativa in tempi di globalizzazione* del 2008 e *Delle fonti del diritto*, in Commentario del Codice civile Scialoja del 2011, spec. 739 ss.), Pizzorusso ha ripreso e sviluppato tali questioni, rilevando come l'espansione di questi fenomeni avesse ormai assunto dimensioni e una diversità di forme, tali da rendere problematici i tentativi di inquadramento teorico. Non possiamo qui riprendere in dettaglio le argomentazioni utilizzate; possiamo limitarci a riconoscere che mantiene una sua validità la chiave di lettura proposta, che possiamo sinteticamente riassumere richiamando quattro distinti profili: 1) il fenomeno del diritto transnazionale inteso come forma di produzione giuridica, ancora marginale fino agli anni '80 del secolo scorso, è definitivamente esploso, con una diffusione rilevante e capillare; 2) che esso si manifesta per mezzo di una di strumenti eterogenei tra loro; 3) che l'efficacia prodotta dalle relative fonti ha molto spesso un fondamento *extra ordinem*, in virtù della capacità di imporsi e di essere applicato come un fatto giuridico; 4) che la sua legittimazione non riposa sulla forza, come per le decisioni politiche, ma o possiede una sua base razionale, o dimostra la propria capacità di essere accettato, con modalità convenzionali, indipendentemente da un vincolo giuridico preesistente o dall'esistenza di una specifica fonte sulla produzione all'interno dell'ordinamento ricevente.

In ogni caso viene messo in crisi il tendenziale monopolio della produzione normativa riconosciuto agli organi costituzionali o ad altri soggetti di derivazione statale.

3. La cifra della complessità emerge con ancora più evidenza dalle più recenti riflessioni della dottrina nordamericana (tra gli altri: G. Shaffer, R. Cottarrell, C. Scott), che, pur segnalando il carattere storicamente ricorrente di fenomeni con analoghe caratteristiche (gli esempi più noti sono quelli del diritto romano e dello stesso *Common law*, la cui circolazione ha avuto un evidente andamento transnazionale; ma a questi potremmo aggiungere anche taluni sistemi di diritto religioso, come la *sharia* o l'induismo, la cui applicazione trascende le frontiere degli stati che li riconoscono o in cui sono praticati), ha rilevato come la formula in questione sia riferibile a tre piani distinti: quello delle fonti transnazionali, quello degli ordinamenti giuridici transnazionali e quello dei procedimenti giuridici transnazionali. Questi piani sono strutturalmente collegati ed interdipendenti tra loro, ma non coincidenti. Se l'aspetto procedimentale (che descrive le modalità con cui le norme transazionali sono costruite ed immesse in circolazione da un ordinamento transnazionale), che pure pone rilevanti problemi in termini di legittimazione, può essere accantonato risolvendosi nei due precedenti, la distinzione tra fonti ed ordinamenti transnazionali è senz'altro rilevante, considerato non tutte le regole e i principi di diritto transnazionale derivano da ordinamenti che presentano questo carattere.

Peraltro, le definizioni usate per distinguere gli ordinamenti transnazionali sono altrettanto vaghe; ci si limita a rilevare che essi si pongono in modo terzo rispetto agli ordinamenti tradizionali del sistema vestfaliano e di poter essere definiti solo in negativo, come ordinamenti non statali, non internazionali e, ancora, non necessariamente, globali, potendo operare anche solo con riferimento ad aree geografiche delimitate, oltre che essere costruiti in forme bilaterali, multilaterali o regionali. Su un punto si registra una convergenza di opinioni: vengono messe in crisi le dicotomie strutturali classiche, quali la distinzione tra diritto pubblico e privato, oltre a quella tra diritto nazionale e internazionale, considerato che si interviene per disciplinare attività poste in essere in spazi nuovi, che si collocano ad un livello intermedio tra questi due ordini normativi propri della nostra tradizione giuridica (come chiarito da Silvia Sassi nella sua monografia del 2018).

L'origine di questi ordinamenti può variare, potendo dipendere anche da decisioni adottate da altri ordinamenti preesistenti (tra i quali gli stessi stati), ma l'ipotesi più ricorrente è quella di ordinamenti spontanei, ad opera di comunità di operatori che hanno l'interesse di regolare i loro rapporti in condizioni di autonomia, ponendosi in posizione di terzietà e di tendenziale separazione rispetto agli altri.

Ci troviamo, quindi, in posizioni di frontiera, con la formazione di zone grigie in grado di generare un rapporto osmotico con i sistemi giuridici tradizionali, che subiscono l'influenza dei flussi così generati e possono aprire le loro frontiere consentendo l'operatività delle norme transnazionali al loro interno, sovente senza essere in grado di verificare la compatibilità con il diritto vigente.

4. La complessità di cui abbiamo parlato unita al carattere fortemente interdisciplinare dei fenomeni transnazionali, pone evidenti problemi di metodo con riguardo al loro studio; al tempo stesso sono immediatamente percepibili le criticità che vengono generate, in ordine al rispetto di principi fondamentali espressi e garantiti dal costituzionalismo contemporaneo, ad iniziare da quelli relativi alla tutela di taluni diritti fondamentali, per proseguire con quelli posti a presidio della legittimazione democratica delle principali forme di produzione giuridica, configurando modalità di esercizio del potere, che non può mai farsi illimitato, comunque controllabile.

Partendo dalle questioni di metodo, l'unico approccio possibile rimane al momento quello analitico, che dia conto delle molteplici manifestazioni del diritto transnazionale e dei settori maggiormente interessati da questo fenomeno, ad iniziare da quelli più noti e studiati, che, per questo hanno trovato un certo grado di consolidamento.

Pertanto, si è deciso di approfondire quei temi (già richiamati dallo stesso Pizzorusso), che per i cultori di questi studi possono essere ormai considerati classici che vengono identificati con l'uso di formule sintetiche ed evocative; il più noto e quello più risalente è certamente quello della *lex mercatoria*, intesa come la disciplina del mercato autoprodotta dai suoi operatori (in Italia se ne sono occupati, tra gli altri Ferrarese e Galgano); quello della *lex informatica*, che ricomprende il complesso di norme che regolano Internet; e, infine, la *lex sportiva*, sottintendendo con questa espressione l'insieme delle regole che disciplino le attività sportive in condizione di (almeno relativa) autonomia. Una definizione, peraltro, messa in discussione nel contributo di Bastianon, che la considera ancora come "un personaggio in cerca di autore", rilevando come, rispetto questa formula adottata per assonanza con la più consolidata *lex mercatoria*, sarebbe più appropriato limitarsi a parlare di diritto sportivo.

Se i tre ambiti appena richiamati costituivano una scelta obbligata (e l'indagine ad essi riferita dimostra che la complessità non riguarda solo il diritto transnazionale nel suo complesso ma anche gli ambiti in cui si manifesta), ad essi potevano aggiungersene molti altri, tra quelli che presentano dei profili di transnazionalità. È stato quindi necessario operare una selezione, che ha innanzi tutto privilegiato l'altra questione generale attinente alla circolazione dei modelli giuridici utilizzati per porre in essere tentativi di uniformazione del

diritto privato, un tema che ha rappresentato per i comparatisti, un carattere fondativo della propria scienza, fin dal Congresso parigino del 1900. Si è poi deciso di focalizzare l'attenzione su profili forse meno conosciuti ma di non minore rilievo, che attengono, il primo, alla definizione di una cornice per la soluzione di controversie commerciali nella dimensione continentale (tema sul quale si rinvia interamente all'intervento di Lucie Lorenzini); il secondo alla produzione di standard e regole da applicare alle relazioni in materia di economia finanziaria da parte di organismi privati operanti in ambiti sovranazionali (come avviene per il Comitato di Basilea ed il *Financial Stability Board*); il terzo, alla giurisprudenza di organismi internazionali come l'*Appellate Body* del WTO in relazione anche alla tutela dei diritti di libertà individuale.

Temi, questi ultimi, che aprono una nuova frontiera, quella del rapporto tra il concetto di diritto transnazionale e c.d. diritto globale (richiamato da più di una delle relazioni), intendendosi con questa seconda espressione l'insieme dei fenomeni regolativi che si estendono all'intero pianeta. Certamente, anche in questo caso si tratta di una nozione *in fieri*, che, tuttavia, come rilevato da Paolo Passaglia (cui si rimanda per ogni ulteriore considerazione) costituisce un'insidia per la delimitazione (o la stessa sopravvivenza) del diritto transnazionale, che finisce, così, per assumere un portata residuale per l'individuazione di quei fenomeni regolativi per i quali gli elementi del territorio e della stessa sovranità vengono a mancare o, tutt'al più mantengono un valore solo accessorio.

Ciò detto, sono consapevole che l'approccio analitico mette a fuoco solo la parte emersa di quello che si configura come un *iceberg*, ma non credo siano maturi i tempi per un approccio di sintesi, anche per la limitatezza delle conoscenze che ogni singolo giurista possiede e per l'eccessiva varietà dei fenomeni considerati.

Certamente sono molto utili le proposte, come quella qui sviluppata ancora da Passaglia, di razionalizzazione del poliedrico complesso dei fenomeni studiati, riconducendone la loro transnazionalità a tre fattori distinti, quali l'oggetto di disciplina, la natura dell'autore che produce questo diritto, la circolazione dei modelli giuridici.

Una ricostruzione che segue un ragionamento di tipo indiziario e che rende evidente la natura sintomatica dei diritti transnazionali, confermando la perdurante importanza delle indagini che perseguono finalità di tipo descrittivo; restano, ovviamente, aperte le molteplici questioni che ancora si pongono con riguardo al valore di questo fenomeno ed alla sua estensione.

5. Non è mio compito procedere ad una sintesi delle relazioni pubblicate; cercherò, invece, di cogliere, da esse, alcune linee di tendenza generali, nonché i principali snodi critici che sono stati messi in evidenza.

Tra le molteplici questioni che meriterebbero un riferimento, mi soffermerò sinteticamente sul rapporto tra economia da una parte e il binomio politica/diritto dall'altra; sulla reale possibilità di configurare ordinamenti giuridici transnazionali dotati di una loro significativa autonomia; sull'incidenza che il diritto transnazionale può determinare sulla sfera dei diritti di libertà.

5.1 Il primo profilo da richiamare è quello dell'assoluta centralità della dimensione prevalentemente economica dei fenomeni trattati; solo la *lex informatica* e quella *sportiva*, non ne sono interamente attratti, per quanto anche in esse il rilievo degli interessi economici in gioco assuma un valore preponderante. Se questo appare ovvio per la *lex mercatoria*, per le procedure di soluzione delle controversie del commercio internazionale o per la definizione delle regole di condotta cui devono attenersi gli operatori finanziari, si dovrebbe invece ritenere meno scontato quando si tratta dell'uniformazione del diritto privato. E tuttavia, è proprio il contributo, assai complesso, di Alessandro Somma che, più degli altri, ci fa riflettere come il conflitto tra democrazia ed economia si sia risolto nella subordinazione del diritto (e della politica) all'ordine economico, con un rovesciamento del paradigma posto a fondamento della costruzione dello stato sociale contemporaneo e del principio solidaristico che ne sta alla base.

Questo spiega anche il fallimento dei molteplici tentativi di uniformare il diritto privato, anche limitatamente al solo contesto europeo, che avrebbero potuto codificare solo la legge del più forte. I modelli economici dominanti e lo scontro tra le diverse forme di capitalismo che ha registrato la prevalenza del modello neo-americano rispetto a quello renano, affermano un'idea di a-politicità del diritto privato, funzionale a garantire lo *status quo*, caratterizzato da una spoliticizzazione dell'ordine economico. In questo quadro anche le trame concettuali utilizzate dai giuristi sono fortemente condizionate dalla scienza economica e lo stesso formante giurisprudenziale (analizzate nell'ambito dell'UE) ha concorso al rafforzamento dell'ortodossia neoliberale.

L'era in cui viviamo è stata definita da Colin Crouch come quella della post-democrazia, che, certamente, alcune forme di diritto transnazionale hanno concorso a rafforzare.

Una conferma esemplare si ricava dall'esame delle attività istituzionali di soggetti quali il Comitato di Basilea e il *Financial Stability Board*, costituite sulla base di una prassi internazionale con il compito di stabilire regole *standard* sul capitale delle banche e sugli intermediari creditizi. Si tratta di autorità che non hanno nessun legame con gli organi rappresentativi degli Stati e sono composti da tecnici provenienti dalle Banche centrali dei Paesi appartenenti al G. 10 o al G. 20. Le regole prodotte sono definite di *soft law*, ma si tratta solo di una parvenza, in quanto nel caso di loro inosservanza un Paese può essere

sottoposto alla procedura c.d. di *named and shamed* (attivata dal *Financial Stability Board*) che comporta l'iscrizione in una sorta di *black list* considerata molto rischiosa perché indice di non affidabilità finanziaria. Ne consegue che in alcuni Stati si è proceduto alla recezione spontanea di questi criteri, con una loro trasformazione in disposizioni.

Andrea Pisaneschi si sofferma sulle criticità prodotte da questi atti di condizionalità esterna, che producono effetti devastanti tanto sull'interpretazione delle c.d. costituzioni economiche (ed i diritti ad esse correlati, come quelli sociali, oltre alla tutela del risparmio), che sui sistemi delle fonti, rispetto ai quali si apre un *vulnus* democratico importante.

5.2 Un'ulteriore considerazione che può essere ricavata da alcune delle relazioni è quello della difficoltà di configurare, ciò che non viene ritenuto neppure auspicabile, la consistenza di veri e propri ordinamenti giuridici transnazionali, sulla base di concorrenti ragioni.

Così, la lunga disputa dottrinale ricostruita diacronicamente da Anne Marie Luciani sulla natura della *lex mercatoria* sembra essersi conclusa con una rinuncia a sostenere questa posizione istituzionalista; il complesso delle fonti che la costituiscono (principi commerciali transnazionali, usi nella misura in cui vengono anche richiamati da alcune convenzioni internazionali, leggi uniformi prodotte da particolari organismi, giurisprudenza arbitrale), non risulta completo ed autosufficiente, dovendo essere per più di un profilo (come quelli della capacità e del consenso) integrati da disposizioni nazionali di carattere imperativo. Inoltre, difetta un'esclusività del potere di soluzione delle controversie, per le quali non è infrequente la necessità di ricorrere alle giurisdizioni ordinarie.

Luciani considera con favore questa rinuncia, ricordando come un ordinamento siffatto sarebbe caratterizzato da una totale mancanza di democrazia e non sarebbe in grado di assicurare nessuna garanzia dei diritti fondamentali, auspicando la costruzione di un nuovo ordine giuridico del commercio mondiale, che assuma un volto meno imperialista e favorisca una convivenza pacifica con l'integrazione anche delle economie emergenti. Un auspicio, tuttavia, che deve scontrarsi con la dura realtà, che come ci ricorda anche l'intervento di Giuseppe Franco Ferrari, registra oggi una posizione conflittuale da parte degli USA, come dimostrato dal mancato rinnovo nel di uno dei componenti dell'*Appellate Board* del WTO e da altre decisioni unilaterali assunte dall'amministrazione americana che impediscono la formazione di ulteriori discipline multilaterali sostenute da un significativo consenso.

Ancora più netta la posizione assunta da Stefano Bastianon con riguardo poi alla *lex sportiva*; prescindendo dai riferimenti alla sua possibile estensione (che rimane controversa come risulta dalle diverse tesi illustrate in proposito e

risulta confermato dalla stessa giurisprudenza del CAS di Losanna – *Court of Arbitration for Sport*, che non è stata finora in grado di fornire una chiave interpretativa univoca), l'anelito di configurarla come un "*corpus* di regole proprie del settore sportivo costitutivo di un autonomo ordinamento giuridico dalla natura privata e dalla portata globale frutto dell'accordo tra le varie federazioni sportive internazionali ed i soggetti sottoposti alla loro giurisdizione" si è scontrata con la prescrittività del diritto europeo, che con diversi gradi di intensità dal 1957 ad oggi, è stata affermata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. È stata proprio la rilevanza economica dello sport professionistico a determinare l'applicazione ad esso del principio della libera circolazione (la celeberrima sentenza Bosman), con una permeabilità del diritto sportivo anche da parte sia dei diritti nazionali che di quello internazionale, quanto meno per garantirne l'osservanza dei principi generali.

5.3 La compressione dei diritti fondamentali da parte di manifestazioni di diritto transnazionale costituisce sicuramente il profilo più critico sul piano sostanziale.

Questo emerge con particolare rilievo dalle riflessioni sulla *lex informatica*, considerate le tre direzioni in cui questa si sviluppa (consistenti nella regolazione delle infrastrutture alla base della comunicazione elettronica, dei servizi di accesso alla rete -*Internet Providers*- e delle applicazioni necessarie per consentire agli utenti l'accesso ai servizi offerti). La specificità, in questo caso, è l'anima liberale e anarchica della rete, così la definisce Gianluca Conti, diventato uno spazio eminentemente privato in cui convivono l'esercizio delle attività economiche e l'esercizio di diritti fondamentali (come quello di espressione). Così, oltre al problema della neutralità degli organismi di *governance* della rete (come ICANN, una società privata californiana), che sfuggono alla sovranità degli stati, la questione centrale resta quella dei diritti, che, esercitati attraverso delle macchine, trovano una diversa conformazione. Per un verso Conti si chiede se assistiamo all'affermazione di libertà di nuova generazione di estensione globale di cui gli esseri umani, possono diventare costituzionalmente e non solo materialmente titolari, per altro verso, se sono legittimi gli interventi di società commerciali private che operano restrizioni dei diritti fondamentali degli utenti per violazioni di codici di condotta interni a tali società.

La conclusione, condivisibile, ritiene pericoloso che il "linguaggio universale della rete si sostituisca al linguaggio nazionale della sovranità nel definire i diritti fondamentali", perché ciò comporta il rischio di una restrizione dei diritti fondamentali, di un loro livellamento.

Della compressione dei diritti (ed in particolare di quelli) sociali innescata dai processi di regolazione dell'economia a livello globale abbiamo già riferito; in parziale controtendenza sembra avere operato la giurisprudenza

dell'*Appellate Board* del WTO, a proposito della quale Ferrari evidenzia come, esercitando un ruolo attivo, si sia fatto un uso incrementale della categoria dei diritti umani, talora definiti come fondamentali (ad esempio come il diritto al cibo, alla vita, o alla salute e al trattamento medico) e siano state utilizzate categorie proprie del costituzionalismo contemporaneo, quali il principio di eguaglianza e quello di proporzionalità. Una constatazione in qualche misura sorprendente, tenuto conto dell'ottica squisitamente economica in cui si muove questa autorità. Si tratta, comunque, di un tentativo non compiuto di costituzionalizzazione di una parte del diritto internazionale, che conferma la fragilità degli strumenti di razionalizzazione in un contesto, come quello dell'economia globale, in cui prevalgono i rapporti di forza e le pretese egemoniche portate avanti dalle superpotenze generano conflitti, nei quali le relazioni bilaterali vengono privilegiate rispetto al multilateralismo.

6. In conclusione, voglio tornare sul profilo di un possibile inquadramento del diritto transnazionale nella teoria delle fonti del diritto. A questo proposito ci pare necessario mantenere separati due piani; il primo attiene allo stesso livello transnazionale, nel quale tali normative trovano la loro origine e, per così dire, vivono di vita propria; il secondo si riferisce a quello degli ordinamenti riceventi, in particolare quelli statali, all'interno dei quali le regole transnazionali possono essere utilizzate.

Se ricorriamo alle categorie che distinguono le fonti sulla base della loro legittimazione (diritto politico, giurisprudenziale, consuetudinario, convenzionale e rivelativo) dobbiamo ribadire che la natura eterogenea degli ordinamenti transnazionali si riverbera sul tipo di regole prodotte; che possono quindi appartenere a tutte le categorie indicate, con la sola eccezione delle fonti politiche e di quelle rivelative, difettando, negli ordinamenti transnazionali qui considerati, autorità che possiedono una legittimazione elettorale-rappresentativa o trascendente.

Può quindi trattarsi di diritto giurisprudenziale, sia in quanto prodotto da organismi che esercitano un potere di soluzione di controversie, sia per la creazione ad opera di esperti, anche privati, come spesso avviene quando, soprattutto per la materia commerciale si fa ricorso all'intervento delle c.d. *law firms* (in questi casi ci troviamo di fronte ad un diritto giurisprudenziale di matrice dottrinaria). Le regole, in questi casi, sono il frutto dell'esercizio di competenze tecniche (non necessariamente tecnico-giuridiche) e sono, quindi, fondate sulla ragione.

Può poi trattarsi di diritto consuetudinario, ove ricorrano i presupposti di questi fatti giuridici, che si concretizza mediante adesione spontanea a modelli di comportamento precostituiti da parte degli operatori di un determinato

settore (anche in questo caso l'esempio più limpido è rappresentato da una parte consistente della *lex mercatoria*).

Ma la categoria più diffusa di diritto transnazionale a noi pare quella del diritto convenzionale: quest'ultimo trova il suo fondamento nel consenso delle parti, o comunque nell'adesione spontanea da parte di soggetti privati in forme contrattuali, per lo più atipiche.

Conclusivamente, quindi, il diritto transnazionale è in larga parte integrato da un complesso di regole a carattere consuetudinario sulle quali si è venuto a formare un consenso anche tacito tra gli operatori di un determinato settore, nonché da un insieme di pratiche applicate in via convenzionale, che sono osservate da un complesso di soggetti che agiscono in un determinato campo di attività (sovente economica) e che le applicano in relazione a rapporti non regolati dal diritto statale (o da altro diritto ad esso collegato). L'osservanza di questo diritto, tuttavia, non è assicurata in modo rigido dagli organi statali o internazionali, per cui si creano degli spazi nei quali gli ordinamenti transnazionali vengono ad inserirsi (come osservava lo stesso Pizzorusso, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*.

Se si guarda agli ordinamenti tradizionali, quindi, il diritto transnazionale può valere, quindi, come fonte *praeter legem* (non *contra legem*); le regole che promanano da questi ordinamenti esterni potranno essere pertanto applicate come forme di *soft law*, oppure, forse più frequentemente, sul piano dell'interpretazione del diritto statale o internazionale vigente. Eventualità che richiama la natura giurisprudenziale della fonte nel momento della chiusura del sistema. In definitiva, quello transnazionale resta un diritto che sul piano formale non è garantito da un'efficacia direttamente prescrittiva, ma si mostra in grado di influenzare altri formanti (dottrinale e giudiziale), rispetto a quello normativo, o viene accettato su base consensuale, restando, quindi, un "non diritto", piuttosto che un diritto "*extra ordinem*".

Rispetto a questa duplice ipotesi deve essere tenuta distinta quella ulteriore della recezione espressa (magari mediante ratifica di un accordo transnazionale o riforme del sistema normativo esistente), sempre possibile, considerato che gli stati rimangono gli unici detentori della sovranità. In questo caso, diversamente dai precedenti, si produce una vera e propria novazione della fonte e si registra una perdita della transnazionalità delle regole mutuate, che vengono nazionalizzate.

Siamo consapevoli che questo ragionamento può essere tacciato di eccessiva astrattezza; d'altra parte, l'atipicità e la varietà di atti e fatti giuridici che sono riconducibili all'ordine transnazionale nelle sue molteplici declinazioni, congiunto al ruolo determinante che alla fine assume il principio di effettività (che in taluni casi può portare ad una operatività *extra ordinem* di tali regole), una verifica soddisfacente può essere condotta solo empiricamente, mediante una

disamina analitica dei fenomeni che si sviluppano nella loro dimensione reale, si tratti di *lex informatica*, di *lex mercatoria*, di *lex sportiva*, di accordi transnazionali o di altro ancora, come si è cercato di fare in questa sede.

BREVI NOTE SULLA GIURISPRUDENZA SULL'ART. 52, PAR. 1 DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UE IN MATERIA DI LIMITAZIONI AI DIRITTI FONDAMENTALI …CON UNO SGUARDO IN AVANTI

ROBERTO CISOTTA*

Sommario

Premessa – L'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE: cenni sulla filosofia ispiratrice 1. Un po' di storia: gli antecedenti nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE in tema di limitazioni dei diritti fondamentali prima della Carta di Nizza. – 2. I criteri di cui all'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia – aspetti generali. – 2.1 La riserva di legge. – 2.2 *Segue*: condizioni per le limitazioni dei diritti fondamentali (in particolare del diritto di proprietà e del diritto alla vita privata e alla riservatezza). – 2.3 *Segue*: il rispetto del contenuto essenziale dei diritti e libertà. – 2.4 *Segue*: la rispondenza a finalità di interesse generale. 2.5 *Segue*: il rispetto di diritti e libertà altrui. –2.6 *Segue*: la necessità delle misure restrittive e il rispetto del principio di proporzionalità. – 3. L'art. 52, par. 1 CDFUE e il *test* di proporzionalità relativo alle restrizioni alle libertà di circolazione. 4. L'art. 52, par. 1 e la sua invocazione nel contesto dell'applicazione di norme di diritto derivato, in particolare in materia di protezione dei dati personali. – 5. Le limitazioni al diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale. – 6. La giurisprudenza in materia di limitazioni alla libertà personale. – 7. Limitazioni ai diritti fondamentali, autonomia procedurale degli Stati membri e primato del diritto dell'UE nella recente sentenza *Deutsche Umwelthilfe eV c. Freistaat Bayern*. – 8. Quattro proposte di lettura della giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali. – 9. …uno sguardo in avanti.

Abstract

Article 52(1) of the Charter of fundamental rights of the EU lays down strict requirements for the admissibility of limitations to the rights and freedoms recognized thereby. The Court of Justice of the EU has started to deal with this issue already before the advent of the Charter and before it acquired, with the Lisbon Treaty, the force of primary law in the EU legal order. The Luxembourg Court has refined its approach over time moving from the first pioneering cases, which essentially regarded limitations of fundamental rights in the context of the functioning of the internal market, to new problems arising out of the exercise by the EU of more recently acquired competences. The reasoning framework regarding restrictions to fundamental freedoms has been adapted for the analysis of limitations to fundamental rights, while the latter have been recognized as providing grounds for restrictions to freedoms of movement. This interplay has originated an interesting case-law, paving the way for more recent developments related to EU competences other than the internal market. Legal certainty on the guarantees enshrined in Article 52(1) of the Charter of fundamental rights cannot be intended strictly. In fact, a case-by-case approach, although with reference to a sound elaboration on the basic criteria, is the best-suited to deal with limitations for fundamental rights. Furthermore, judges should always be granted room for manoeuvre to carry out a balancing exercise in particular when the protection of different fundamental rights is at stake. However, legal certainty in this field also depends on the clarity of the case-law regarding the interpretation of the criteria laid down in the provision at issue. While the Court of Justice can rely on a good experience in the application of criteria like the respect of proportionality and it has started to explore issues like the relevance of national procedural rules in the context of limitations of fundamental rights, further elaboration seems to be needed as far as the application of other criteria is concerned. Actually, the issue of the respect of the essence of rights and freedoms, required by Article 52(1) of the Charter of fundamental rights, has just been touched upon by the Luxembourg Judges and it deserves more attention by the legal doctrine, too, with a view to provide a reliable guarantee. This and other issues will have to be addressed in the upcoming jurisprudential production of the Court of Justice, which is increasingly called upon to state on the admissibility of limitations to fundamental rights, especially by national judges via preliminary references, and a new strain of case-law is promising to come out of questions raised with reference to limitations imposed to fight the COVID-19 pandemic.

Suggerimento di citazione

R. CISOTTA, *Brevi note sulla giurisprudenza sull'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE in materia di limitazioni ai diritti fondamentali …con uno sguardo in avanti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Ricercatore in Diritto dell'Unione europea all'Università di Macerata, diplomatico in aspettativa ai sensi dell'art. 24, comma 9-bis della L. 240/2010. Le opinioni sono espresse a titolo personale e non sono riconducibili al Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale. L'autore tiene a ringraziare la prof.ssa Nicole Lazzerini e il revisore anonimo per i preziosi suggerimenti.

Contatto: roberto.cisotta@unimc.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 1/2021
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

Premessa – L'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE: cenni sulla filosofia ispiratrice

L'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (d'ora in avanti anche "Carta di Nizza" o "CDFUE")[1] sulle limitazioni all'esercizio dei diritti fondamentali *sembra già dire tutto ciò che c'è da dire*. Fedele alla filosofia di una società aperta e pluralista[2], la disposizione in questione racchiude i canoni entro cui la limitazione dei diritti fondamentali può essere ammessa nel diritto dell'UE. Al medesimo tempo, essa pare riflettere l'orientamento secondo cui la soluzione dei conflitti tra diritti – specie se fondamentali – è da ricercarsi prevalentemente in via casistica, in particolare alla luce della difficoltà per il

[1] Carta dei diritti fondamentali dell'UE, GU (in questo scritto: *Gazzetta ufficiale dell'UE*) C 303 2007, pag. 1.

[2] In generale sulla disposizione qui oggetto di studio, v. R. ADAM, *Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2000, p. 881; P. MANZINI, *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'Unione europea: problemi interpretativi posti dall'art. 52*, in L. S. ROSSI, (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, Milano, 2002, p. 127 ss..; A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ri-cognizione?*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il Trattato di Nizza*, Milano, 2003, p. 1; P. MORI, *La "qualità" della legge e la clausola generale di limitazione dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2/2014, p. 243. S. PEERS, A. WARD (eds.), *The European Union Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2014, p. 1461.

Il testo non contiene alcun cenno ad una "*società democratica*" come riferimento al contesto socio-politico nell'ambito del quale valutare l'accettabilità di limiti all'esercizio dei diritti fondamentali. Tale riferimento era invero presente nei lavori preparatori del *Praesidium*: cfr. F. FERRARO, N. LAZZERINI, *Commento all'art. 52* in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 1061, spec. 1063. L'ascendenza più immediata di tale riferimento è da rintracciare in alcune disposizioni della CEDU in relazione alle limitazioni per alcuni specifici diritti garantiti da quella Convenzione. In realtà, correntemente nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE si ritrova siffatto riferimento, sovente valorizzato dai Giudici di Lussemburgo: v., già prima che la Carta dei diritti fondamentali dell'UE acquisisse valore vincolante, sentenze 11 luglio 2002, causa C-60/00, *Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, ECLI:EU:C:2002:434, punto 42 (con richiamo della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 2 agosto 2001, *Boultif c. Suisse*, § 39, 41 e 46), del 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, ECLI:EU:C:2003:333, punto 79, nonché, in epoca successiva all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (quindi con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE che ha acquisito valore giuridico pari a quello dei Trattati istitutivi), l'evocazione dell'importanza del diritto all'informazione in una "*società democratica e pluralista*" nelle sentenze del 22 gennaio 2013, causa C-283/11, *Sky Österreich GmbH c. Österreichischer Rundfunk*, ECLI:EU:C:2013:28, punti 51-52 (con riferimento all'art. 11, par. della Carta dei diritti fondamentali e citazione della giurisprudenza precedente) e del 18 luglio 2013, causa C-204/11 P *Fédération internationale de football association (FIFA) c. Commissione europea*, ECLI:EU:C:2013:477, punto 12; con riferimento alla libertà di espressione, v., già prima dell'avvento della Carta di Nizza, la sentenza 26 giugno 1997, causa C-368/95, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH c. Heinrich Bauer Verlag*, ECLI:EU:C:1997:325, punto 26 (con citazione della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 24 novembre 1993, *Informationsverein Lentia e a. c. Austria*, A n. 276).

legislatore di stabilire gerarchie troppo rigide (pur se, come si vedrà, quanto meno la possibilità di una limitazione deve essere prevista dalla legge).

La disposizione in parola invero impone requisiti stringenti per le limitazioni ai diritti fondamentali. In questi requisiti si ritrovano i presìdi oramai classici che, nelle società contemporanee, sono stati eretti a protezione della sfera privata da intrusioni pubbliche: tali presìdi si concretano in *test* piuttosto severi che le intrusioni in parola devono superare per poter essere considerate ammissibili. Anche nell'imporre questi *test* si segue una tendenza assai chiara, ma non può scongiurarsi comunque il rischio che, pur ingabbiando il ragionamento giuridico in passaggi predeterminati, si nasconda nell'applicazione di questi – e si debba forse necessariamente nascondere – un giudizio che, in ultima analisi, non potrà essere *meccanico*[3]. Pertanto la custodia di beni come la certezza del diritto e la prevedibilità delle decisioni non può arrivare a chiudere al giudice margini di apprezzamento che restano esposti, oltre che alle specificità del caso, all'influsso di sistemi di valori. In ciò, anche il relativismo e l'inflazione di diritti[4] – da più parti segnalati o denunciati come frutto, ovvero distorsione dell'evoluzione dei moderni sistemi di protezione dei diritti fondamentali – finiscono per doversi arrestare lì dove una decisione di *moderazione*, o meglio di contemperamento, debba essere finalmente imposta[5].

A ben vedere, è già tra queste diverse istanze – pluralismo, democrazia, certezza del diritto, approccio casistico alla soluzione dei conflitti tra esigenze di tutela di diversi diritti, inflazione degli stessi diritti, relativismo – che si deve operare un *giudizio di bilanciamento*. Si tratta di garantire un generale *equilibrio* nell'ordinamento, una delle cui manifestazioni è il contemperamento tra esigenze di tutela di diversi diritti che in molti casi concreti possono spingere in direzioni opposte, come lo stesso art. 52, par. 1 prevede.

[3] Si vedrà in realtà che i *test* a cui si è fatto riferimento offrono una garanzia di prevedibilità in parte solo illusoria, riservandosi la giurisprudenza della Corte di giustizia ampi margini di manovra. Tali margini vengono usati, tra l'altro, per re-impostare la verifica del rispetto del principio di proporzionalità laddove sia reputato opportuno in particolare per le peculiarità di alcune aree di competenza per l'UE relativamente nuove.

[4] I rischi legati all'inflazione dei diritti protetti in particolare dalla Carta di Nizza – ove pure si nota che vi sono assenze che non possono passare inosservate come il diritto all'abitazione, o quello ad un salario dignitoso per i lavoratori – sono segnalati ad es. da D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, 2014, p. 257. Si paventa in particolare la diluzione di tutela conseguente alla qualifica di "fondamentali" che viene attribuita a diritti che non sono chiaramente così rilevanti come quelli che tradizionalmente sono considerati tali, nonché la difficoltà di bilanciamento tra posizioni soggettive e valori che hanno in principio tutte lo stesso rango.

[5] Per queste osservazioni e una loro discussione alla luce dell'analisi dell'approccio delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo e di quelle costituzionali in particolare dei Paesi europei, v. G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, Rivista AIC, 3/2017, pp. 1 ss. e *passim*.

Vediamo anzitutto quali sono i criteri per la limitazione all'esercizio dei diritti fondamentali, come stabiliti dalla dall'art. 52, par. 1 della Carta di Nizza, il cui testo vale la pena di riportare interamente:

"*1. Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui*"[6].

I criteri per l'ammissibilità delle limitazioni ai diritti fondamentali sono previsti da due frasi distinte. Nella prima si pone una riserva di legge per le limitazioni all'esercizio dei diritti fondamentali e si stabilisce che esse devono "*rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà*". I due criteri stabiliti in questa prima frase sembrano avere un carattere perlopiù *statico*. Il primo, la riserva di legge consiste infatti in un requisito di natura formale. Il secondo criterio, ossia il rispetto del contenuto essenziale dei diritti e libertà oggetto di restrizione, sembrerebbe dover essere valutato innanzitutto in astratto, in relazione a quello che debba ritenersi appunto essere il "*contenuto essenziale*" delle posizioni soggettive in questione. Come tuttavia si avrà modo di vedere, la portata del criterio in parola è tutt'ora oggetto di discussione.

Nella seconda frase, si impone il rispetto del principio di proporzionalità e si prescrive che le limitazioni in questione possono essere ammesse "*solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui*". Il tenore letterale di questa seconda frase sembra peraltro suggerire che quella testé riportata debba essere considerata, più che una condizione autonoma, una qualificazione o, se si preferisce, un *aggravamento* del *test* di proporzionalità. È in particolare la valutazione della necessità, nell'ambito di tale *test*, che risulta arricchita dalla condizione ulteriore riportata.

In questo studio, si ricorderanno anzitutto gli antecedenti storici principali in tema di limitazioni ai diritti fondamentali rintracciabili nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo (par. 1). Si presenterà quindi un'analisi generale dei canoni stabiliti dall'art. 52, par. 1 CDFUE così come interpretati dalla Corte di giustizia (par. 2). Si passerà quindi ad analizzare le acquisizioni della giurisprudenza così come condensate in quattro filoni (più un caso) che si ritengono specialmente esemplificativi di alcune delle tendenze interpretative fondamentali della Corte di giustizia dell'UE sul tema (parr. 3-7), ciò non senza

[6] Nelle Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (GU C 303 2007, pag. 17), si fa presente che la formulazione dell'art. 52, par. 1 "si ispira" alla giurisprudenza della Corte di giustizia e si richiama in particolare la sentenza del 13 aprile 2000, causa C-292/97, *Kjell Karlsson et al.*, ECLI:EU:C:2000:202, punto 45.

avvertire che svolgere un'analisi completa della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo sul tema delle limitazioni ai diritti fondamentali non sarebbe possibile nell'ambito di un breve contributo come il presente[7]. Si proporranno quindi quattro criteri di lettura, tra i diversi possibili, della giurisprudenza così presentata (par. 8). Infine, non può non notarsi come misure restrittive adottate praticamente da tutti gi Stati membri dell'UE – pur con tempi e intensità differenti – per contrastare la pandemia in atto costituiscano un banco di prova delicatissimo per la norma di chiusura qui oggetto di attenzione: pertanto si offriranno come considerazioni finali alcuni brevi spunti sulla sua applicazione nel contesto della lotta al COVID-19 (par. 9).

1. Un po' di storia: gli antecedenti nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE in tema di limitazioni dei diritti fondamentali prima della Carta di Nizza

I criteri contenuti nell'art. 52, par. 1 risultano il portato di una maturazione della concezione della tutela dei diritti fondamentali: sulla base infatti delle considerazioni generali presentate nel paragrafo precedente, può reputarsi naturale che in ogni sistema di tutela dei diritti fondamentali debbano essere presenti, per il bene della sua stessa coerenza e tenuta generale, dei meccanismi atti a prevedere operazioni di bilanciamento e di valutazione di ammissibilità di eventuali limitazioni agli stessi diritti. I criteri in parola sono peraltro storicamente emersi, con riguardo al sistema di tutela approntato nell'ambito del diritto dell'Unione, nell'elaborazione della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo. Questa, com'è noto, proteggeva fin dall'inizio degli anni '70 i diritti fondamentali in quanto riconosciuti nell'ambito dei principi generali dell'ordinamento comunitario, rifacendosi ai trattati internazionali di tutela di tali diritti, in particolare alla CEDU, e alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati

[7] Nell'ambito dell'ampio e ricco materiale giurisprudenziale, si sono pertanto scelti solo quattro filoni nei quali le pronunce fondamentali hanno affrontato esplicitamente il problema della limitazione dei diritti protetti dalla Carta applicando l'art. 52, par. 1 (infatti in tutta una serie di sentenze, specie quelle più risalenti nel tempo, il tema resta allo stato latente). Si è inoltre aggiunto un recente ed interessante caso, in quanto in esso il tema delle limitazioni ai diritti fondamentali, come si vedrà, si intreccia con altri pure di notevole importanza. I casi in questione appaiono rilevanti per il problema delle limitazioni ad alcuni diritti fondamentali in particolare, rispetto ai quali la questione si è posta in modo ricorrente ovvero in termini inediti o che hanno costituito un'occasione per applicazioni nuove dei criteri di cui all'art. 52, par. 1 CDFUE. Detti casi, o quanto meno quasi tutti, emergono peraltro nell'ambito di più ampi filoni che sono nel loro complesso di interesse per il tema della possibilità di introdurre limitazioni all'esercizio di diritti fondamentali. Tali casi si prestano pertanto ad offrire una visione fedele ed in certi casi anche particolarmente vivida degli orientamenti dei Giudici di Lussemburgo in materia: la scelta resta comunque, in certa misura, arbitraria, potendosi senz'altro rinvenire anche altre pronunce o orientamenti degni di interesse che però, come detto, per motivi di spazio non sarà qui possibile approfondire. Allo stesso modo, i riferimenti alla letteratura saranno essenziali e limitati alle questioni più ampiamente analizzate.

membri[8]. Abbastanza presto si è altresì posto il tema della limitazione dei diritti in questione: già sul finire degli anni '80 – ossia ben prima dell'avvento della

[8] Com'è noto, la tutela dei diritti fondamentali ha costituito un nodo problematico per nell'ambito dell'ordinamento comunitario delle origini. Nell'assenza – durata fino all'assunzione, col Trattato di Lisbona, da parte della CDFUE di valore giuridico pari ai Trattati istitutivi – di un catalogo di tali diritti nell'ambito del *suo* ordinamento, la Corte di giustizia, dopo iniziali tentennamenti, ha ricavato la necessità della loro tutela come immanente allo stesso sistema, in quanto principi generali. Con tale soluzione la Corte di giustizia ha in particolare risposto alle prese di posizione delle Corti costituzionali italiana e tedesca, che rischiavano di minare l'unitarietà dell'ordinamento comunitario. Le fonti per la ricostruzione di questi ultimi sono state individuate, come ricordato ancora nel testo, nei trattati internazionali di tutela dei diritti fondamentali di cui fossero parti o all'elaborazione dei quali avessero cooperato gli Stati membri e nelle loro tradizioni costituzionali comuni. Cfr. sentenze del 12 novembre 1969, causa 29/69, *Erich Stauder c. Stadt Ulm – Sozialamt*, ECLI:EU:C:1969:57, punto 7; 17 settembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, ECLI:EU:C:1970:114, punti 3-4 (con diretto riferimento all'inammissibilità di ogni sindacato degli atti comunitari con riferimento a parametri nazionali, anche costituzionali); 14 maggio 1974, causa 4/73, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1974:51, punto 13. La giurisprudenza in parola ha poi finito per essere codificata nell'art. 6 TUE. Dalle prime pioneristiche pronunce, testé citate, il filone della tutela dei diritti fondamentali nell'UE si è accresciuto enormemente, anche allargandosi alle aree di competenza man mano assorbite dall'Unione (v. *infra*, in particolare § 8). La letteratura sul tema generale della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea è vastissima e si è in particolare accresciuta negli ultimi due decenni con speciale vitalità grazie all'avvento della Carta dei diritti fondamentali. V., *ex pluribus*, L. DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 645; G. DI FEDERICO (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights: from Declaration to binding Instrument*, Cham, 2011; B. NASCIMBENE, *Les droits fondamentaux vingt ans après le traité de Maastricht*, in *Revue des affaires européennes*, 2012, p. 259; L.S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, Napoli, 2011; R. SCHÜTZE, *Three 'Bill of Rights' for the European Union*, in *Yearbook of European Law*, 2011, p. 1; E. CANNIZZARO, *Diritti « diretti » e diritti « indiretti » : i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1/2012, p. 23; S. M. CARBONE, *I diritti della persona tra CEDU, diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1/2013, p. 1; T. TRIDIMAS, *Fundamental Rights, General Principles of EU Law and the Charter*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2014, p. 361 ; S. SEVER, *General Principles of EU Law and the Charter of Fundamental Rights*, in *Cahiers de droit européen*, 1/2016, p. 167 ; C. AMALFITANO, *General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Cheltenham, 2018 ; M. CARTABIA, *L'impatto costituzionale della Carta dei diritti dell'Unione europea*, in AA.VV., *Liber Amicorum* Antonio Tizzano, *De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européene*, Torino, 2018, p. 179; N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I Limiti di applicazione*, Milano, 2018; E. SPAVENTA, *Should we « harmonize » fundamental rights in the EU? Some Reflections about the Minimum Standards and Fundamental Rights Protection in the EU Composite Constitutional System*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 997 ; B. DE WITTE, *The Relative Autonomy of the European Union's Fundamental Rights Regime*, in *Nordic Journal of International Law*, 1/2019, p. 1 : AA.VV. *Vingt ans de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *Revue de l'Union européenne*, 6/2020, p. 542.

Nel presente studio, come già chiarito nel testo, si è scelta la sola prospettiva di analisi delle limitazioni ai diritti fondamentali, ove essa è stata esplicitamente affrontata dalla Corte di giustizia: in molti casi peraltro emerge il problema della mancata o non chiara delimitazione dei singoli diritti oggetto di tutela, con la conseguente difficoltà di individuare se determinate misure definiscano la naturale estensione del diritto in questione, o introducano una limitazione di quell'area, da valutare ai sensi dell'art. 52, par. 1 CDFUE (v. ancora *infra*, § 8).

Carta di Nizza[9] – la Corte di giustizia ha avuto le prime occasioni per riconoscere che i diritti fondamentali possono subire limitazioni.

In particolare, si segnalano le sentenze *Schräder* e *Wachauf*[10]. Nella seconda, la Corte di giustizia si è occupata del caso di un affittuario di un terreno che su di esso aveva avviato una produzione di latte, che, allo scadere del contratto. chiedeva l'indennità per cessazione della produzione. Il sig. Wachauf si vedeva negare il beneficio, previsto da un regolamento comunitario per incentivare una generale diminuzione della produzione, a causa di una norma nazionale che esigeva anche il consenso del proprietario del fondo. In tale occasione, la Corte di giustizia ha per la prima volta affermato che:

"*[i] diritti fondamentali riconosciuti dalla Corte non risultano però essere prerogative assolute e devono essere considerati in relazione alla funzione da essi svolta nella società. È pertanto possibile operare restrizioni all'esercizio di detti diritti, in particolare nell'ambito di un'organizzazione comune di mercato, purché dette restrizioni rispondano effettivamente a finalità d'interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudicherebbe la stessa sostanza di tali diritti*"[11].

Per completezza si ricorda che nel citato art. 6 TUE si stabilisce altresì che l'UE "aderisce" alla CEDU e ciò con l'intento di riprendere un primo tentativo di adesione cui la Corte di giustizia aveva sbarrato la strada col parere 2/94 *sull'Adesione della Comunità alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* del 28 marzo 1996, ECLI:EU:C:1996:140. Anche il nuovo progetto di accordo preparato a seguito della nuova richiamata previsione tuttavia non ha superato il vaglio dei Giudici di Lussemburgo: si veda il parere della Corte di giustizia 2/13 *sul Progetto di accordo internazionale di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* del 18 dicembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454; tuttavia la prospettiva dell'adesione alla CEDU è di recente essere tornata d'attualità. Su tale complessa vicenda, si vedano, per tutti, A. GIANELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 678; A. TIZZANO, *Quelques réflexions sur les rapports entre les cours européennes dans la perspective de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1/2011, p. 9; R. BARATTA, *Accession of the EU to the ECHR: the rationale for the ECJ's prior involvement mechanism*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1305; I. A. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU, L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Giuffré, Milano, 2015.

[9] Quanto alla giurisprudenza precedente all'acquisizione da parte della CDFUE di valore giuridico pari a quello dei Trattati istitutivi dell'UE relativa al particolare settore delle limitazioni ai diritti della difesa, v. in particolare *infra*, § 4.

[10] Sentenze dell'11 luglio 1989, causa 265/87, *Hermann Schräder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG c. Hauptzollamt Gronau*, ECLI:EU:C:1989:303 e del 13 luglio 1989, causa 5/88, *Hubert Wachauf c. Repubblica Federale di Germania*, ECLI:EU:C:1989:321.

[11] Sent. *Hubert Wachauf c. Repubblica Federale di Germania*, cit., punto 18. V. nello stesso senso la citata sentenza *Schräder*, che fa riferimento anche al libero esercizio delle attività professionali come diritto fondamentale al cui esercizio possono essere poste limitazioni. È stato all'incirca nell'arco di un decennio che la Corte di giustizia ha avuto occasione di ribadire le prese di posizione riportate nel testo, consolidando così la sua giurisprudenza sulle limitazioni ai diritti fondamentali anticipatrice dei criteri che sarebbero poi stati trasfusi nella Carta dei diritti fondamentali. Con riferimento a tale periodo, v. altresì le seguenti sentenze: 10 gennaio 1992, causa C-177/90, *Ralf-Herbert Kühn c. Landwirtschaftskammer Weser-Ems*, ECLI:EU:C:1992:2, punto 16, e 15 aprile 1997, causa C-22/94, *Irish Farmers Association et al. c. Minister for Agriculture, Food and Forestry, Ireland e Attorney General.*

I Giudici di Lussemburgo hanno quindi concluso statuendo che il regolamento comunitario in questione offriva agli Stati membri

"*un margine di valutazione sufficientemente ampio, tale da consentire loro di applicare detta disciplina conformemente alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali*"[12].

Doveva essere così garantito all'affittuario di non ritrovarsi totalmente privato delle provvidenze che gli spettavano (o di altre nel caso di decisione di non cessare la produzione).

Nella sentenza *Schmidberger*[13], in un'epoca in cui la CDFUE era stata proclamata ma non aveva ancora assunto valore giuridico vincolante, la Corte di giustizia dell'UE ha considerato la possibilità di limitazioni alla libertà di espressione: nella fattispecie si trattava del blocco del valico del Brennero provocato da una manifestazione ecologista la quale aveva avuto come conseguenza una restrizione alle libertà di circolazione garantite nell'ambito del mercato interno e segnatamente l'interruzione temporanea del transito delle merci attraverso il valico stesso[14]. La Corte di giustizia ha giudicato che lo Stato austriaco non era venuto meno al proprio dovere di assicurare la libera circolazione delle merci [artt. 30 e 34 TCE (divenuti, in seguito a modifica, artt. 28 CE e 29 CE ed oggi 34 e 35 TFUE] in virtù del principio di leale cooperazione

ECLI:EU:C:1997:187, punto 27, tutte in tema di limitazioni al diritto di proprietà; sempre su tale medesima questione, ma di qualche anno successive al periodo indicato, v. le sentenze 10 luglio 2003, cause riunite C-20/00 e C-64/00, *Booker Aquacultur Ltd e Hydro Seafood GSP Ltd c. The Scottish Ministers*, punto 68, 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee (Kadi I)*, ECLI:EU:C:2008:461, punto 355. Con riferimento anche al diritto di esercitare attività professionali, v. altresì le sentenze del 17 ottobre 1995, causa C-44/94, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: National Federation of Fishermen's Organisations et al., Federation of Highlands and Islands Fishermen et al.*, ECLI:EU:C:1995:325, punto 55, del 28 aprile 1998, causa C-200/96, *Metronome Musik GmbH contro Music Point Hokamp GmbH*, ECLI:EU:C:1998:172, punto 21; ancora sulle limitazioni al diritto di esercitare attività professionali, v. la sentenza, di poco successiva alla prima stagione giurisprudenziale, così come poco sopra individuata, del 15 luglio 2004, cause riunite C-37/02 e C-38/02, *Di Lenardo Adriano e Dilexport Srl c. Ministero del Commercio con l'Estero*, ECLI:EU:C:2004:443, punto 82. La Corte di giustizia ha inoltre fatto ricorso al medesimo ragionamento anche per limitazioni al principio di non discriminazione – pur nell'ambito in particolare dell'organizzazione del mercato del latte – nella sentenza *Kjell Karlsson et al.*, cit., punto 45.

[12] Sent. *Hubert Wachauf c. Repubblica Federale di Germania*, cit., punto 22.

[13] Sentenza *Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, cit.

[14] In casi eventualmente più complessi, la sfera applicativa del diritto dell'UE potrebbe non esser chiara, con connessa incertezza sull'applicabilità della CDFUE. Sul tema del rapporto tra Carta dei diritti fondamentali e mercato interno in relazione ai problemi emergenti dall'incertezza dei confini della sfera di applicazione delle norme sul mercato interno e quindi, di conseguenza, della Carta di Nizza (in virtù della clausola di cui all'art. 51 della stessa Carta), v. F. FONTANELLI, A. ARENA, *The Harmonization Potential of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *European Journal of Law Reform*, 2-3/2018, p. 56.

di cui all'art. 5 Trattato CE [(divenuto art. 10 CE ed oggi 4, par. 3 TUE)]. La Corte di Lussemburgo ha chiaramente spiegato che doveva essere condotto un giudizio di bilanciamento, che si sostanziava in una valutazione della proporzionalità delle restrizioni alle libertà di circolazione. Nel contesto di siffatta valutazione, non era ritenuta irrilevante la circostanza che la perturbazione agli scambi intracomunitari era causata dall'esercizio di un diritto fondamentale, come la libertà di espressione: non vi era peraltro da parte dei manifestanti l'intenzione di impedire di per sé il transito delle merci o di realizzare azioni di tipo distruttivo[15]. La restrizione alla libertà di manifestazione peraltro avrebbe verosimilmente potuto portare ad una reazione dei manifestanti con effetti potenzialmente anche maggiormente dannosi per il funzionamento del mercato interno. Al tempo stesso, le Autorità austriache, alle quali nel contesto la Corte riconosce un ampio margine di discrezionalità, avevano autorizzato la manifestazione e predisposto misure che avrebbero alleviato, per quanto possibile, i relativi disagi. L'insieme di queste circostanze, insieme alla durata limitata della manifestazione, rendevano tali disagi, a giudizio della Corte di giustizia, tollerabili[16].

Nei passaggi appena sintetizzati si ritrovano in sostanza già gli elementi che sarebbero poi stati consacrati nell'art. 52, par. 1 della Carta di Nizza[17].

Degno di nota è che in tale occasione la Corte di giustizia, nel riprendere la linea argomentativa propria della sua giurisprudenza precedente con riferimento in particolare alla libertà di espressione e al diritto di riunione pacifica (in quanto garantiti dalla CEDU agli articoli 10 e 11), abbia precisato che tali

[15] Ciò per la Corte di giustizia valeva a distinguere il caso in parola da quello deciso con la sentenza 9 dicembre 1997, causa C-265/95, *Commissione c. Francia*, ECLI:EU:C:1997:595, ove le manifestazioni avevano inoltre assunto dimensioni più ampie. V. sentenza *Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, cit. punti 85-86.

[16] Sentenza *Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, cit., punti 81 ss.

[17] Sentenza *Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, cit., punto 79, ove nell'enucleare gli elementi in questione si fa riferimento ai precedenti *Familiapress*, cit., punto 26 (contenente, come già visto, un richiamo alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo), in cui si discuteva in effetti di libertà di espressione, benché nel diverso ambito dell'iniziativa economica privata (il problema riguardava l'ammissibilità del divieto di commercializzare pubblicazioni con giochi a premi) e *Carpenter*, cit., punto 42 (a sua volta, sempre come già segnalato, contenente un richiamo ad un caso deciso dalla Corte di Strasburgo). In quest'ultima pronuncia veniva in realtà in questione una compressione de diverso diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU): la Corte di Lussemburgo – non vincolata, del resto, a richiamarsi a suoi precedenti riguardanti limitazioni esattamente allo stesso diritto di cui si tratta nella pronuncia in questione – la richiama probabilmente per riallacciarsi ad uno dei suoi precedenti più significativi in materia di limitazioni ai diritti fondamentali (v. *supra*, nt. 1) in cui venivano già ripresi gli elementi essenziali concernenti le condizioni per siffatte limitazioni. Nel passaggio sopra citato della sentenza *Schimdberger* è altresì richiamata la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 settembre 1998, Steel e a. contro Regno Unito, 67/1997/851/1058, § 101, in cui in effetti veniva affrontata la questione dei limiti alla libertà di espressione nel contesto di una manifestazione di protesta.

diritti non sono, secondo l'espressione che come visto era già stata utilizzata, "*prerogative assolute*", a differenza di altri insuscettibili di ogni restrizione, indicando in particolare il diritto alla vita e il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti[18].

L'assolutezza del divieto di tortura ha peraltro ricevuto conferma nella giurisprudenza più recente, in particolare nella sentenza *Aranyosi e Căldăraru*[19].

La Corte di giustizia si è successivamente richiamata al precedente *Schimdberger* allorché si è trovata a dover risolvere un problema in parte simile e legato alla concezione specifica di un diritto fondamentale – il rispetto della dignità umana – nell'ambito dell'ordinamento giuridico di un particolare Stato membro. Si tratta del caso *Omega*[20], in cui si è ammessa la possibilità che le libertà di circolazione possano subire una restrizione a causa del configgere degli esiti del loro esercizio, ossia nella fattispecie con un gioco in cui veniva simulata l'uccisione degli avversari, con la tutela della dignità umana. In certo senso, qui è il problema della non comprimibilità – in particolare nei termini che si erano verificati nella fattispecie – del diritto alla dignità umana a fondare il percorso argomentativo della Corte di giustizia. Tuttavia, alla luce delle caratteristiche del caso, detto problema non è affrontato in termini espliciti nel senso visto nelle pronunce precedenti e la Corte di giustizia si richiama invece, nell'ambito dello schema più classico del vaglio giudiziale delle restrizioni alle libertà fondamentali, al concetto di ordine pubblico come finalità ammissibile per una restrizione al funzionamento del mercato interno.

2. I criteri di cui all'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia – aspetti generali

Svolte queste premesse, si ripercorreranno nel presente paragrafo i criteri generali fissati dall'art. 52, par. 1 CDFUE, spiegando sinteticamente come questi siano stati interpretati dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo.

[18] Sentenza *Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, cit., punto 80. Così si esprime la Corte di giustizia in tale passaggio:

"Così, neppure i diritti alla libertà d'espressione e alla libertà di riunione pacifica garantiti dalla CEDU - contrariamente ad altri diritti fondamentali sanciti dalla medesima convenzione, quali il diritto di ciascuno alla vita ovvero il divieto della tortura, nonché delle pene o di trattamenti inumani o degradanti, che non tollerano alcuna restrizione - appaiono come prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale. Ne consegue che possono essere apportate restrizioni all'esercizio di tali diritti, a condizione che tali restrizioni rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito da tali restrizioni, un intervento sproporzionato e inaccettabile tale da ledere la sostanza stessa dei diritti tutelati".

[19] Sentenza del 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15, *Pál Aranyosi e Robert Căldăraru*, punti 86-87, ove si ricorda la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul punto: sentenza *Bouyid c. Belgio* del 28 settembre 2015, n. 23380/09, § 81 e la giurisprudenza ivi citata.

[20] Sentenza 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, ECLI:EU:C:2004:614, punto 35.

2.1. La riserva di legge

La prima garanzia posta dall'art. 52, par. 1 CDFUE a fronte di misure restrittive dei diritti fondamentali contenuti nella CDFUE è la riserva di legge. È da ritenersi che essa vada intesa, con riferimento agli ordinamenti nazionali, secondo le regole nell'ambito di questi comunemente adottate per interpretare siffatte riserve a livello di protezione dei diritti fondamentali.

Nell'ambito dell'Unione europea, il discorso è più complesso, essendo innanzitutto noto che non esiste una qualificazione formale di atti come "leggi", ma solo come "atti legislativi"[21]. Anzitutto giova, a tal proposito, richiamare le osservazioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón:

"(…) *La carta, al pari della CEDU, esigendo che le eventuali «limitazioni» (o «ingerenze» o «restrizioni») dei diritti e delle libertà siano «previste dalla legge», rinvia, in modo molto specifico, alla funzione della legge, del diritto in senso proprio, in quanto fonte di tranquillitas publica, e ciò nel settore estremamente sensibile che qui ci occupa. Orbene, la Carta esige non solo che la legge «preesista» a qualsiasi limitazione dei diritti e delle libertà, ma richiede altresì che tale limitazione rispetti il suo «contenuto essenziale», il che rende praticamente imprescindibile l'intervento del legislatore nella determinazione dei confini tra la limitazione del diritto e il territorio in linea di principio inviolabile di tale contenuto essenziale. Inoltre, la Carta esige che qualsiasi limitazione dell'esercizio dei diritti e delle libertà ivi riconosciuti rispetti il principio di proporzionalità, risponda al principio di necessità e persegua effettivamente obiettivi di interesse generale riconosciuti dall'Unione o risponda all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Alla luce di tutte queste condizioni, è l'esistenza di tale «legge» che, a mio avviso, fa nuovamente difetto* [nel caso di specie]*, «legge» intesa come diritto «deliberato», vale a dire democraticamente legittimato. Infatti, solo una legge nel senso parlamentare del termine avrebbe potuto consentire di procedere all'esame delle altre condizioni stabilite dall'art. 52, n. 1, della Carta. A tal riguardo si potrebbe sostenere che l'art. 52, n. 1, della Carta incorpora l'esigenza implicita di una legge «deliberata», in corrispondenza con l'intensità del dibattito pubblico. Nella specie, tuttavia, è in discussione l'esigenza esplicita di una legge, in quanto «diritto previo»*"[22].

Nella richiamata prospettiva, è la riserva di legge che racchiude e in certo senso anticipa le altre garanzie previste dall'art. 52, par. 1, nel senso che ne permette il controllo, non potendosi altrimenti dare alcuna valutazione del rispetto delle altre condizioni, ad esempio del principio di proporzionalità. Deve essere quindi l'intervento del legislatore ciò che soprattutto fa risultare integrato il requisito della riserva di legge, nell'esercizio della sua libertà di scelta tra le diverse opzioni possibili di equilibrio tra valori[23]. In particolare,

[21] Cfr. P. MORI, *La "qualità" della legge e la clausola generale di limitazione dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, cit., p. 243 ss., la quale fa notare che la "legge" potrebbe dover essere ricostruita sulla base di una combinazione di fonti, ad esempio nel caso delle direttive.

[22] Conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón del 14 aprile 2011 nella causa C-70/10, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, ECLI:EU:C:2011:255, punto 113.

[23] E ciò senza però che possa risultare annullato, come già chiarito in premessa, ogni spazio interpretativo del giudice, attesa la difficoltà per il legislatore di compiere in via predeterminata scelte ispirate ad una chiara gerarchia, che possa valere in ogni situazione futura.

nell'ambito dell'Unione sarebbe la partecipazione del Parlamento europeo alla procedura che dà vita ad atti legislativi dell'UE a consentire di ritenere integrato il requisito della riserva di legge di cui all'art. 52, par. 1 CDFUE. La dottrina ha tuttavia messo in luce come la realtà per l'ordinamento dell'UE sia più articolata e complessa, riconoscendosi preminenza all'accessibilità, alla precisione e prevedibilità delle fonti[24].

È utile a questo punto trarre qualche esempio dalla pratica.

La Corte di giustizia, in relazione alla possibilità – prevista dall'art. 8, par. 3, primo comma, lettera e), della Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale[25] – di trattenimento di un richiedente quando lo impongono motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico, ha osservato quanto segue:

"*In proposito è d'uopo rilevare che, siccome la limitazione in discussione discende da una direttiva che costituisce un atto legislativo dell'Unione, siffatta limitazione è prevista dalla legge*"[26].

I Giudici di Lussemburgo hanno altresì riconosciuto che va considerata come "*prevista dalla legge*" anche una limitazione contenuta in un accordo internazionale tra l'UE e un Paese terzo, benché abbiano poi ritenuto tali limitazioni nella specie non giustificate[27].

Da una più ampia ricognizione operata in sede dottrinale sembra in realtà che anche altre fonti debbano rientrare nel concetto di legge, come ad esempio gli atti non legislativi, ovvero esecutivi e gli orientamenti della Commissione in materia di concorrenza[28]. Tali esiti non possono non destare qualche preoccupazione, in particolare quando – come senz'altro accade nell'ultimo caso, ossia per gli orientamenti della Commissione – l'intervento parlamentare non è previsto. Non sembra che tali fonti, ove il bilanciamento degli interessi è rimesso

[24] Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón del 12 dicembre 2013, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a. e Kärntner Landesregierung e a.*, ECLI:EU:C:2013:845, punto 109. Cfr. altresì ancora P. MORI, *La "qualità" della legge e la clausola generale di limitazione dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, cit., p. 243 ss. V. *infra*, §§ 2 e 5. Ricorda inoltre l'Autrice che la nozione di "legge" accolta nella giurisprudenza di Strasburgo è lontana da quella degli ordinamenti di *civil law* e risulta coincidente con quella generica di norma giuridica.

[25] GU L 180, pag. 60.

[26] Sentenza del 15 febbraio 2016, causa C-601/15 PPU, *J. N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, ECLI:EU:C:2016:84, punto 51.

[27] Parere della Corte di giustizia 1/15 del 26 luglio 2017, *Trasferimento dei dati del codice di prenotazione (PNR) dei passeggeri aerei dall'Unione al Canada*, ECLI:EU:C:2017:592, punto 145.

[28] Cfr. P. MORI, *La "qualità" della legge e la clausola generale di limitazione dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, cit., p. 243 ss.

alla sola Commissione, possano soddisfare i requisiti richiesti nella ricostruzione dell'Avvocato generale Cruz Villalón.

Pur a fronte delle perplessità appena esposte, corre l'obbligo di precisare che Corte di giustizia esige comunque che la base giuridica definisca la portata della limitazione imposta in modo chiaro e preciso[29]. Essa aveva altresì avuto modo, poco dopo l'acquisizione da parte della Carta dei diritti fondamentali dell'UE di valore giuridico pari a quello dei Trattati, di precisare ad esempio che una limitazione che dovrebbe essere prevista a livello legislativo sarebbe quella – che nel caso di specie il Tribunale aveva indebitamente applicato in primo grado – relativa alla non proponibilità in giudizio di contestazioni di fatto o di diritto non sollevate nella fase amministrativa del procedimento, da parte del destinatario di una contestazione degli addebiti, adottata dalla Commissione nell'ambito del controllo sul rispetto del divieto di intese anticoncorrenziali. In assenza infatti di qualsivoglia disposizione di diritto dell'UE che la disponga, una siffatta limitazione si tradurrebbe per la Corte di giustizia in una compressione indebita del diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale garantito dall'art. 47 CDFUE[30].

In generale quindi, se condivisibile appare l'accento posto sull'accessibilità, precisione e prevedibilità delle fonti, resta che il *salto culturale* cui l'interprete è chiamato, confrontando la nozione di riserva di legge accolta in molti ordinamenti nazionali con quella che emerge nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea, è in effetti talvolta notevole. Anche senza prefigurare necessariamente conflitti, è tuttavia pensabile che in molte occasioni gli standard a livello nazionale si presentino sul punto più elevati.

La Corte di giustizia tuttavia in contesti da quelli fin qui considerati, e proprio quando ha avuto a che fare con legislazioni nazionali, ha mostrato di ben intendere la necessità di mantenere alta la guardia su requisiti ad esempio di natura procedurale, anche laddove fossero in gioco rilevanti interessi dell'UE, come quelli emergenti nel contesto delle frodi in materia di IVA. Essa ha a esempio ritenuto che una limitazione alla vita privata, tutelata dall'art. 7 CDFUE, come quella derivante da intercettazioni telefoniche, vada considerata come non prevista dalla legge, quindi non conforme alla riserva di cui all'art. 52, par. 1 della stessa Carta, qualora la relativa autorizzazione sia stata concessa da un giudice non competente ai sensi della legislazione nazionale,

[29] Sentenze 17 dicembre 2015, causa C-419/14, *WebMindLicenses*, EU:C:2015:832, punto 81; Parere 1/15, cit., punto 139; 8 settembre 2020, C-265/19, *Recorded Artists Actors Performers Ltd c. Phonographic Performance (Ireland) Ltd et al.*, ECLI:EU:C:2020:677, punto 76, 6 ottobre 2020, cause riunite 245/19 e 246/129, *État luxembourgeois c. B e État luxembourgeois c. B e a.*, ECLI:EU:C:2020:795 punto 86.

[30] Sentenza del 1° luglio del 2010, causa C-407/08 P, *Knauf Gips KG c. Commissione europea*, ECLI:EU:C:2010:389, punto 91.

anche laddove tali intercettazioni costituiscano l'unica fonte di prova per il perseguimento di reati relativi alle frodi IVA[31].

2.2. *Segue*: condizioni per le limitazioni dei diritti fondamentali (in particolare del diritto di proprietà e del diritto alla vita privata e alla riservatezza)

Ragionando a livello di fonti, va tenuto presente che l'articolo 52, par. 1 della CDFUE costituisce la disposizione residuale a cui rifarsi laddove la norma della Carta che garantisce il rispetto di un determinato diritto non contenga indicazioni specifiche per eventuali limitazioni al suo esercizio.

[31] Sentenza della Corte di giustizia del 17 gennaio 2019, causa C-310/16, *Procedimento penale a carico di Petar Dzivev et al.*, ECLI:EU:C:2019:30, punto 37 (la causa in questione era stata sospesa dalla Corte di giustizia fino alla sua decisione nel caso M.A.S. e M.B. e poi riassunta: sentenza del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *Procedimento penale a carico di M.A.S. e M.B.* ECLI:EU:C:2017:936).

Sempre in tema di intercettazioni da utilizzarsi nell'ambito di un procedimento per frodi IVA, la Corte di giustizia ha chiarito che la legalità della loro acquisizione deve essere verificata anche quando il mezzo di prova in questione provenga da un altro procedimento penale parallelo non ancora giunto a conclusione, fornendo al giudice nazionale dettagliate indicazioni sulle verifiche da effettuare in relazione all'ammissibilità delle prove in questione. V. sentenza *WebMindLicenses kft c. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Kiemelt Adó- és Vám Főigazgatóság*, cit., punto 92, par. 4, in cui la Corte ha, tra l'altro, stabilito quanto segue:

"*Il diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che non osta a che, ai fini dell'applicazione degli articoli 4, paragrafo 3, TUE, 325 TFUE, 2, 250, paragrafo 1, e 273 della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, l'amministrazione tributaria possa, allo scopo di accertare la sussistenza di una pratica abusiva in materia d'imposta sul valore aggiunto, utilizzare prove ottenute nell'ambito di un procedimento penale parallelo non ancora concluso, all'insaputa del soggetto passivo, mediante, ad esempio, intercettazioni di telecomunicazioni e sequestri di messaggi di posta elettronica, a condizione che l'ottenimento di tali prove nell'ambito di detto procedimento penale e il loro utilizzo nell'ambito del procedimento amministrativo non violino i diritti garantiti dal diritto dell'Unione.*

In circostanze come quelle di cui al procedimento principale, spetta, in forza degli articoli 7, 47 e 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, al giudice nazionale che controlla la legittimità della decisione relativa a un accertamento dell'imposta sul valore aggiunto fondata su siffatte prove verificare, da un lato, se le intercettazioni di telecomunicazioni e il sequestro di messaggi di posta elettronica fossero mezzi istruttori previsti dalla legge e fossero necessari nell'ambito del procedimento penale e, dall'altro lato, se l'utilizzo da parte di tale amministrazione delle prove ottenute con detti mezzi fosse parimenti autorizzato dalla legge e necessario. Spetta ad esso, inoltre, verificare se, conformemente al principio generale del rispetto dei diritti della difesa, il soggetto passivo abbia avuto la possibilità, nell'ambito del procedimento amministrativo, di avere accesso a tali prove e di essere ascoltato sulle stesse. Se esso constata che tale soggetto passivo non ha avuto detta possibilità o che tali prove sono state ottenute nell'ambito del procedimento penale o utilizzate nell'ambito del procedimento amministrativo in violazione dell'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, detto giudice nazionale non deve ammettere tali prove e deve annullare detta decisione se essa risulta, per tale ragione, priva di fondamento. Parimenti, non devono essere ammesse tali prove se detto giudice non è abilitato a controllare che esse siano state ottenute nell'ambito del procedimento penale conformemente al diritto dell'Unione o non può quantomeno sincerarsi, sulla base di un controllo già effettuato da un giudice penale nell'ambito di un procedimento in contraddittorio, che esse siano state ottenute conformemente a tale diritto".

Ciò risulta in particolare da alcune recenti pronunce, in cui la Corte di giustizia ha proprio sottolineato la distinzione tra le ipotesi in cui i diritti garantiti dalla CDFUE siano già sottoposti a condizioni – in particolare il diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa di cui all'art. 27 della Carta di Nizza, garantito limitatamente ai "casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali" [32] – da quelle in cui invece la stessa Carta non sottopone l'esercizio dei diritti garantiti a condizioni autonome. In tali ultimi casi, le uniche limitazioni possibili risultano quindi essere, per i Giudici di Lussemburgo, quelle ammissibili ai sensi dell'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali.

Nell'ambito dei diritti sociali un caso di mancata previsione di condizioni specifiche è in particolare quello del diritto a ferie retribuite previsto dall'art. 31, par. 2 della CDFUE: in alcuni casi divenuti molto noti, la Corte di giustizia ha giudicato che una legislazione nazionale che limiti la possibilità di fruire delle ferie alla fine del periodo di riferimento o del diverso periodo fissato dal diritto nazionale, laddove il lavoratore non sia stato posto in condizione di beneficiare delle ferie, eccede i limiti di cui all'art. 52, par. 1[33].

Il rapporto tra i criteri previsti per limitazioni ammissibili in disposizioni specifiche e quelli enucleati in via generale dall'art. 52, par. 1 è tuttavia meno chiaro di quanto non appaia dal semplice schema emergente dalle pronunce testé richiamate in materia di diritti sociali. Infatti, anche in presenza di indicazioni specifiche per ragioni, o condizioni per limitazioni all'esercizio dei diritti, che già siano contenute nella stessa Carta di Nizza, la disposizione qui in

[32] Di tale diritto la Corte di giustizia si è in particolare occupata nella sentenza 15 gennaio 2014, causa C-176/12, *Association de médiation sociale c. Union locale des syndicats CGT et al.*, ECLI:EU:C:2014:2.

[33] Sentenza del 6 novembre 2018, causa C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, ECLI:EU:C:2018:874, punti 54-56 e 73-75: si ricorda che in tale sentenza per la prima volta la Corte di giustizia ha riconosciuto che una disposizione della Carta dei diritti fondamentali come l'art. 31, par. 2, sia invocabile nell'ambito di una controversia tra privati e che le disposizioni nazionali eventualmente contrastanti debbano essere disapplicate e ciò proprio in virtù dell'assenza del rinvio ai casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'UE e nazionale (con l'esplicita differenziazione del caso dal precedente *Association de médiation sociale*, cit.: v. nt. precedente): v. punti 73-80. V. nello stesso senso le sentenze della stessa data, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Stadt Wuppertal c. Bauer e Volker Willmeroth c. Martina Broßonn*, ECLI:EU:C:2018:871, punti 59 ss. e 84-91, e causa C-619/16, *Sebastian W. Kreuziger c. Land Berlin*, ECLI:EU:C:2018:872 (ove tuttavia non si fa riferimento all'art. 52, par. 1 della CDFUE). V. in argomento E. FRANTZIOU, *(Most of) the Charter of Fundamental Rights is Horizontally Applicable:* ECJ 6 November 2018, Joined Cases C-569/16 and C-570/16, Bauer et al.', in *European Constitutional Law Review*, 2/2019, p. 306; S.A. DE VRIES, *The* Bauer et al. *and* Max Planck *Judgments and EU Citizens' Fundamental Rights: an Outlook for Harmony*, in *European Equality Law Review*, 1/2019, p. 16, disponibile on-line: https://www.dirittoantidiscriminatorio.it/app/uploads/2020/03/Rivista-Europea_1_2019_allegato_compressed.pdf. per una valutazione dei due casi alla luce di una più ampia disamina dell'evoluzione del concetto di efficacia diretta, v. D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione, oggi*, in questa *Rivista*, n. 3/2019, p. 1, spec. p. 9. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it.

esame è spesso comunque invocata dalla Corte di giustizia. Ciò ad esempio è avvenuto con riferimento ad una restrizione all'acquisto di armi, considerata giustificata alla luce dei criteri già enucleati dall'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali[34]. In tale caso, sembra che la Corte di giustizia abbia voluto invocare la disposizione generale sui limiti all'esercizio dei diritti come schema di base sul fondamento del quale debbano essere lette anche le limitazioni specificamente previste per singoli diritti. Tuttavia, non risulta chiaro se si possa affermare l'esistenza di un rapporto di *genus* a *species*, con l'art. 52, par. 1 a fungere da schema generale, perché rispetto a quest'ultima norma si dice che essa pone delle "precisazioni": tale linguaggio potrebbe forse suggerire, benché in senso non univoco, che la disposizione in parola non sia quella più generale, bensì debba essere intesa come una sorta di esplicazione dei criteri specifici, laddove previsti[35].

In alcuni casi l'art. 52, par. 1 funge da ausilio ermeneutico ed è richiamato unitamente ad altre fonti della stessa Carta dei diritti fondamentali. Ad esempio, il principio di proporzionalità espresso dall'art. 52, par. 1 della CDFUE è richiamato anche congiuntamente all'art. 49 della stessa Carta, relativo ai principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene, laddove rilevante[36]. Più in generale, la Corte di giustizia ha affermato il principio secondo cui la gravità di una sanzione deve corrispondere alla violazione per la quale questa è comminata deriva tanto dall'art. 52, par. 1 quanto dall'art. 49, par. 3 della Carta di Nizza[37].

[34] Sentenza del 3 dicembre 2019, *Repubblica ceca c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, causa C-482/17, ECLI:EU:C:2019:1035, punti 134 ss.

[35] In tal senso sembra deporre il fatto che nella sentenza *Repubblica ceca c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, cit., punto 134 si affermi, dopo che al punto precedente sono stati ricordati i requisiti specifici di limitazione di cui all'art. 17 CDFUE, "[r]iguardo ai suddetti requisiti, occorre parimenti tener conto delle precisazioni di cui all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta".

[36] Cfr. ad es. sentenza del 4 ottobre 2018, causa C-384/17, *Dooel Uvoz-Izvoz Skopje Link Logistic N&N c. Budapest Rendőrfőkapitánya*, ECLI:EU:C:2018:810, punti 42-44, in materia di sanzioni previste dalla direttiva 1999/62/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 1999, relativa alla tassazione a carico di autoveicoli pesanti adibiti al trasporto di merci su strada per l'uso di alcune infrastrutture (GU 1999, L 187, pag. 42), come modificata dalla direttiva 2011/76/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 settembre 2011 (GU 2011, L 269, pag. 1), ove la Corte ha avuto modo di precisare, anche alla luce della relativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo (vengono richiamate le sentenze della Corte EDU del 18 giugno 2013, *S.C. Complex Herta Import Export S.R.L. Lipova c. Romania*, CE:ECHR:2013:0618JUD001711804, § 38, e del 4 marzo 2014, *Grande Stevens e a. c. Italia*, CE:ECHR:2014:0304JUD001864010, § 199), che

"(…) *il principio di proporzionalità esige, da un lato, che la sanzione inflitta rifletta la gravità della violazione e, dall'altro lato, che, nella determinazione della sanzione nonché dell'importo dell'ammenda, si tenga conto delle specifiche circostanze del caso di specie*" (sent. *Dooel Uvoz-Izvoz Skopje Link Logistic N&N c. Budapest Rendőrfőkapitánya* cit. punto 45).

[37] Sentenze 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsson Real Estate SA, en liquidation e a. contro Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob),* ECLI:EU:C:2018:193, punto 56 e *Dooel Uvoz-Izvoz Skopje Link Logistic N&N c. Budapest Rendőrfőkapitánya* cit., punto 42

Anche in caso di limitazioni al diritto di proprietà, la Corte di giustizia ha talvolta collegato l'art. 17 della CDFUE, che ne sancisce la tutela, all'art. 52, par. 1 della stessa Carta al fine di stabilire che dette limitazioni devono rispondere ad un obiettivo di interesse generale e, in tal caso, essere valutate alla luce del principio di proporzionalità. In caso di riscontro di un travalicamento dei limiti dettati dal detto principio, o di assenza di un obiettivo di interesse generale, le misure in questione vanno considerate come una lesione non ammissibile al diritto di proprietà: nell'esporre questo ragionamento, la Corte di giustizia ha parlato esplicitamente di "interpretazione combinata" degli articoli 17, par. 1 e 52, par. 1 CDFUE[38].

In altre pronunce, i Giudici del *Kirchberg*, nel valutare la proporzionalità di una misura di limitazione del diritto di proprietà, hanno sottolineato come quest'ultimo vada inquadrato alla luce della sua "funzione sociale", così sintetizzando i requisiti enucleati per l'ammissibilità di limitazioni dall'art. 17

[38] Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 21 maggio 2019, causa C-235/17, *Commissione c. Ungheria*, ECLI:EU:C:2019:432, punto 89, in cui è stato riscontrato un inadempimento del Paese magiaro a causa dell'introduzione di un provvedimento legislativo che sopprimeva i diritti di usufrutto su terreni agricoli e forestali situati in Ungheria direttamente o indirettamente detenuti da cittadini di altri Stati membri, in tal modo configurandosi una violazione del combinato disposto dell'art. 63 TFUE (che garantisce la libera circolazione dei capitali) e dell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In diverso contesto, si segnala la sentenza della Corte di giustizia del 31 gennaio 2019, causa C-225/17 P, *Islamic Republic of Iran Shipping Lines e altri c. Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:C:2019:82, punti 106-109. Per un caso simile, v. sentenza 29 novembre 2018, causa C-600/16, *National Iranian Tanker Company c. Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:C:2018:966 punti 82-86, ove la ricorrente contestava, oltre a lesioni del diritto di proprietà, anche alla libertà d'impresa e alla propria reputazione, ma tutte giudicate poi in linea col principio di proporzionalità. Nel confermare la sentenza di primo grado del Tribunale, è stato affermato che sono ammesse misure di congelamento di capitali legate al commercio di armi in virtù di un apprezzamento delle Istituzioni politiche – cui in questo campo, essendo in gioco valutazioni di tipo politico, va riconosciuta un'ampia discrezionalità – secondo cui grazie a tali operazioni la Repubblica Islamica dell'Iran potesse dotarsi di risorse o strutture utili alla proliferazione nucleare secondo modalità non conformi alla risoluzione 1747 (2007) del Consiglio di sicurezza dell'ONU, pur in assenza di collegamento diretto tra i soggetti colpiti dalle misure in questione e le attività di proliferazione nucleare. In tale sentenza è stato invocato dapprima l'art. 52, par. 1 con riferimento generale a tutti i diritti fondamentali invocati (punto 82), quindi lo schema generale delineato dalla disposizione qui oggetto di studio è stato applicato alle restrizioni ai diversi diritti fondamentali in questione. Il ragionamento è piuttosto stringato, facendosi ad es. riferimento congiuntamente alla libertà di impresa e al diritto di proprietà (articoli 16 e 17 CDFUE, v. punto 83) il che in questo caso può spiegarsi col fatto che, trattandosi di un appello di una sentenza del Tribunale dell'UE, la Corte si è limitata a quanto necessario per il vaglio dei motivi di censura mossi alla pronuncia del Giudice di prime cure, senza dover condurre *ex novo* il ragionamento sulle singole restrizioni. Per un caso facente parte dello stesso filone sulle restrizioni destinate a sanzionare la Repubblica iraniana per la proliferazione nucleare, nel quale è utilizzato un similare schema concettuale anche se con riferimento al diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale (art. 47 CDFUE), cfr. la sentenza del 28 novembre 2013, causa C-348/12 P, *Consiglio delll'Unione europea c. Manufacturing Support & Procurement Kala Naft Co., Tehran*, ECLI:EU:C:2013:776, punti 69 ss.

CDFUE ed incentrati sulla valutazione di un interesse pubblico, giustificando sulla base di tale linea argomentativa ad es. le limitazioni all'utilizzo dei marchi commerciali di prodotti derivati dal tabacco previsti dalla direttiva 2014/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014[39], sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla lavorazione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati. È interessante notare come in tale frangente la Corte di giustizia abbia ritenuto che considerazione del diritto di proprietà non come prerogativa assoluta, ma alla luce della sua "*funzione sociale*" debba riflettersi "*in particolare, nelle modalità con cui deve essere attuato il principio di proporzionalità ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta*"[40]. Tale osservazione riprende letteralmente affermazioni contenute nella giurisprudenza sulle limitazioni alla libertà d'impresa tutelata dall'art. 16 CDFUE[41]: in tale ottica, la previsione di limitazioni specifiche al diritto di cui si dibatte – sia esso la proprietà o la libertà d'impresa – non esclude l'applicazione di quelle emergenti dalla disposizione generale di cui all'art. 52, par. 1, anzi le due categorie finiscono per illuminarsi reciprocamente. Nel caso poc'anzi richiamato, l'invocazione dell'art. 52, par. 1 CDFUE ha consentito di chiamare in causa il principio di proporzionalità, il cui rispetto non è esplicitamente richiesto dall'art. 17 della stessa Carta che tutela il diritto di proprietà.

Va tuttavia precisato che la Corte di giustizia, in un altro caso, non ha esitato a valutare restrizioni al diritto di proprietà anche sotto il profilo del principio di proporzionalità, pur senza invocare anche l'art. 52, par. 1. In tale situazione peraltro le restrizioni al diritto di proprietà derivavano da esigenze di tutela ambientale e la Corte di giustizia sembra aver voluto particolarmente enfatizzare il fatto che nello strumento di diritto derivato ove dette restrizioni erano previste era già stato operato un bilanciamento in sede legislativa[42]. Ciò non deve ovviamente esentare il diritto derivato dal vaglio di conformità alla Carta, ma la Corte di giustizia in tale occasione sembra aver voluto accordare al

[39] Direttiva 2014/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla lavorazione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati e che abroga la direttiva 2001/37/CE (GU 2014, L 127, pag. 1; e rettifica in GU 2015, L 150, pag. 24).

[40] Sentenza del 30 gennaio 2019, causa C-220/17, *Planta Tabak-Manufaktur Dr. Manfred Obermann GmbH & Co. KG c. Land Berlin*, ECLI:EU:C:2019:76, punti 94-98.

[41] Cfr. sentenza del 22 gennaio 2013, causa C-283/11, *Sky Österreich GmbH c. Österreichischer Rundfunk*, ECLI:EU:C:2013:28, punto 47.

[42] Cfr. la sentenza del 15 gennaio 2013, causa C-416/10, *Jozef Križan et al. c. Slovenská inšpekcia životného prostredia*, ECLI:EU:C:2013:8, punto 113. Lo strumento di diritto derivato in questione è la Direttiva 96/61/CE del Consiglio, del 24 settembre 1996, sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento (GU L 257, pag. 26), come modificata dal regolamento (CE) n. 166/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 gennaio 2006 (GU L 33, pag. 1).

Legislatore dell'Unione una particolare fiducia, forse eccessiva vista la stringatezza della motivazione sul punto[43].

In un recente caso poi, sollevato dal Consiglio di Stato italiano, la Corte di giustizia ha analizzato le limitazioni alla libertà d'impresa e al diritto di proprietà derivanti dal regime riservato alle banche popolari, che permette di limitare il rimborso di strumenti di fondi propri. È stato riconosciuto che le limitazioni rispondevano a finalità di interesse generale, legate in particolare alla stabilità finanziaria, ben stabilite nel diritto dell'UE[44] e non erano tali da turbare l'esercizio dell'attività bancaria, anzi ne preservavano, in sostanza, l'ordinato svolgimento in forma cooperativa (con le peculiarità che a questa sono state riconosciute nella giurisprudenza della Corte). Nella sentenza che ha deciso il caso la Corte di giustizia sembra essere giunta ad una sintesi, richiamando l'art. 52, par. 1 CDFUE come disposizione che stabilisce requisiti per le limitazioni ai diritti sanciti dalla Carta di Nizza "*quali la libertà d'impresa e il diritto di proprietà*"[45]. L'art. 52 par. 1 quindi – che, si nota incidentalmente, il giudice del rinvio non aveva invocato – è direttamente rilevante anche per la libertà d'impresa e il diritto di proprietà.

Un altro filone giurisprudenziale interessante che permette di comprendere come la Corte di giustizia intenda l'atteggiarsi delle condizioni da rispettare per imporre restrizioni ai diritti fondamentali è quello riguardante il diritto alla vita privata e alla protezione dei dati, rispettivamente tutelati dagli articoli 7 e 8 CDFUE.

Nella sentenza *Digital Rights*[46], la Corte di giustizia ha chiarito – in realtà ribadendo quanto già a più riprese affermato – che, in generale, essa è chiamata

[43] Cfr. sentenza *Jozef Križan et al. c. Slovenská inšpekcia životného prostredia*, cit., punto 113, ove si legge la seguente lapidaria affermazione: "*Per quanto riguarda la proporzionalità della lesione del diritto di proprietà in questione, allorché è possibile accertare una lesione siffatta, è sufficiente constatare che la direttiva 96/61 trova un punto di equilibrio tra le esigenze di tale diritto e quelle connesse alla protezione dell'ambiente*".

[44] V. *infra*, § 2.4

[45] Sentenza 16 luglio 2020, causa C-686/18, *OC e a. et al. c. Banca d'Italia et al.*, ECLI:EU:C:2020:567, punti 86 ss. Al punto immediatamente precedente peraltro la Corte di giustizia aveva richiamato la sua giurisprudenza che da tempo ha riconosciuto, come si è visto, l'ammissibilità di limitazioni al diritto di proprietà a determinate condizioni (v. *supra*, § 1). Tale filone sembra qui ricongiungersi con quello che era più incentrato sull'applicazione dell'art. 52, par. 1.

[46] Sentenza dell'8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a. e Kärntner Landesregierung e a.*, ECLI:EU:C:2014:238. In generale sulla giurisprudenza in argomento, v. F. BESTAGNO, *Validità e interpretazione degli atti dell'UE alla luce della Carta: conferme e sviluppi nella giurisprudenza della Corte in tema di dati personali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1/2015, p. 25; ID., *I rapporti tra la Carta e le fonti secondarie di diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2015, p. 259, spec. 265-6; M. BRKAN, *The Essence of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection: Finding the Way Through the Maze of the CJEU's Constitutional Reasoning*, in *German Law Journal*, Special Issue 6/2019, p. 864.

ad esercitare un controllo del rispetto da parte del legislatore statale o dell'UE delle condizioni fissate dall'art. 52, par. 1, ispirandosi alla pertinente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. I Giudici di Lussemburgo hanno fissato i termini entro i quali deve avvenire tale scrutinio giurisdizionale, così rivelando i criteri cui doversi ispirare nel loro approccio casistico, nei termini seguenti:

"*Per quanto riguarda il controllo giurisdizionale del rispetto delle suddette condizioni, allorché si tratta di ingerenze in diritti fondamentali, la portata del potere discrezionale del legislatore dell'Unione può risultare limitata in funzione di un certo numero di elementi, tra i quali figurano, in particolare, il settore interessato, la natura del diritto di cui trattasi garantito dalla Carta, la natura e la gravità dell'ingerenza nonché la finalità di quest'ultima (v., per analogia, per quanto riguarda l'articolo 8 della CEDU, sentenza Corte EDU, S e Marper c. Regno Unito [GC], nn. 30562/04 e 30566/04, § 102, CEDU 2008-V)*" [47].

Nella fattispecie, la Corte di giustizia ha giudicato che, in materia di protezione dei dati personali, il legislatore dell'Unione godesse di un margine discrezionale ridotto per imporre restrizioni, in considerazione dell'importanza della tutela dei dati sotto il profilo della tutela alla vita privata e familiare, nella quale la Direttiva 2006/24/CE[48], al tempo vigente e sulla cui validità essa era chiamata a statuire, consentiva una grave ingerenza[49]. Richiamando la sua precedente giurisprudenza, la Corte di giustizia ha quindi ricordato che le restrizioni alla tutela dei dati personali devono essere limitate allo stretto necessario alla luce degli articoli 7 e 8, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali[50]. Pur se in principio finalizzate alla lotta alla criminalità grave, in particolare alle forme di criminalità organizzata e terrorismo, le misure di conservazione dei dati previste erano di carattere intrusivo e generalizzato, tanto da applicarsi anche a soggetti privi di legami con indagini penali in corso, senza che a fronte fossero peraltro previste adeguate garanzie per il trattamento e la gestione dei dati in questione (che poteva essere affidata anche a soggetti stabiliti al di fuori dell'Unione), con un'ingerenza nei diritti fondamentali protetti non regolata da norme sufficientemente chiare e precise. Pertanto, la Direttiva 2006/24, cit. è stata considerata invalida[51], in quanto

[47] Sentenza *Digital Rights* cit. punto 47.

[48] Direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE (GU L 105, pag. 54).

[49] Sentenza *Digital Rights* cit., punto 48.

[50] Sentenza *Digital Rights* cit., punti 52-55.

[51] Sentenza *Digital Rights* cit., punti 51 e 56 ss., in particolare punti 65-67.

"(…) *il legislatore dell'Unione ha ecceduto i limiti imposti dal rispetto del principio di proporzionalità alla luce degli articoli 7, 8 e 52, paragrafo 1, della Carta*"[52].

Vale qui la pena di notare che, mentre l'art. 7 CDFUE non contempla direttamente criteri per limitazioni all'esercizio del diritto in esso sancito, l'art. 8 della stessa Carta, invece, al suo par. 2 ne prevede alcuni. In tale contesto, la Corte di giustizia ha preso le mosse dall'art. 52, par. 1 della Carta di Nizza, applicando i criteri in esso previsti anzitutto all'art. 7 della stessa Carta e poi anche al successivo art. 8. Nel fare ciò essa ha chiarito che quest'ultimo – oltre ad imporre che restrizioni siano limitate allo stretto necessario, come già ricordato – va interpretato come collegato in via sistematica al precedente art. 7, contribuendo a proteggere anch'esso la vita privata e familiare[53]. I criteri di cui all'art. 52, par. 1 CDFUE quindi risultano applicabili ad entrambi i diritti tutelati dalla Carta qui rilevanti e si innestano sulla tutela che ad essi deve essere congiuntamente accordata. È per tale via che i Giudici del *Kirchberg* giungono all'affermazione, sopra riportata, in cui gli articoli 7, 8 e 52, par. 1 CDFUE vengono richiamati congiuntamente come parametri alla luce dei quali va valutato il rispetto del principio di proporzionalità nel caso di specie.[54].

Interessanti in tale causa sono altresì le Conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón, il quale ha condotto la sua analisi incentrandola essenzialmente sul rispetto del principio di proporzionalità come espresso dall'art. 52, par. 1 CDFUE – avendo cura di distinguerlo dal medesimo principio contenuto nell'art. 5, par. 4 TUE –, leggendolo congiuntamente all'art. 7 della Carta in riferimento agli obblighi di conservazione di dati legati all'identificazione personale. Rilevante ai nostri fini è in particolare l'osservazione secondo cui il rispetto del principio in parola è da considerarsi obbligatorio per limitazioni a

[52] Sentenza *Digital Rights* cit., punto 69.

[53] Sentenza *Digital Rights* cit., punti 38 ss., 52-53.

[54] La ricostruzione testé presentata sembra essere stata confermata allorché la Corte di giustizia è stata successivamente chiamata a chiarire il senso della sua pronuncia nel caso *Digital Rights* con riferimento alle normative svedese e del Regno Unito. La Corte del Kirchberg ha statuito che risultano travalicati i limiti del principio di proporzionalità come emergenti dal diritto derivato applicabile, letto in combinazione con l'art. 52, par. 1 della Carta di Nizza – e nel rifarsi alla lettura combinata degli articoli 7, 8 e 51, par. 1 CDFUE essa ha riportato costantemente un'espressione usata dal giudice del rinvio nel porre le domande pregiudiziali –, laddove una legislazione nazionale preveda che vengano conservati in modo indiscriminato, per finalità di lotta contro la criminalità, tutti i dati riguardanti il traffico e l'ubicazione di tutti gli abbonati e utenti iscritti, con riferimento a qualsiasi mezzo di comunicazione elettronica, senza che l'accesso da parte delle Autorità nazionali competenti sia limitato ai casi di criminalità grave e il previo controllo della legittimità dell'accesso da parte di un Giudice o di un'Autorità amministrativa indipendente. Inoltre, la Corte di giustizia ha rilevato che non era previsto il requisito della conservazione dei dati sul territorio dell'UE. Essa ha pertanto concluso che legislazioni siffatte non fossero in linea con gli standard fissati dal diritto dell'UE ed in particolare dall'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali. Cfr. sentenza del 21 dicembre 2016, cause riunite C-203/15 e C-698/15, *Tele2 Sverige AB c. Post- och telestyrelsen e Secretary of State for the Home Department c. Tom Watson et al.*, ECLI:EU:C:2016:970, punti 94 ss. e 114 ss.

qualsiasi diritto fondamentale, pur se il giudizio debba essere condotto avendo riguardo alle circostanze specifiche in cui la limitazione in questione sia prevista e all'atteggiarsi dei singoli diritti[55].

In un contesto diverso, ossia nel parere 1/15, relativo al *trasferimento dei dati del codice di prenotazione (PNR) dei passeggeri aerei dall'Unione al Canada*, la Corte di giustizia ha giudicato che il trattamento dei dati in questione per ragioni indipendenti dal comportamento del singolo passeggero, ma, secondo quanto previsto dall'art. 2, lettera e), dell'accordo previsto, sulla mera base di informazioni concernenti "l'origine etnica o razziale, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, la salute o l'orientamento sessuale di una persona" sarebbe stato contrario agli articoli 7, 8 e 21, "*nonché*" 52, par. 1 della CDFUE[56]. Utilizzando il linguaggio riportato, in tale parere la Corte di giustizia ha nuovamente ricostruito i criteri per le limitazioni ai diritti fondamentali come sostanzialmente emergenti da una lettura congiunta della disposizione generale qui oggetto di studio e da quanto eventualmente previsto da singole disposizioni che riconoscono tutela a singoli diritti. Infatti, nel chiarire la portata delle disposizioni costituenti parametro di legittimità per l'accordo in questione, ha invocato i criteri di cui all'art. 52, par. 1 in aggiunta a quelli previsti per le limitazioni alla protezione dei dati contenuti nell'art. 8, par. 2 CDFUE[57].

Conclusivamente sul punto, sembra doversi riconoscere che le formulazioni diverse utilizzate nella giurisprudenza e qui messe in evidenza non debbano essere sopravvalutate nel loro significato, pur rendendo evidente una progressione nella valorizzazione della clausola generale sulle limitazioni. Non sembra infatti che l'aver considerato inizialmente l'art. 52, par. 1 CDFUE come norma residuale rispetto a condizione specifiche per le limitazioni a singoli diritti contenute in altre norme abbia mai realmente potuto implicare un'intenzione di espungere quella prima disposizione dall'orizzonte. Se anche questa fosse stata l'intenzione dei Giudici di Lussemburgo – conclusione che peraltro sembrerebbe eccessiva ad una lettura di quelle prime pronunce –, va in realtà sostenuto che la disposizione in questione permane in ogni caso rilevante quando emergono limitazioni ai diritti fondamentali. Opinando diversamente si pretenderebbe di negare valore sistematico generale ad una clausola che, vista anche la sua collocazione nelle disposizioni generali di cui al Titolo VII CDFUE,

[55] Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a. e Kärntner Landesregierung e a.*, cit., punti 89 e 133.

[56] Parere 1/15, cit., punti 164-167. Cfr. sul parere in questione E. CARPANELLI, N. LAZZERINI, *PNR : passenger name record, problems not resolved? : the EU PNR conundrum after Opinion 1/15 of the CJEU*, in *Air and space law*. 4-5/2017, p. 377, spec. 389.

[57] Parere 1/15, cit., punti 137-138.

si ritiene debba esserne dotata. Si contraddirebbe altresì il chiaro dato testuale, secondo cui le limitazioni cui si riferisce l'art. 52, par. 1 CDFUE sono quelle che riguardano l'esercizio "*dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta*": non è contemplata, com'è evidente, esclusione alcuna[58].

È ben vero che nella sua evoluzione, come rilevato, la Corte di Lussemburgo sembra essersi cimentata in un'opera di riconduzione a coerenza di alcuni filoni differenziati che si erano prodotti nella sua giurisprudenza, valorizzando con sempre maggior forza la disposizione qui oggetto di studio. Al di là di tale eterogeneità, il diverso atteggiarsi dei criteri di ammissibilità delle limitazioni, certamente rilevabile, dipende senz'altro dal fatto che l'art. 52, par. 1 debba entrare in combinazione con altre disposizioni che eventualmente prevedono limitazioni e criteri particolari, nonché, più in generale, dalle specifiche esigenze di tutela dei singoli diritti e, come sempre, dalle peculiarità dei casi concreti.

2.3. *Segue*: il rispetto del contenuto essenziale dei diritti e libertà

Il rispetto del "*contenuto essenziale* [dei] *diritti e libertà*" previsti dalla Carta di Nizza è considerato come requisito autonomo per le limitazioni che possano essere previste e risulta, già a livello testuale, ulteriore rispetto all'imperativo di non eccedere i limiti del principio di proporzionalità.

Il criterio in questione ha ricevuto poca attenzione da parte della Corte di giustizia e nell'ambito della dottrina[59]. Secondo alcuni, il primo caso in cui il criterio qui in esame sarebbe stato effettivamente utilizzato (divenendo "*fully operational*") dai Giudici di Lussemburgo sarebbe *Schrems I*[60], essendo in effetti il primo in cui il contenuto essenziale di un diritto è stato considerato violato e segnatamente quelli sanciti dagli articoli 7 e 47 della Carta di Nizza. Non può comunque essere ignorato che quella pronuncia si poggia sul precedente *Digital Rights*: è in tale caso che, almeno per quanto riguarda l'art. 7 CDFUE, i Giudici del *Kirchberg* avevano fissato il limite invalicabile per il legislatore ed infatti ad esso si richiamano esplicitamente in *Schrems I*. Nel cotesto considerato, tale limite consiste nell'accesso generalizzato alle comunicazioni

[58] Cfr. in questo senso anche P. MANZINI, *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'Unione europea: problemi interpretativi posti dall'art. 52*, cit., p. 127 ss.

[59] Si segnalano pochi contributi: v. M. BRKAN, *The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order: Peeling the Onion to its Core*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 332 e gli articoli raccolti in *Interrogating the Essence of EU Fundamental Rights*, Special Issue 6/2019, *German Law Journal*, disponibile on-line:. https://germanlawjournal.com.

[60] Sentenza del 6 ottobre 2015. causa C-362/14, *Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner*, ECLI:EU:C:2015:650. Cfr. M. DAWSON, O. LYNSKEY, E. MUIR, *What is the Added Value of the Concept of the "Essence" of EU Fundamental Rights?*, in *German Law Journal*, Special Issue 6/2019, p. 763, spec. 764.

elettroniche consentito alle Autorità pubbliche a cui si aggiunge, in *Schrems*, una pesante limitazione del relativo diritto di difesa[61].

Nella stessa *saga* è arrivata una seconda decisione ablativa nella recente sentenza *Schrems II*, ove la vittima è stata decisione di esecuzione (UE) 2016/1250 della Commissione, del 12 luglio 2016, a norma della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, sull'adeguatezza della protezione offerta dal regime dello scudo UE-USA per la privacy[62]. I problemi in tal caso, sempre in relazione agli articoli 7 e 8 CDFUE, riguardavano il trasferimento di dati in un Paese terzo – gli Stati Uniti – e i "programmi di sorveglianza" delle Autorità di quel Paese. Si riproponeva, in relazione al funzionamento dei meccanismi previsti dallo scudo, la mancanza di una tutela giurisdizionale, non avendo la Corte di giustizia condiviso la valutazione della Commissione sull'equivalenza – in termini di garanzie stabilite dall'art. 47 CDFUE – del sistema imperniato sul Mediatore per lo scudo per la privacy a quelli di tutela giurisdizionale assicurati nell'Unione[63].

A livello metodologico, sono stati proposti diversi approcci per l'individuazione del contenuto essenziale di un diritto, Si distingue in particolare tra approcci deduttivi (*ex ante* o in astratto) e induttivi (o *ex post*, in concreto). Su un diverso piano, l'identificazione dovrebbe avvenire con riguardo all'obiettivo dei diritti e alla sua collocazione nell'ambito del sistema di tutela dei diritti fondamentali; allo stesso tempo, siffatto approccio potrebbe essere caratterizzato in senso soggettivo, privilegiando ad esempio il punto di vista del titolare della posizione, o oggettivo, in relazione ad un punto di vista più ampio, riferito magari alla collettività di riferimento e al suo modo di intendere il diritto in questione[64]. Ancora, viene proposta un'ulteriore distinzione basata sull'identificazione del contenuto essenziale in relazione al diritto della cui limitazione si

[61] Cfr. sentenza *Schrems*, cit., punti 94-95 e *Digital Rights* cit., punto 39. Sul punto v. altresì *infra*, § 5.

[62] Decisione di esecuzione (UE) 2016/1250 della Commissione, del 12 luglio 2016, a norma della direttiva 95/46, sull'adeguatezza della protezione offerta dal regime dello scudo UE-USA per la privacy (GU 2016, L 207, pag. 1).

[63] Sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2020, causa C-311/18, *Data Protection Commissioner c. Facebook Ireland Limited e Maximillian Schrems*, ECLI:EU:C:2020:559, punti 174 ss. Cfr. sulla decisione, *ex pluribus*, in senso peraltro critico, O. POLLICINO, *Diabolical Persistence: Thoughts on the Schrems II Decision, VerfBlog,* 2020/7/25, https://verfassungsblog.de/diabolical-persistence/. L'Autore stigmatizza la tendenza della Corte di giustizia, già rilevata con riferimento al caso *Schrems I,* a "manipolare" in particolare il diritto secondario, leggendolo "alla luce" della Carta dei diritti fondamentali, così cercando di affermare un proprio ruolo di natura costituzionale. Quanto all'art. 52, par. 1, l'Autore sottolinea il ruolo giocato dal giudizio sul rispetto del limite della proporzionalità.

[64] Cfr. T. TRIDIMAS, G. GENTILE, *The Essence of Rights: An Unreliable Boundary?*, in *German Law Journal*, Special Issue 6/2019, p. 794.

tratta in sé, ovvero alla più ampia scala di valori e imperativi morali che sono protetti dalla Carta dei diritti fondamentali nel suo complesso[65].

Un'ulteriore distinzione riprende la funzione del concetto di contenuto essenziale: in relazione ai singoli diritti, con carattere che viene detto assoluto, il concetto indica il nucleo intoccabile del diritto, rispetto al quale non possono essere effettuate valutazioni con riferimento al canone di proporzionalità[66]; sulla base di un approccio detto invece relativo, è proprio nell'ambito del test di proporzionalità che l'esistenza di un nucleo intoccabile andrebbe presa in considerazione[67].

Le riportate concettualizzazioni possono essere di indubbia utilità nel ricostruire diversi possibili modi di procedere nell'analisi di singoli casi ed è innegabile che in alcune situazioni gli stessi Giudici del *Kirchberg* abbiano fatto ricorso ad esempio a riferimenti all'obiettivo di un determinato diritto, magari come da intendersi in un particolare contesto. A ben vedere, si ripropongono sul piano dell'individuazione del contenuto essenziale dei diritti le scelte, forse i dilemmi, in cui ci si dibatte di fronte al problema generale delle limitazioni ai diritti fondamentali, così come per sommi capi tratteggiate in apertura di questo studio[68]. Se sul piano astratto, come si diceva, è difficile per il legislatore compiere scelte definitive, specie a fronte del proliferare delle posizioni soggettive assurte al rango di diritti fondamentali, emerge il dovere per il giudice di risolvere una serie di questioni, legate soprattutto al bilanciamento tra diritti, sul piano dei casi concreti. Se quest'ultimo riesce ad esempio a privilegiare valutazioni *ex ante* o di tipo oggettivo, si pone probabilmente in un'ottica di rilevazione di ciò che sul piano normativo è stato già espresso, quanto meno a livello implicito. Da questo piano ove sono dominanti gli elementi di carattere ricognitivo, l'interprete viene sospinto su un piano più valutativo, laddove sono necessarie scelte che si basino su valutazioni *ex post*, in concreto.

Non v'è altresì dubbio che l'idea più fedele al *modus procedendi* che si ritrova nella giurisprudenza è quella che, sul piano concreto, si riallaccia alla domanda sulla persistente effettiva esistenza di una certa posizione soggettiva a fronte di una limitazione[69]. Com'è stato correttamente osservato, una volta che la limitazione abbia inciso tanto profondamente da svuotare il diritto in

[65] Cfr. M. DAWSON, O. LYNSKEY, E. MUIR, *What is the Added Value of the Concept of the "Essence" of EU Fundamental Rights?*, cit., p. 766,

[66] M. BRKAN, *The Essence of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection: Finding the Way Through the Maze of the CJEU's Constitutional Reasoning*, cit., spec. 866.

[67] T. TRIDIMAS, G. GENTILE, *The Essence of Rights: An Unreliable Boundary?*, cit.. p. 803

[68] V. *supra*, *Premessa*.

[69] Cfr. K. LENAERTS, *Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU*, in *German Law Journal*, Special Issue 6/2019, p. 779.

questione del suo significato, non può nemmeno darsi una questione di applicazione del *test* di proporzionalità[70].

Riconoscere quale sia lo schema concettuale in cui la giurisprudenza si muove aiuta a comprenderne meglio le decisioni.

In dottrina infatti si è preteso peraltro di rilevare un'incoerenza nella giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale nel richiamato caso *Schrems* avrebbe proceduto all'identificazione del contenuto essenziale, giudicandolo violato, mentre in un altro, più recente caso, avrebbe concentrato la sua attenzione sull'ampiezza della violazione[71]. Si tratta del caso *Léger* in cui la Corte di giustizia ha ammesso che l'aver avuto rapporti sessuali con persone dello stesso sesso possa costituire motivo di esclusione permanente dalle donazioni di sangue solo se sia effettivamente dimostrato che tali comportamenti elevino il rischio di contrarre malattie che possano essere trasmesse col sangue e non esistano altri metodi meno restrittivi per garantire un elevato livello della salute dei riceventi. In tale contesto la Corte ha rilevato che il contenuto essenziale del principio di non discriminazione è preservato, atteso che la misura in parola si incentra "*unicamente sulla questione, di portata limitata, delle esclusioni dalla donazione di sangue allo scopo di tutelare la salute dei riceventi*" [72].

A ben vedere, in entrambi i casi, pur volendo affrontare lo stesso problema da due angolature diverse – il che, si può concedere, potrebbe non essere raccomandabile su un piano, per la verità astratto, di coerenza –, la Corte di giustizia non ha rinunciato a prendere le mosse dalla domanda più radicale: il diritto in questione è stato svuotato nella sua essenza? Se nel caso *Schrems* la risposta è stata in senso positivo, nel caso *Léger* essa è stata, pur se data a livello implicito, negativa. Sul piano della tecnica argomentativa la Corte ha preferito concentrarsi sulla limitazione. Senza dubbio si tratta di un passaggio assai stringato, che avrebbe meritato un maggior approfondimento. È vero, più in generale, che la Corte di giustizia tende a rifuggire definizioni di diritti che possano avere una valenza generale. Come si dirà più avanti, questo approccio emerge anche in senso più generale nella definizione di diritti[73]. In questo caso si trattava, è vero, del principio di non discriminazione, con cui essa ha notevole confidenza, ma la Corte di giustizia ha preferito non impegnarsi in una ricostruzione di cosa detto principio non può non implicare.

[70] Cfr. K. LENAERTS, *Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU*, cit., p. 7.. Un rigido meccanismo come quello descritto non consente di includere valutazioni sul contenuto essenziale nel contesto del *test* di proporzionalità.

[71] M. DAWSON, O. LYNSKEY, E. MUIR, *What is the Added Value of the Concept of the "Essence" of EU Fundamental Rights?*, cit., p. 768.

[72] Sentenza del 29 aprile 2015, causa C-528/13, *Geoffrey Léger c. Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes et Établissement français du sang*, ECLI:EU:C:2015:288, punto 54.

[73] V. *infra*, § 8.

Né la Corte di giustizia ha portato avanti in modo promiscuo il giudizio sulla violazione del contenuto essenziale e sulla proporzionalità: il *test* sulla proporzionalità è stato condotto separatamente, una volta che era stata esclusa un'indebita compromissione del contenuto essenziale del diritto.

Simile linea argomentativa è stata seguita dalla Corte di giustizia ad esempio nelle sentenze *Digital Rights*[74] e *Société Neptune Distribution*[75] ed anche quando essa ha dovuto giudicare dell'ammissibilità di restrizioni alla libertà di espressione e informazione e d'impresa derivanti dalle norme sull'etichettatura e l'imballaggio di derivati del tabacco[76].

In altre situazioni, al *Kirchberg* si è pensato di non evocare direttamente l'art. 52, par. 1, statuendo tuttavia sul "*contenuto essenziale*" del diritto ad un equo processo. Ciò è accaduto nella sentenza *LM*, in cui la Corte di giustizia ha affermato che:

"(…) *si deve sottolineare che il requisito dell'indipendenza dei giudici attiene al contenuto essenziale del diritto fondamentale a un equo processo, che riveste importanza cardinale quale garanzia della tutela dell'insieme dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione e della salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri enunciati all'articolo 2 TUE, segnatamente, del valore dello Stato di diritto*"[77].

Si trattava, nella fattispecie, del caso delle deficienze del sistema giudiziario polacco, come emergenti nella proposta della Commissione di attivazione della procedura politica per il controllo del rispetto dei valori dell'UE di cui all'articolo 2 TUE e prevista, com'è noto, all'art. 7 del medesimo Trattato. La Corte di giustizia ha stabilito che, nell'ambito delle procedure per l'esecuzione di un

[74] Sentenza *Digital Rights* cit., punti 38-45 e ss.

[75] Sentenza del 17 dicembre 2015, causa C-157/14, *Société Neptune Distribution c. Ministre de l'Économie et des Finances*, ECLI:EU:C:2015:823,punti 68 ss.

[76] V. sentenza del 4 maggio 2016, causa C-547/14, *Philip Morris Brands SARL et al. c. Secretary of State for Health*, ECLI:EU:C:2016:325, punti 148-162. Per un altro caso in materia di regolazione dell'attività di vendita di derivati del tabacco con una motivazione relativa al rispetto dell'art. 52, par. 1 piuttosto stringata – ma comunque rispettosa dell'ordine logico illustrato nel testo – v. la sentenza del 4 maggio 2016, causa C-477/14, *Pillbox 38 (UK) Limited, agissant sous le nom commercial Totally Wicked c. Secretary of State for Health*, ECLI:EU:C:2016:324, punti 159-164.

[77] Sentenza 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality c. LM,* ECLI:EU:C:2018:586, punto 48. L'Avvocato generale Tanchev, nelle sue conclusioni, ha invece chiamato esplicitamente in causa l'art. 52, par.1 ed anche la necessità di rispettare il contenuto essenziale dei diritti di cui all'art. 47 CDFUE. Egli ha osservato come, a differenza di altri diritti come quello a non subire trattamenti inumani o degradanti, quelli di cui all'art. 47 CDFUE siano suscettibili di limitazioni alle condizioni stabilite dall'art. 52, par. 1 della stessa Carta e ha proposto di rifarsi al concetto di "flagrante diniego di giustizia" elaborato nell'ambito della giurisprudenza CEDU. Nella ricostruzione offerta, si rileva come un tale tipo di violazione sarebbe stato riscontrato solo in quattro casi, nei quali l'estradizione o espulsione dell'interessato – andato incontro a pesanti violazioni del suo diritto ad un equo processo – sarebbe stata dichiarata contraria all'art. 6 CEDU. Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Tanchev del 28 giugno 2018, causa C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality c. LM,* ECLI:EU:C:2018:517, punti 74-85.

mandato d'arresto europeo, l'Autorità giudiziaria dello Stato membro di esecuzione deve accertare se esista un "*rischio reale*", per l'individuo che debba essere consegnato, di subire violazioni del diritto ad un processo equo[78].

Difficilmente può essere sfuggito ai Giudici della Corte di giustizia che la locuzione "*contenuto essenziale*" è proprio quella usata dall'art. 52, par. 1 CDFUE, che essi non hanno evocato. Il mancato richiamo di tale disposizione è quindi abbastanza sorprendente. Né può trattarsi di una coincidenza di espressioni emersa fortuitamente ad esempio in sede di traduzione, giacché anche nelle versioni inglese e francese della sentenza in questione sono utilizzate esattamente le stesse locuzioni che si ritrovano anche nel corrispondente testo linguistico della Carta dei diritti fondamentali all'art. 52, par. 1 (rispettivamente "*essence*" in inglese e "*contenu essentiel*" in francese)[79].

Mette conto peraltro segnalare che sul punto della considerazione dell'indipendenza dei giudici come centrale per la tutela del diritto ad un equo processo e del rispetto del valore dello stato di diritto, la posizione della Corte di giustizia nel caso appena riportato è del tutto consonante a quella espressa anche in altri recenti e delicati casi riguardanti la Polonia, ossia quelli in cui i Giudici del *Kirchberg* sono stati chiamati ad occuparsi di alcune norme interne che hanno fatto sorgere dubbi quanto all'indipendenza in particolare del *Sąd Najwyższy*, ossia della Corte suprema di quel Paese. Non è invocato esplicitamente l'art. 52, par. 1 CDFUE neanche in queste pronunce[80], come anche in quella, su cui si tornerà più avanti, con la quale la Corte di giustizia ha risposto all'Organo di giustizia contabile portoghese, che chiedeva se i tagli salariali

[78] Sentenza *LM*, cit., punti 59 ss.

[79] L'assenza dell'art. 52, par. 1 CDFUE nel contesto considerato non può neanche essere spiegata col fatto che la disposizione non fosse stata invocata dal giudice del rinvio quando ha posto le sue questioni pregiudiziali. Tale argomento sembrerebbe provare troppo ed infatti va notato che la Corte di giustizia ha autonomamente chiamato in causa l'art. 52, par. 1 CDFUE quando lo riteneva rilevante, anche senza che il giudice del rinvio la avesse esplicitamente interrogata con riferimento ad esso: ciò è ad esempio avvenuto nel caso *Léger*, citato poco sopra.

[80] Sentenza del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*, ECLI:EU:C:2019:531, punto 58: qui è richiamata la sentenza *LM* e si riprende l'affermazione riportata nel testo, anche se singolarmente nella versione italiana si legge l'espressione "*aspetto essenziale*", mentre in quelle inglese e francese sono mantenute rispettivamente quelle di "*essence*" e "*contenu essentiel*" e deve quindi trattarsi in questo caso di una difformità dovuta ad una non precisa traduzione in italiano, che quindi evidentemente non elimina l'implicita evocazione della Carta dei diritti fondamentali. Cfr. altresì sentenza 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. et al. c. Sąd Najwyższy* ECLI:EU:C:2019:982, punto 165. In una recentissima pronuncia, il giudice del rinvio aveva evocato l'art. 52, par. 1 della CDFUE, ma la Corte di giustizia non vi ha fatto comunque riferimento esplicito, tornando a riprendere le espressioni della sua giurisprudenza precedente già riportate nel testo: sentenza del 2 marzo 2021, causa C-824/18, *A.B. et al. c. Krajowa Rada Sądownictwa*, ECLI:EU:C:2021:153, punto 116. Sulla questione della tutela dei valori dell'UE davanti alal Corte di giustizia v. E. CANNIZZARO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei valori dell'Unione europea*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano – De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 136.

subiti dai suoi membri fossero da considerarsi come un attentato alla sua indipendenza[81]. Vero è che, come si noterà a proposito della pronuncia sui tagli salariali ai membri dell'Organo di giustizia contabile portoghese, la questione della protezione di posizioni giuridiche di singoli non emerge direttamente, ma solo in via generale e, potrebbe dirsi, *mediata*, a fronte di interventi che possano minare l'indipendenza di organi giurisdizionali: forse quindi da qui potrebbero derivare le remore della Corte di Lussemburgo ad invocare direttamente la CDFUE in questi contesti.

Il quadro generale resta comunque, per i motivi sopra richiamati, in via di definizione. Pur quindi potendosi intravvedere l'emersione di alcuni elementi di chiarificazione – anzitutto la distinzione tra valutazione sulla lesione del contenuto essenziale del diritto e giudizio di proporzionalità – alla Corte di giustizia resta ancora il compito di portare a compimento un'elaborazione convincente sul punto.

In altre direzioni la Corte di giustizia si è già mossa ricorrendo all'idea di contenuto essenziale di un diritto per fondare interpretazioni d alcune disposizioni particolari che venivano portate alla sua attenzione. Può farsi in particolare riferimento ad una pronuncia della Corte di giustizia relativa all'ambito di applicazione della direttiva qualifiche[82]. In tale frangente, la Corte di giustizia si è occupata di cosa debba intendersi per "*persecuzione*" ai sensi dell'art. 9 della direttiva in questione ed ha precisato che non ogni atto di limitazione della libertà di pensiero, coscienza e religione di cui all'art. 10 della Carta di Nizza integra un atto di persecuzione, restandone esclusi in particolare quelli previsti dalla legge e rientranti nell'ambito dell'art. 52, par. 1 della stessa Carta. La Corte precisa che un atto di persecuzione è integrato solo da una "violazione grave" da qualificarsi però non tanto come attentato al nucleo essenziale della libertà considerata, quanto con riferimento alla pesantezza delle conseguenze che l'individuo potrebbe patire in ragione della libera espressione del proprio pensiero, coscienza o religione in particolare in pubblico[83]. L'art. 52, par. 1 CDFUE quindi risulta utile sul piano della ricostruzione sistematica ed è utilizzato dalla Corte di giustizia per compiere un primo passo argomentativo, che le consente poi di definire cosa debba intendersi per un atto ancora più

[81] Sentenza 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses c. Tribunal de Contas*, ECLI:EU:C:2018:117, punti 40-44. V. *infra*, § 2.4. È doveroso peraltro segnalare che la Corte di giustizia aveva avuto già occasione in situazioni più risalenti di esprimersi sull'importanza dell'indipendenza dei giudici; si rimanda ai precedenti segnalati nelle stesse pronunce richiamate.

[82] Direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta (GU L 304, pag. 12).

[83] Sentenza del 5 settembre 2012, cause riunite C-71/11 e C-99/11, *Bundesrepublik Deutschland c. Y e Z*, ECLI:EU:C:2012:518, punti 60 ss.

grave di una limitazione indebita di un diritto fondamentale, ossia una persecuzione.

2.4. *Segue*: la rispondenza a finalità di interesse generale

Oltre al canone della proporzionalità delle restrizioni, che, come si vedrà, la Corte di giustizia considera in varie situazioni spesso anche in connessione con altri più specifici criteri previsti da altre disposizioni della Carta di Nizza, è previsto il limite della rispondenza a finalità di interesse generale – anch'esso normalmente valutato nell'ambito del giudizio sulla proporzionalità delle misure – "*o*" (secondo il tenore letterale dell'art. 52, par. 1, che indica un'alternativa tra le due limitazioni, che comunque non può escludere che in concreto si possano anche cumulare) dei diritti e libertà altrui.

Secondo le Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali

> "*[i]l riferimento agli interessi generali riconosciuti dall'Unione comprende sia gli obiettivi citati nell'articolo 3 del trattato sull'Unione europea sia altri interessi tutelati da disposizioni specifiche dei trattati come l'articolo 4, paragrafo 1 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 35, paragrafo 3, 36 e 346 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*"[84].

Data la formulazione utilizzata ("*…altri interessi …come…*"), è da ritenersi che i riferimenti contenuti nella spiegazione non vadano intesi come un'elencazione esaustiva, ma solo esemplificativa. È del resto possibile trovare riscontro positivo a tale lettura in un'abbondante giurisprudenza.

Un esempio di individuazione di un interesse generale del tipo richiesto dall'art. 52, par. 1 CDFUE si ritrova nella già citata sentenza *J. N.*, ove la Corte di giustizia ha riconosciuto che la tutela della sicurezza nazionale e dell'ordine pubblico integrano un interesse generale meritevole di tutela e che può fondare, in astratto, misure restrittive di diritti e libertà garantiti dalla Carta di Nizza, equivalendo peraltro anche alla tutela di diritti e libertà altrui[85]. Ancora, la Corte di giustizia ha riconosciuto quali interessi generali idonei a giustificare una restrizione ad un diritto o libertà garantito dalla CDFUE la lotta al terrorismo internazionale[86] e la tutela della salute[87].

In un ambito che può *lato sensu* essere sempre ricondotto all'idea di sicurezza – nell'accezione però non di *tranquillitas publica*, bensì di esercizio adeguatamente controllato di attività di larga utilità sociale come i trasporti, ma che potrebbero essere rischiose – è stata riconosciuta come finalità di carattere generale idonea a giustificare limitazioni a diritti fondamentali la necessità di

[84] Spiegazione relativa all'art. 52, cit.
[85] Sentenza *J. N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, cit.*, punto 53.
[86] Sentenza *Kadi I*, cit., punto 363.
[87] Sentenza *Société Neptune Distribution*, cit., punto 73.

garantire un livello uniforme di sicurezza dell'aviazione civile in relazione alle restrizioni alle attività dei piloti civili dopo i 65 anni[88].

Anche altri obiettivi sono stati riconosciuti dalla Corte di giustizia come aventi carattere generale, come quelli relativi alla sostenibilità ambientale: ad esempio nell'ambito della politica della pesca, è stato ritenuto meritevole di essere perseguito, anche a scapito della tutela di diritti fondamentali, l'obiettivo della sostenibilità dal punto di vista ambientale nel lungo periodo delle attività di pesca e acquacoltura[89]. In contesti come questo, una volta appurato che l'interesse generale è individuato nella legislazione dell'Unione, i Giudici del *Kirchberg* si limitano a constatare che le relative legislazioni nazionali di attuazione rispondono a quella finalità, così dando per rispettati i requisiti di questa parte del *test*, così esprimendosi:

"*Dal momento che una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, persegue gli obiettivi della politica comune della pesca, sanciti dal regolamento n. 1380/2013, è giocoforza constatare che essa risponde a un obiettivo di interesse generale riconosciuto dall'Unione, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta*"[90].

Un'altra importante finalità di carattere generale riconosciuta come idonea a fondare limitazioni a diritti fondamentali garantiti dalla CDFUE è la stabilità del sistema bancario dell'Area euro nel suo complesso[91]. Tale finalità era perseguita dal protocollo d'intesa concluso per conto del Meccanismo Europeo di Stabilità (MES)[92] con Cipro, il quale prevedeva, tra l'altro, il congelamento di alcuni depositi bancari non garantiti e la conversione di altri in azioni, con conseguente restrizione del diritto di proprietà di cui all'art. 17, par. 1 della Carta

[88] Sentenza del 5 luglio 2017, causa C-190/16, *Werner Fries c. Lufthansa CityLine GmbH,* ECLI:EU:C:2017:513, in particolare punti 41 e 74-76.

[89] Sentenza del 12 luglio 2018, causa C-540/16, *«Spika» UAB et al. c. Žuvininkystės tarnyba prie Lietuvos Respublikos žemės ūkio ministerijos*, ECLI:EU:C:2018:565, punti 36 ss., spec. 41 ss.

[90] Sentenza *«Spika» UAB*, cit., punto 44.

[91] Sull'idea, più generale, di stabilità finanziaria dell'Area euro nel suo complesso – di cui la stabilità bancaria risulta una delle componenti – sia consentito rinviare a R. CISOTTA, *Disciplina fiscale, stabilità finanziaria e solidarietà nell'Unione europea ai tempi della crisi: alcuni spunti ricostruttivi*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1/2015, p. 53; ID., *Financial Stability and the Reconstruction of the EU Legal Order in the Aftermath of the Crisis*, in European Central Bank Legal Conference 2015 '*From Monetary Union to Banking Union, on the way to Capital Markets Union – New opportunities for European integration*', disponibile on line sul sito: http://www.ecb.europa.eu, p. 283.

[92] Com'è noto, il Meccanismo in parola è stato istituito con Trattato internazionale concluso tra gli stati membri dell'area euro ed è legato all'introduzione di un nuovo par. all'art. 136 TFUE con Decisione 2011/199/UE del 25 marzo 2011 che modifica l'art. 136 TFUE relativamente a un meccanismo di stabilità per gli Stati membri la cui moneta è l'euro (GU L 91 del 6 aprile 2011, p. 1). Il testo dell'accordo è disponibile sul sito ufficiale del MES: https://www.esm.europa.eu/. Sulle complesse vicende che hanno portato all'istituzione del MES, sia consentito rinviare a A. VITERBO, R. CISOTTA, *La crisi del debito sovrano e gli interventi dell'UE: dai primi strumenti finanziari al* fiscal compact, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2/2012, p. 325, spec. 336 ss.

di Nizza. La pronuncia in questione[93] è molto conosciuta in quanto in essa si è stabilito che, benché il Protocollo d'intesa con Cipro resti – sulla scorta della giurisprudenza precedente – un atto estraneo all'ordinamento dell'UE, le Istituzioni che lo hanno negoziato per conto del MES, ossia Commissione e BCE, sono responsabili per eventuali violazioni del diritto dell'UE compiute in tale contesto: se quindi il Protocollo non può essere impugnato autonomamente con ricorso d'annullamento, le due Istituzioni possono rendere l'UE responsabile per risarcimento dei danni ex art. 340 TFUE[94].

In un altro caso inserito in un contesto in parte simile, il *memorandum* d'intesa concluso con la Romania è stato considerato un atto dell'UE sulla cui interpretazione poter interrogare la Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE, stabilendosi altresì che il divieto di cumulo in esso previsto tra una pensione netta, qualora essa superi un determinato livello, ottenuta per lavoro nel settore pubblico, con altri redditi per attività svolte nello stesso settore pubblico (con ri-espansione del diritto ad ottenere la pensione una volta che vengano meno gli altri redditi) non viola gli articoli 6 e 17 della CDFUE, anche alla luce dell'art. 52, par. 1 della stessa Carta[95]. Nel contesto del caso in questione, gli obiettivi perseguiti dalla legislazione nazionale oggetto del giudizio di riduzione della spesa retributiva nel settore pubblico e di riforma del sistema pensionistico sono entrambi stati considerati di interesse generale ai fini dell'art. 52, par. 1 CDFUE.

Le c.d. misure d'austerità imposte nel contesto della crisi per riportare bilanci pubblici sotto controllo sono state contestate anche sotto altri profili. In un già richiamato caso, si è prospettato un attentato all'indipendenza di un organo giudicante in violazione dell'art. 19 TUE e quindi dell'integrità del sistema di tutela giudiziale dei diritti derivanti dall'ordinamento dell'UE da esso previsto (articolato sul livello europeo e su quello nazionale), a causa delle riduzioni salariali imposte ai suoi membri. A giudizio della Corte di Lussemburgo, anche in questo caso, ove peraltro l'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali non era stato invocato in via esplicita, le censure alle misure di riduzione salariale andavano rigettate[96]. Al di là del richiamo dell'art. 47 CDFUE che, tutelando il diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice

[93] Sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2016, cause riunite da C-8/15 P a C-10/15 P, *Ledra Advertising Ltd e altri c. Commissione europea e Banca centrale europea*, ECLI:EU:C:2016:701, punti 71-72.

[94] Tuttavia la Corte di giustizia non riconosce la sussistenza dei presupposti per accordare il risarcimento dei danni nel caso di specie. Cfr. altresì la pronuncia resa nella stessa data di quella che ha deciso il caso *Ledra*, ossia 20 settembre 2016, cause riunite da C-105/15 P a C-109/15 P, *Konstantinos Mallis et al. c. Commissione europea e Banca centrale europea*, ECLI:EU:C:2016:702.

[95] Sentenza del 13 giugno 2017, causa C-258/14, *Eugenia Florescu et al. c. Casa Judeţeană de Pensii Sibiu e a.*, ECLI:EU:C:2017:448, punti 54-58.

[96] Sentenza *Associação Sindical dos Juízes Portugueses c. Tribunal de Contas*,cit.

imparziale, postula l'indipendenza di quest'ultimo, la tutela dei diritti fondamentali dei singoli rimane nel giudizio in questione tutto sommato sullo sfondo. La Corte di giustizia ammette che

> "*le misure di riduzione salariale di cui trattasi nel procedimento principale sono state adottate a motivo di esigenze imperative connesse all'eliminazione del disavanzo eccessivo di bilancio dello Stato portoghese e nel contesto di un programma di assistenza finanziaria dell'Unione a tale Stato membro*"[97].

Individuato così l'obiettivo perseguito ed ammessane la rilevanza generale, i Giudici di Lussemburgo si propongono di verificare se le misure adottate siano atte ad intaccare l'indipendenza dei giudici, chiamati anche ad applicare il diritto dell'UE. Essa però non giudica necessaria un'analisi sull'ammissibilità di restrizioni, perché di queste ultime essa in effetti non ravvisa traccia, in ragione in particolare del fatto che le misure in questione erano caratterizzate da temporaneità e generalità, in quanto destinate praticamente all'intero settore pubblico[98]. Pertanto essa non sente l'esigenza di richiamare l'art. 52, par. 1 CDFUE, che lo stesso giudice del rinvio, come già ricordato, non aveva invocato.

Infine, degna di nota è la sentenza *Sky Österreich GmbH*[99], in cui la Corte di giustizia ha riconosciuto quale finalità di interesse generale idonea a giustificare limitazioni di altri diritti fondamentali la salvaguardia dei diritti di cui all'art. 11 della CDFUE – ossia la libertà di espressione e di informazione –, aprendo così la strada ad un giudizio sul bilanciamento tra la tutela dei diversi diritti fondamentali in gioco.

La rassegna sulle finalità assurte nella giurisprudenza comunitaria al rango di interessi generali atti a giustificare restrizioni a libertà fondamentali permette di concludere che esse hanno carattere eterogeneo e la loro individuazione, se sovente si fonda nel diritto primario o secondario, può anche trovare altri appigli in particolare nella stessa giurisprudenza. È peraltro naturale che l'individuazione di siffatti obiettivi non possa esser effettuata una volta per tutte, pur avendo il loro insieme carattere certamente finito. Non è facile sfuggire all'osservazione che un modo di procedere in parte simile si può ritrovare nella giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alle finalità che possono fondare restrizioni a libertà fondamentali, qui ritrovandosi una delle similitudini che verranno riprese in sede di valutazioni generali sulla giurisprudenza esaminata[100].

[97] Sentenza *Associação Sindical dos Juízes Portugueses c. Tribunal de Contas*, cit., punto 46, sottolineatura aggiunta.

[98] Sentenza *Associação Sindical dos Juízes Portugueses c. Tribunal de Contas*, cit., punto 51.

[99] Sentenza *Sky Österreich GmbH c. Österreichischer Rundfunk*, cit., punto 52.

[100] V. *infra*, § 8.

2.5. *Segue*: il rispetto di diritti e libertà altrui

Il limite del rispetto di diritti e libertà altrui sarebbe difficile da definire in astratto, mentre si presta, forse ancor più chiaramente degli altri criteri definiti dall'art. 52, par. 1, ad essere apprezzato e definito in modo casistico.

Si sceglie in questa sede di fare un unico esempio, che ben illustra come la Corte di giustizia intenda tale limite: si tratta della sentenza *J. McB.*[101]. In tale fattispecie, i Giudici di Lussemburgo, esprimendosi sull'interpretazione del regolamento 2003, n. 2201, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale[102], ha considerato che

> "(…) *per accertare la liceità del trasferimento di un minore, il quale sia stato condotto in un altro Stato membro dalla madre, il padre naturale deve avere il diritto di rivolgersi al giudice nazionale competente, prima del trasferimento, per chiedere che gli venga conferito un diritto di affidamento del figlio, il che costituisce l'essenza medesima del diritto di un padre naturale ad una vita privata e familiare in un tale contesto*"[103].

I Giudici del *Kirchberg*, di converso, considerano che

> *"(…) il fatto che il padre naturale non sia, a differenza della madre, automaticamente titolare di un diritto di affidamento del minore ai sensi dell'art. 2 del regolamento n. 2201/2003 non pregiudica il contenuto essenziale del suo diritto alla vita privata e familiare, purché sia assicurato il diritto enunciato al punto* [testé citato] *della presente sentenza*"[104].

L'affermazione riportata, invero apodittica, è seguita da un ragionamento[105] in cui la Corte di giustizia sostiene che l'affermazione medesima non è contraddetta dal fatto che il padre possa perdere il diritto di domandare e ottenere l'affidamento qualora non agisca in tempo in giudizio e la madre nel frattempo conduca con sé il minore in un altro Stato membro esercitando il proprio diritto alla libera circolazione, nonché di decidere il luogo di residenza del minore, senza comunque pregiudicare il diritto di visita del padre. Secondo la Corte di Lussemburgo, l'illiceità del comportamento della madre si configurerebbe solo ove il padre avesse agito prima ottenendo dal giudice un provvedimento di affidamento del figlio. Una diversa previsione

[101] Sentenza del 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, *J. McB. c. L. E.*, ECLI:EU:C:2010:582.

[102] Regolamento (CE) del Consiglio 27 novembre 2003, n. 2201, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000 (GU L 338, pag. 1).

[103] Sentenza *J. McB. C. L. E.*, cit., punto 55.

[104] Sentenza *J. McB. C. L. E.*, cit., punto 57.

[105] Sentenza *J. McB. C. L. E.*, cit., punti 58 ss.

"(…) *sarebbe in contrasto con la necessità di assicurare la certezza del diritto nonché i diritti e le libertà altrui, come prevede l'art. 52, n. 1, della Carta, nella fattispecie quelli della madre. Una tale soluzione rischierebbe, inoltre, di violare l'art. 51, n. 2, della Carta*"[106].

È in sostanza nell'equilibrio tra le diverse posizioni soggettive, ed anche dei tempi per il rituale avanzamento delle relative pretese, che si gioca nel caso descritto il limite del rispetto dei diritti e libertà altrui. Nel giudicare sul punto la Corte di giustizia si mostra pronta a scendere su un terreno concreto, misurando l'effettività o, di converso, l'eventuale dannosità in termini di pregiudizio per le posizioni degli altri, che ogni *mossa* di ciascuno dei soggetti in gioco può avere.

L'attenzione al bilanciamento tra diversi diritti, anche fondamentali, che entrano in gioco non nasce in realtà con sentenza *J. McB.* Si ricorda infatti che, già prima che la Carta dei diritti fondamentali acquisisse valore giuridico pari a quello dei Trattati istitutivi, la Corte di giustizia aveva affrontato il problema anche in termini espliciti. Ad esempio, attingendo a principi espressi a livello di diritto derivato, aveva fatto presente che, nell'ambito del diritto alla riservatezza, doveva essere operato un bilanciamento tra le esigenze di tutela di questo e quelle derivanti dal diritto di tutela effettiva del diritto d'autore (oggi tutelati rispettivamente dagli articoli 8 e 17, par. 2 CDFUE)[107].

2.6. *Segue*: la necessità delle misure restrittive e il rispetto del principio di proporzionalità

Non sempre nella giurisprudenza della Corte di giustizia si rinvengono indicazioni chiare sulla distinzione tra il riconoscimento della necessità delle misure oggetto di scrutinio e l'applicazione del *test* di proporzionalità (problema in realtà esistente anche su un piano generale). In alcune pronunce in cui la Corte di giustizia faceva per una delle prime volte applicazione dell'art. 52, par. 1 della CDFUE, la motivazione sul punto è alquanto succinta[108]. In altri casi, anche più risalenti, la Corte di giustizia aveva proceduto ad un esame più accurato, ma non sempre è semplice distinguere il giudizio sulla proporzionalità da quello sulla necessità.

[106] Sentenza *J. McB. C. L. E.*, cit., punto 59.

[107] Sentenza del 29 gennaio 2008, causa C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España SAU*, ECLI:EU:C:2008:54, punto 53. Per una recente sentenza in tema di diritto d'autore, v. sentenza *Recorded Artists Actors Performers Ltd c. Phonographic Performance (Ireland) Ltd et al.*, cit.

In tema di bilanciamento tra diritti, solo poco più di due anni dopo la decisione sul caso *J. McB.* sarebbe poi arrivata la sentenza *Sky Österreich GmbH*, cui si è già fatto cenno: v. *supra*, § 1.4.

[108] Sentenza del 27 marzo 2014, causa C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH e Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, ECLI:EU:C:2014:192, punto 63. Su questa pronuncia, v. *infra*, § 4.

Ad esempio, nella sentenza *Volker und Markus Schecke GbR*[109], la Corte di giustizia, trovandosi a giudicare sull'obbligo di pubblicazione su internet dei nomi dei beneficiari delle misure previste nell'ambito del funzionamento del Fondo europeo agricolo di garanzia (FEAGA) e dal Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR)[110] ha dapprima riconosciuto che vi fosse una rispondenza della previsione ad un interesse generale dell'Unione, ossia la trasparenza in materia di utilizzo dei fondi comunitari[111], per poi impostare il *test* di proporzionalità in relazione agli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali[112]. È nel contesto dell'applicazione di tale *test* che la Corte di giustizia ha, tra l'altro, osservato che

"*[q]uanto alla necessità della misura, si deve rammentare che l'obiettivo della pubblicazione in questione non può essere perseguito senza tener conto del fatto che esso deve essere conciliato con i diritti fondamentali sanciti dagli artt. 7 e 8 della Carta*"[113].

In realtà non viene chiarito in cosa debbano distinguersi i due scrutini relativi rispettivamente al rispetto del principio di proporzionalità e di necessità. Subito oltre il passaggio appena riportato, la Corte di giustizia è passata a domandarsi se le Istituzioni dell'UE avessero proceduto a svolgere un corretto contemperamento delle esigenze in gioco, giungendo peraltro ad una valutazione negativa. I Giudici del *Kirchberg* hanno in particolare stigmatizzato l'assenza di una seria valutazione dell'effettiva necessità della misura da parte del legislatore – forse per questo nella stessa sentenza non ci si trattiene sulla medesima valutazione –, rigettando peraltro l'argomento, presentato da alcuni Stati, secondo il quale la necessità della pubblicazione sarebbe derivata dall'importanza relativa della Politica agricola comune nel bilancio dell'UE[114]. La Corte di giustizia ha quindi concluso per l'invalidità delle disposizioni che prevedevano la pubblicazione dei nominativi dei beneficiari degli aiuti del FEASR e FEAGA, in particolare in quanto essa doveva avvenire senza distinzione quanto ai periodi, alla frequenza o all'entità delle somme ricevute.

[109] Sentenza del 9 novembre 2010, cause riunite C-92/09 e C-93/09, *Volker und Markus Schecke GbR e Hartmut Eifert c. Land Hessen*, ECLI:EU:C:2010:662.

[110] Cfr. regolamento (CE) del Consiglio 21 giugno 2005, n. 1290, relativo al finanziamento della politica agricola comune (GU L 209, pag. 1), come modificato dal regolamento (CE) del Consiglio 26 novembre 2007, n. 1437 (GU L 322, pag. 1).

[111] Sentenza *Volker und Markus Schecke GbR*, cit., punto 67.

[112] Sentenza *Volker und Markus Schecke GbR*, cit., punto 72.

[113] Sentenza *Volker und Markus Schecke GbR*, cit., punto 76.

[114] Sentenza *Volker und Markus Schecke GbR*, cit., punti 84-85.

In altre occasioni, l'analisi sulla necessità della misura consente di accertarne anche la proporzionalità[115]. È a tal proposito utile analizzare il precedente fissato nella sentenza *Spasic*[116]. In tale caso, emergeva la questione della restrizione al principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 50 della CDFUE introdotta dall'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS). Secondo tale ultima disposizione, il principio del *ne bis in idem* è garantito subordinatamente alla condizione che, in caso di condanna, la pena "*sia stata eseguita*" o sia "*in corso di esecuzione attualmente*" o non possa più essere eseguita. Tale previsione costituisce per la Corte di giustizia una restrizione al principio del *ne bis in idem* come garantito dall'art. 50 della Carta di Nizza in quanto viene introdotta una condizione supplementare rispetto a quanto previsto dalla quella disposizione della Carta[117]. Ne è stata quindi esaminata la legittimità ai sensi dell'art. 52, par. 1 CDFUE.

Anzitutto, per la Corte di giustizia, il contenuto essenziale del diritto non viene pregiudicato: essa infatti ritiene, sulla scorta di quanto osservato dai governi francese e tedesco, che

> "(…) *la suddetta condizione è segnatamente intesa ad evitare che un soggetto che è stato giudicato con sentenza definitiva in un primo Stato contraente non possa più essere perseguito per i medesimi fatti in un secondo Stato contraente e resti quindi, in definitiva, impunito quando il primo Stato di condanna non ha fatto eseguire la pena inflitta (v., in tal senso, sentenza Kretzinger, C-288/05, EU:C:2007:441, punto 51)*"[118].

La Corte di giustizia individua l'interesse generale al quale la disposizione sotto esame mira nell'obiettivo di realizzare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia (art. 3, par. 2 TUE e art. 67, par. 3 TFUE) e, secondo i Giudici di Lussemburgo, si tratta di una misura idonea al raggiungimento dello scopo[119].

Più articolato, anche rispetto all'*iter* logico seguito in altre occasioni, è il ragionamento svolto in relazione alla necessità della misura. Seguendo infatti un'osservazione presentata dalla Commissione, la Corte di giustizia ricorda che esistono diversi strumenti di cooperazione giudiziaria cui gli Stati membri possono far ricorso, in particolare a consultazioni tra Stati che avanzino pretese di instaurare un procedimento penale nei confronti dello stesso soggetto. Ai sensi

[115] Ciò ad esempio avviene nella sentenza del 17 ottobre 2013, causa C-291/12, *Michael Schwarz c. Stadt Bochum*, ECLI:EU:C:2013:670, punti 34 ss. in materia di restrizioni alla vita privata derivanti dalle norme sul rilevamento dei dati biometrici per i passaporti.

[116] Sentenza del 27 maggio 2014, causa C-129/14 PPU, *Zoran Spasic*, ECLI:EU:C:2014:586.

[117] Sentenza *Spasic*, cit., punto 55.

[118] Sentenza *Spasic*, cit., punto 58.

[119] Sentenza *Spasic*, cit., punto 58 cit. richiamato al punto 63.

dell'art. 5 della decisione quadro 2009/948/GAI del Consiglio[120] tali consultazioni hanno il fine di evitare l'instaurazione di procedimenti penali paralleli e prevenire violazioni del principio del *ne bis in idem*, ma, a tal proposito, la Corte di giustizia osserva che esse, non imponendo una condizione analoga all'art. 54 CAAS, non sono idonee a realizzare pienamente quel fine: anche alla luce dei pertinenti strumenti adottati nel primo decennio degli anni 2000 nell'ambito della cooperazione giudiziaria[121] tale risultato non è assicurato, dipendendo in ultima analisi da una scelta dello Stato di appartenenza del giudice che abbia pronunciato una sentenza penale definitiva. Inoltre, l'esecuzione di una pena in uno Stato membro diverso è subordinata all'assenso del condannato e alla condizione che lo Stato ove la condanna è stata emessa accerti che l'esecuzione contribuisca a realizzare il reinserimento sociale della persona. In tale contesto, la condizione di cui all'art. 54 CAAS era atta a garantire una sorta di correttivo, consentendo un nuovo procedimento solo se non fosse stata eseguita o in corso d'esecuzione la condanna già inflitta, evitando per tale via l'impunità di soggetti che abbiano subito una condanna definitiva[122]. Conclude la Corte che

> "*[n]e consegue che la condizione di esecuzione prevista all'articolo 54 della CAAS non eccede quanto necessario ad evitare, in un contesto transfrontaliero, l'impunità delle persone condannate in uno Stato membro dell'Unione con sentenza penale definitiva*"[123].

Nei passaggi sopra sintetizzati, il giudizio sulla necessità gradualmente consente il passaggio alla valutazione sul principio di proporzionalità. Se ciò da un lato conferma la non chiarezza in generale della distinzione tra le due valutazioni, dall'altro sembra potersi spiegare nel caso concreto col fatto che la Corte di giustizia considera i sistemi di cooperazione giudiziaria in campo penale come (logicamente precedenti e) complementari rispetto al sistema di applicazione della Convenzione di Schengen e segnatamente alla condizione di cui all'art. 54 della CAAS[124]. Non sarebbe pertanto stato possibile giungere ad una

[120] Decisione quadro 2009/948/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali (GU L 328 pag. 42).

[121] La Corte di giustizia fa in particolare riferimento alla decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie (GU L 76, pag. 16) e alla della decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea (GU L 327, pag. 27).

[122] Sentenza *Spasic*, cit., punti 68-71.

[123] Sentenza *Spasic*, cit., punto 72.

[124] Per completezza si segnala che la Corte di giustizia è successivamente tornata sull'interpretazione dell'art. 54 CAAS, stabilendo che

valutazione della seconda senza analizzare il funzionamento dei primi e, così procedendo, l'analisi della necessità consente già di impostare il primo passaggio del *test* di proporzionalità[125].

Facendo parte del tradizionale strumentario del diritto comunitario, in particolare ancora nel contesto della valutazione di misure restrittive delle libertà di circolazione, il controllo della proporzionalità è un tipo di giudizio che la Corte di Lussemburgo sente senz'altro *suo* e che maneggia con una certa padronanza. Ad esso si fa varie volte riferimento sotto vari profili anche in queste pagine e ci si limita qui ad una sola ulteriore esemplificazione. Essa appare utile a mostrare l'uso del *test* in questione in un contesto differente da quello del mercato unico e più nuovo per l'Unione, ossia quello del trattamento di richieste di protezione internazionale. In tale ambito peraltro emerge sotto una particolare luce anche il problematico collegamento con la valutazione del criterio di necessità, oggetto di specifica attenzione nel presente paragrafo.

Il caso può sintetizzarsi nel modo che segue. La Corte di giustizia esaminava la legislazione ungherese, che prevedeva, per il controllo della veridicità dell'orientamento sessuale dichiarato da richiedenti protezione internazionale, la possibilità di applicazione da parte dell'Autorità amministrativa, o dei giudici investiti del controllo di legalità sugli atti della prima, di indagini sui fatti e circostanze riferiti dal richiedente, nonché di somministrazione di *test* psicologici "*proiettivi della personalità*". Com'è noto infatti orientamenti omosessuali possono essere ragione di persecuzioni in alcuni Paesi e dare pertanto titolo alla protezione internazionale. La Corte di giustizia, nel riconoscere che spetta al Giudice nazionale l'accertamento di fatti relativi alla condizione del richiedente e alla valutazione di una domanda di protezione internazionale, ha

"*una decisione del pubblico ministero che pone fine all'azione penale e conclude definitivamente, salvo riapertura o annullamento, il procedimento di istruzione condotto nei confronti di una persona, senza che siano state irrogate sanzioni, non può essere considerata una decisione definitiva, ai sensi di tali articoli, qualora dalla motivazione di tale decisione risulti che il suddetto procedimento è stato chiuso senza che sia stata condotta un'istruzione approfondita, laddove la mancata audizione della vittima e di un eventuale testimone costituisce un indizio dell'assenza di un'istruzione siffatta*" (sentenza del 29 giugno 2016, causa C-486/14, *Procedimento penale a carico di Piotr Kossowski*, ECLI:EU:C:2016:483, punto 53).

[125] Sulla questione del rispetto del principio del *ne bis in idem* nell'ambito del c.d. doppio binario sanzionatorio, v. altresì le sentenze tutte del 20 marzo 2018, cause riunite C-596/16 e C-597/16, *Enzo Di Puma c. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) e Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) e Antonio Zecca*, ECLI:EU:C:2018:192, punti 41-45, causa C-524/15, *Procedimento penale a carico di Luca Menci*, ECLI:EU:C:2018:197, punti 41 ss., e *Garlsson Real Estate SA, en liquidation e a. contro Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)* cit., punti 42 ss. Si veda poi in tale contesto la recentissima pronuncia resa dalla Corte di giustizia su ordinanza di rinvio della Corte costituzionale italiana in materia di diritto a non auto incriminarsi: sentenza 2 febbraio 2021, causa C-481/19, *DB c. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB)*, ECLI:EU:C:2021:84.

sostanzialmente accettato la possibilità di verifica di fatti e circostanze presentati dal richiedente medesimo, ma ha recato fortemente in dubbio la possibilità di ricorrere ad una perizia psicologica con ricorso ai *test* del tipo descritto, esprimendosi nei seguenti termini:

"(…) *si deve sottolineare che il carattere appropriato di una perizia come quella di cui trattasi nel procedimento principale può essere ammesso solo se quest'ultima è fondata su metodi e principi sufficientemente affidabili alla luce degli standard riconosciuti dalla comunità scientifica internazionale. Si deve rilevare al riguardo che, se è vero che non spetta alla Corte pronunciarsi su tale questione, che risulta, comportando una valutazione dei fatti, di competenza del giudice nazionale, l'affidabilità di tale perizia è stata fortemente contestata dai governi francese e dei Paesi Bassi, nonché dalla Commissione*"[126].

Così ragionando la Corte di giustizia ha sostanzialmente rimesso al giudice del rinvio la valutazione sulla necessità della misura, non sottraendosi tuttavia a fornire alcune indicazioni, che sembrerebbero porre una sorta di presunzione *juris tantum* – rovesciabile nel contesto del giudizio nazionale sulla base di idonei elementi che il giudice dovrebbe raccogliere – di non necessità e, insieme, come si sta per vedere, di sproporzione della misura. Forse, ancor più radicalmente, la Corte di giustizia sembra avanzare altresì il dubbio che lo strumento prescelto sia di per sé inidoneo, in quanto non fondato su adeguati riscontri scientifici, a perseguire l'obiettivo prefissato. Tale scetticismo di fondo sull'affidabilità dello strumento si aggiunge quindi all'assunta sproporzione del suo utilizzo[127].

Più in dettaglio, rileva per la Corte di giustizia il fatto che una perizia del genere descritto costituirebbe un'ingerenza sproporzionata nella vita privata del richiedente, con conseguente lesione del suo diritto al rispetto della propria vita privata, garantito dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali. È interessante notare che, nell'ambito di tale giudizio, la Corte di giustizia ha tenuto conto di una serie di elementi, legati in particolare all'intrusività in aspetti intimi della vita dell'individuo e al contesto in cui la perizia verrebbe effettuata, il cui esito condizionerebbe l'accoglimento o meno della richiesta di protezione internazionale. La Corte di giustizia ha osservato che:

"*[o]ccorre inoltre tenere conto, al fine di valutare la gravità dell'ingerenza costituita dall'esecuzione e dall'utilizzo di una perizia psicologica come quella di cui al procedimento principale, del principio 18 dei principi di Yogyakarta sull'applicazione del diritto internazionale in materia di diritti umani in tema di orientamento sessuale e di identità di genere, a cui hanno fatto riferimento i governi francese e dei*

[126] Sentenza del 25 gennaio 2018, causa C-473/16, *F c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, ECLI:EU:C:2018:36, punto 58.

[127] Rispetto all'attuale contesto il riferimento al ruolo giocato dagli "*standard riconosciuti dalla comunità scientifica internazionale*" suona particolarmente significativo, ma su tale aspetto si tornerà più avanti. Cfr. *infra*, § 9.

Paesi Bassi, che precisa, in particolare, che nessuno può essere costretto a subire una qualsiasi forma di test psicologico a causa del suo orientamento sessuale o della sua identità di genere"[128].

Principi analoghi erano in realtà già stati espressi nella precedente sentenza *A*[129], nella quale tuttavia non era stato considerato l'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali – forse in quanto non invocato dal giudice del rinvio –, né era stata effettuato alcun riferimento ai *principi di Yogyakarta sull'applicazione del diritto internazionale in materia di diritti umani in tema di orientamento sessuale e di identità di genere*. L'art. 52, par. 1 della CDFUE in quella causa era stato invero oggetto di analisi e di attenta disamina da parte dell'Avvocato generale Sharpston, che aveva peraltro anche richiamato i testé citati principi. Nelle Conclusioni in particolare si esclude l'attendibilità di esami medici di qualsiasi tipo riguardanti l'orientamento sessuale, avanzando peraltro seri dubbi sulla libertà del consenso eventualmente prestato dal soggetto che vi debba essere sottoposto in vista della valutazione della sua domanda di protezione internazionale[130].

3. L'art. 52, par. 1 CDFUE e il test di proporzionalità relativo alle restrizioni alle libertà di circolazione

Ricostruito il punto di vista della Corte di giustizia rispetto all'applicazione in termini generali dei criteri enucleati dall'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, è ora possibile analizzare alcuni filoni giurisprudenziali su temi di particolare rilevanza, sempre nel contesto della valutazione, che la Corte di giustizia abbia affrontato esplicitamente, di limitazioni ai diritti fondamentali. Il primo, di cui ci occuperemo nel presente paragrafo, è quello

[128] Sentenza *F*, cit., punto 62. Secondo la Nota dell'UNHCR contenente indicazioni sulle domande di status di rifugiato nell'ambito della Convenzione del 1951 relative a orientamento sessuale e identità di genere, novembre 2008, (https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5513c5c24), "[i] Principi sono stati sviluppati dalla Commissione internazionale dei giuristi e dal Servizio internazionale per i diritti umani e sono stati adottati all'unanimità durante un meeting di esperti tenutosi a Yogyakarta, Indonesia, il 6-9 novembre 2006"; in particolare detti Principi "riflettono gli standard giuridici internazionali vincolanti con riferimento all'orientamento sessuale che sono derivati dai principali strumenti di diritti umani". Sembrerebbe pertanto trattarsi di un documento non di per sé vincolante (in quanto non promanante da una fonte formale), ma adottato a fini ricognitivi ed interpretativi di altri strumenti che possono a loro volta essere invece vincolanti, oppure no, a seconda dei casi. V. https://yogyakartaprinciples.org/principles-en/.

[129] Sentenza 2 dicembre 2014, cause riunite da 148/13 a 150/13, *A et al. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, ECLI:EU:C:2014:2406.

[130] Conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 17 luglio 2014 nelle cause riunite da 148/13 a 150/13, *A et al. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, ECLI:EU:C:2014:2111, punto 37 nt. 47, nonché punti 61-69.

Sempre in tema di discriminazione delle persone omosessuali, si veda la sentenza *Geoffrey Léger c. Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes et Établissement français du sang*, cit., punto 69.

relativo alle libertà di circolazione, che è stato peraltro il primo storicamente affrontato anche dalla stessa Corte di giustizia[131]. Del resto, è il filone che si rifà alle competenze che già nei primi decenni dell'integrazione comunitaria erano state più ampiamente esercitate e potevano pertanto dare più facilmente vita a questioni attuali o potenziali di limitazione di diritti fondamentali.

In termini generali, la Corte di giustizia si riferisce all'art. 52, par. 1 CDFUE richiamandolo, sovente *ad adiuvandum*, per rafforzare il proprio ragionamento con riferimento al principio di proporzionalità, specie nell'ambito di valutazioni relative all'esercizio delle libertà di circolazione garantite dai Trattati istitutivi, o a situazioni giuridiche soggettive emergenti dal funzionamento del mercato interno, anche sancite da strumenti di diritto derivato, derivanti dall'esigenza di protezione dei diritti fondamentali[132].

Ad esempio, nella sentenza *McDonagh*[133], la Corte di giustizia ha stabilito che, con riferimento agli articoli 5, paragrafo 1, lettera b), e 9 del regolamento (CE) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato[134], i vettori aerei sono comunque vincolati dall'obbligo di prestare assistenza previsto nelle dette disposizioni anche in circostanze da qualificarsi "*eccezionali*". Tali sono state considerate quelle venutesi a creare con la chiusura di una parte dello spazio aereo europeo a seguito dell'eruzione del vulcano *Eyjafjallajökull* in Islanda, anche in caso di cancellazione del volo in questione. La Corte di giustizia peraltro ha affermato che

> "*[t]uttavia, un passeggero può ottenere, a titolo di compensazione pecuniaria per il mancato rispetto da parte del vettore aereo del suo obbligo di prestare assistenza di cui agli articoli 5, paragrafo 1, lettera b), e 9 del regolamento n. 261/2004, soltanto il rimborso delle somme che, alla luce delle circostanze di ciascun caso concreto, risultavano necessarie, appropriate e ragionevoli al fine di ovviare all'omissione del vettore aereo nel prestare assistenza al suddetto passeggero. Tale profilo deve essere valutato dal giudice nazionale*"[135].

In tale contesto, la Corte di giustizia ha rigettato le pretese del vettore aereo che chiedeva una limitazione quantitativa o temporale in relazione all'obbligo

[131] V. *supra*, § 1.

[132] V. per l'epoca precedente alla Carta di Nizza, la sentenza *Schmidberger* (spec. punti 82 ss.) e le altre nello stesso ambito già citate *supra*, § 1.

[133] Sentenza del 31 gennaio 2013, *Denise McDonagh c. Ryanair Ltd*, causa C-12/11, ECLI:EU:C:2013:43.

[134] Regolamento (CE) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il regolamento (CEE) n. 295/91 (GU L 46, pag. 1).

[135] Sentenza. *McDonagh*, cit., punto 66.

di assistenza, in ragione dell'eccezionalità delle circostanze. Nei termini prefigurati dal vettore, opinando diversamente si sarebbero posti limiti troppo gravosi alla libertà d'impresa e al diritto di proprietà tutelati dagli articoli 16 e 17 della Carta di Nizza[136]. In particolare, i Giudici di Lussemburgo hanno precisato che la libertà d'impresa e il diritto di proprietà non costituiscono prerogative assolute e richiamano l'art. 52 par. 1 della stessa CDFUE[137]. Essi inoltre, proprio con riferimento al giudizio di bilanciamento richiesto dall'art. 52, par. 1 della Carta di Nizza, hanno ricordato come nella giurisprudenza della stessa Corte di giustizia si sia affermato che

"(…) *quando diversi diritti protetti dall'ordinamento giuridico dell'Unione confliggono tra loro, tale valutazione deve essere effettuata nel rispetto della necessaria conciliazione tra i requisiti connessi alla tutela di questi diversi diritti e di un giusto equilibrio tra di essi (v., in tal senso, sentenze del 29 gennaio 2008, Promusicae, C-275/06, Racc. pag. I-271, punti 65 e 66, nonché Deutsches Weintor, cit., punto 47)*"[138].

Riguardo ai termini concreti e ai valori in gioco nel bilanciamento che era da effettuarsi nel caso concreto, è stato poi richiamato l'art. 38 della CDFUE, che, riprendendo l'art. 169 TFUE, richiede che nelle politiche dell'UE sia assicurato un elevato livello di tutela dei consumatori. Tale imperativo ha consentito di risolvere il problema di bilanciamento, che veniva prospettato come concernente un'esigenza di funzionamento del mercato, dietro alla quale tuttavia la Corte ha fatto emergere il valore della tutela dei consumatori, presente nel diritto primario, e la tutela di diritti fondamentali. Alla luce di tali considerazioni, la Corte di giustizia ha interpretato gli articoli 5, par. 1, lettera b), e 9 del regolamento n. 261/2004, sancendo che essi, nell'interpretazione che si è sopra riportata, non si pongono in contrasto gli articoli 16 e 17 della Carta di Nizza.

In altri casi, il bilanciamento si è prospettato come ricerca di equilibrio tra diritti fondamentali. Un caso del genere è quello su cui si è espressa la Corte di giustizia nella sentenza *AGET Iraklis*[139]. La Corte di Lussemburgo ha valorizzato l'art. 52, par. 1 della Carta di Nizza con riguardo all'accertamento della violazione del principio di proporzionalità da parte di una norma nazionale che consentiva licenziamenti senza accordo con le rappresentanze dei lavoratori, grazie ad un'autorizzazione di un'autorità pubblica che poteva essere concessa sulla base di criteri espressi in maniera troppo imprecisa (ossia con riferimenti

[136] Sentenza. *McDonagh*, cit., punti 43 e soprattutto 59 ss.

[137] Sentenza. *McDonagh*, cit., punto 61. V. su tale questione ampiamente *supra*, § 2.2.

[138] Sentenza. *McDonagh*, cit., punto 62.

[139] sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2016, causa C-201/15, *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) c. Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisis kai Koinonikis Allilengyis*, ECLI:EU:C:2016:972. Su tale pronuncia v. in generale I. ANTONAKI, Case C-201/15, *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) v. Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisis kai Koinonikis Allilengyis*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 1513.

a generici concetti come la "*situazione dell'impresa*" e le "*condizioni del mercato del lavoro*"), tanto da far ritenere indeterminati e non prevedibili i casi in cui una siffatta autorizzazione avrebbe potuto essere rilasciata[140]. Il bilanciamento nel caso in parola è stato quindi effettuato tra le libertà economiche (cfr. in particolare l'art. 49 TFUE e 16 CDFUE) e la protezione contro licenziamenti ingiustificati (art. 30 CDFUE).

La Corte di giustizia ha salvato l'impianto generale della legislazione nazionale, rimettendo tuttavia al giudice nazionale la valutazione della salvezza – alla luce della concreta applicazione della stessa legislazione a livello interno – dell'effetto utile delle pertinenti norme di diritto derivato in materia di licenziamenti collettivi[141]. Al contempo, il medesimo impianto normativo risultava comunque in contrasto con l'art. 49 TFUE e ciò per la duplice ragione che le restrizioni alla libertà di stabilimento traevano origine da norme che al contempo violavano i diritti fondamentali, segnatamente l'art. 16 CDFUE in modo sproporzionato – in spregio all'art. 52, par. 1 TFUE – e non risultavano giustificabili in base al classico schema di valutazione delle libertà fondamentali poste alla base del mercato interno[142]. In tale interessante caso può constatarsi come la tutela dei diritti fondamentali fiorisca sia nel campo di diritti che si oppongono o tendono a temperare il nudo gioco delle forze di mercato, sia in quello del funzionamento del mercato stesso. Tanto alle une che alle altre posizioni ha finito per nuocere, nella prospettiva della Corte di giustizia, la rilevata incertezza generata dalla normativa nazionale, forse figlia di qualche ambizione vetero-dirigista malamente attuata. Ciò ha consentito forse alla Corte di trarsi d'impaccio in modo relativamente agevole, richiamandosi da un lato alle libertà fondamentali, dall'altro all'anima sociale dell'UE.

In diverse circostanze in cui nuovamente dietro al funzionamento delle libertà economiche si nascondeva una necessità di bilanciamento tra diritti fondamentali, la Corte di giustizia ha invece riconosciuto preminenza alla libertà d'impresa. Essa in un caso ha ad esempio giudicato non rispettosa del principio di proporzionalità una normativa nazionale che prevedeva

"*la possibilità, per un'autorità amministrativa, di decidere di chiudere con effetto immediato un esercizio commerciale in quanto sospetti lo svolgimento, al suo interno, di un'attività di prostituzione senza l'autorizzazione richiesta dalla normativa stessa, nei limiti in cui quest'ultima normativa, per un verso, non esige che una siffatta decisione sia motivata, in fatto e in diritto, per iscritto e sia comunicata al suo*

[140] Sentenza *AGET Iraklis*, cit., punti 70, 89, 98-103.

[141] Cfr. Direttiva 98/59/CE del Consiglio, del 20 luglio 1998, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi (GU 1998, L 225, pag. 16),

[142] Sentenza *AGET Iraklis* cit., punti 61 ss. e 71 ss.

destinatario e, per altro verso, impone che un'istanza formulata dal citato destinatario per ottenere l'annullamento della decisione stessa sia, dal canto suo, motivata"[143].

Nella pronuncia testé citata, la Corte di giustizia ha rilevato come la normativa in questione costituisse una restrizione alla libertà di stabilimento, garantita dall'articolo 49 TFUE, nonché una limitazione all'esercizio della libertà di stabilimento e della libertà d'impresa, di cui agli articoli 15, paragrafo 2, e all'articolo 16 della CDFUE[144]. Prendendo le mosse dall'art. 52, par. 1 della stessa Carta di Nizza[145], la Corte di giustizia ha riconosciuto in linea generale la rilevanza della tutela del diritto alla salute (art. 35 della Carta), nonché della prevenzione delle attività criminali legate alla prostituzione illegale[146] quali ragioni di interesse generale che possono fornire una giustificazione per una restrizione. Ciononostante nel caso di specie è stato giudicato eccessivo e quindi non proporzionato il sacrificio imposto ad altri diritti parimenti rilevanti, come quelli di accesso ad un giudice, al contraddittorio e alla difesa di cui agli articoli 47 e 48 CDFUE, a causa del regime squilibrato previsto per gli atti dell'amministrazione, da un lato, e per quelli di contestazione da parte del destinatario delle misure, dall'altro[147]. Anche le ragioni sociali quindi, di cui le Autorità pubbliche devono garantire protezione, non possono puramente e semplicemente vedersi riconosciuta preminenza sulle libertà economiche, se ad esempio, come nel caso riportato, il regime di tutela di queste ultime risulta ingiustamente svantaggioso per chi le esercita.

4. L'art. 52, par. 1 e la sua invocazione nel contesto dell'applicazione di norme di diritto derivato, in particolare in materia di protezione dei dati personali

Si è già avuto modo di richiamare più casi in cui, insieme a norme di diritto primario, venivano in questione anche norme di diritto secondario. Ciò può, a seconda dei casi, costituire un fattore di semplificazione – e si è visto che la Corte di Lussemburgo più di una volta ha prestato un più o meno giustificato ossequio alle scelte compiute dal Legislatore dell'Unione[148] – o di complicazione. Con il progredire dell'integrazione è notoriamente assai cresciuto il *corpus* del diritto derivato dell'Unione e la Corte di giustizia si è sovente trovata a dover risolvere questioni relative a limitazioni di diritti fondamentali emerse nell'ambito di applicazione di quella normativa, che copre ormai – direttamente o indirettamente – settori ampi e variegati. Uno di tali settori, cui si è già

[143] Sentenza dell'8 maggio 2019, causa C-230/18, *PI c. Landespolizeidirektion Tirol*, ECLI:EU:C:2019:383, punto 91.
[144] Sentenza *PI*, cit., punto 65.
[145] Sentenza *PI*, cit., punto 66.
[146] Sentenza *PI*, cit., punti 67 ss.
[147] Sentenza *PI*, cit., punti 76 ss.
[148] V. *supra*, §§ 2.2. e 2.4.

dedicato qualche cenno e che ha offerto ai Giudici del *Kirchberg* occasioni importanti di valorizzazione della disposizione della Carta dei diritti fondamentali qui oggetto di attenzione, è senz'altro quello della protezione dei dati personali. In tale settore – come anche in altri – la Corte di Lussemburgo ha fatto riferimento all'art. 52, par. 1 CDFUE, precisando ad esempio nel caso dell'art. 7, lettera f), della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati[149], che la norma in questione esige

"*che si proceda ad una ponderazione degli opposti diritti e interessi in gioco sulla base delle circostanze concrete dello specifico caso in questione, nell'ambito della quale si deve tener conto dell'importanza dei diritti della persona interessata risultanti dagli articoli 7 e 8 della Carta (sentenza del 24 novembre 2011, Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito, C-468/10 e C-469/10, EU:C:2011:777, punto 40). Ne consegue che i citati articoli 8 e 52 non devono, nel caso di specie, essere applicati in maniera isolata*"[150].

Come si vede, risulta ancora una volta emergere l'idea del bilanciamento, da cui la Corte di giustizia non rifugge, ma che rimanda, per la valutazione in concreto, al livello nazionale. Infatti, nella pronuncia in oggetto, è stato considerato legittimo un sistema di videosorveglianza delle parti comuni di un immobile, a patto che soddisfi le condizioni dell'art. 7 lettera f) della direttiva 95/46, ciò che viene rimandato al giudice del rinvio di verificare.

Diretto resta invece il rilievo di violazioni patenti dei canoni imposti dal rispetto dei diritti fondamentali, anche nel settore della tutela dei dati personali, quando l'oggetto e la struttura del giudizio rimettono alla sola Corte di giustizia la responsabilità di trarre le conclusioni dovute, come accade in particolare nei giudizi sulla validità del diritto derivato. Si è già a tal proposito già riferito che, nella sentenza *Digital Rights*, la Corte di giustizia non ha esitato a considerare

[149] Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (GU 1995, L 281, pag. 31). La disposizione in questione recita:

«*Gli Stati membri dispongono che il trattamento di dati personali può essere effettuato soltanto quando: (…) f) è necessario per [la realizzazione del legittimo interesse perseguito dal] responsabile del trattamento oppure [dal] o [dai] terzi cui vengono comunicati i dati, a condizione che non prevalgano l'interesse o i diritti e le libertà fondamentali della persona interessata, che richiedono tutela ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1*».

La direttiva 95/46 era applicabile ai fatti di causa, ma, com'è noto, è stata successivamente sostituita dal 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 (regolamento generale sulla protezione dei dati) (GU 2016, L 119, pag. 1, e rettifiche GU 2016, L 314, pag. 72, nonché GU 2018, L 127, pag. 3). V. *infra*, nt. 108 e testo corrispondente.

[150] Sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2019, causa C-708/18, *TK c. Asociaţia de Proprietari bloc M5A-ScaraA*, ECLI:EU:C:2019:1064, punto 32.

invalido un atto di diritto derivato, e segnatamente la Direttiva 2006/24/CE, in quanto in essa il legislatore dell'Unione aveva travalicato i limiti emergenti dal principio di proporzionalità facendo riferimento agli articoli 7, 8 e 52, par. 1 della CDFUE[151].

Né la Corte di giustizia ha rimesso al giudice nazionale la soluzione di questioni che ha lasciato in sospeso – al di fuori di quelle strettamente dipendenti dall'interpretazione e applicazione del diritto nazionale – laddove il diritto dell'UE poteva già fornire indicazioni complete sul punto su cui essa veniva interrogata con rinvio pregiudiziale. Ad esempio, in un caso essa ha giudicato non conforme al principio di proporzionalità una legislazione nazionale che permetteva al titolare di una connessione internet di limitarsi – in omaggio al diritto di non autoaccusarsi o di non dover accusare i propri familiari – ad indicare quali suoi familiari avessero accesso a tale connessione, senza offrire altri particolari sul momento in cui tale familiare possa essersi connesso e che utilizzo abbia fatto della rete[152].

Interessante al livello sostanziale è che, nel caso invece di pubblicazione da parte di un fornitore di accesso ad internet di contenuti che siano coperti da protezione, la Corte di giustizia ha ammesso che un giudice possa ordinare con un'ingiunzione che tale fornitore non consenta l'accesso a tali contenuti. Il fornitore, dal canto suo, potrà evitare di incorrere in responsabilità dimostrando di aver adottato tutte le misure ragionevoli che abbiano l'effetto di impedire o rendere quanto meno più difficile l'accesso non autorizzato ai contenuti in questione – ciò che la Corte di giustizia rimette al giudice del rinvio di verificare –, non privando d'altra parte gli utenti della rete della possibilità di fruire in modo lecito delle informazioni disponibili[153].

Restando in tema di riservatezza e dati che corrono in rete, va ricordato che la Corte di giustizia si è anche occupata del c.d. *diritto all'oblio*. È stato stabilito in quali casi un gestore di un motore di ricerca debba accogliere la richiesta di "deindicizzazione" da parte di un soggetto dei risultati di ricerca che lo riguardino e dai quali possano risultare l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, nonché il trattamento di dati relativi alla salute e alla vita sessuale, o ancora dati relativi a condanne penali o infrazioni. In generale, qualora il trattamento dei dati risponda ai limiti e alle modalità consentite (e quindi a cui il soggetto non possa opporsi), la Corte di giustizia ammette che la richiesta di deindicizzazione

[151] V *supra*, § 2.2.

[152] Sentenza del 18 ottobre 2019, causa C-149/17, *Bastei Lübbe GmbH & Co. KG c. Michael Strotzer*, ECLI:EU:C:2018:841, punti 46-54.

[153] Sentenza *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH e Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, cit., punto 63

possa non essere accolta, comunque limitatamente a quanto necessario per garantire la libertà di informazione[154].

Fugace è stato in questo caso il riferimento della Corte di giustizia all'art. 52, par. 1, avendo considerato il Collegio giudicante che l'art. 17, par. 3, lett. a) del 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[155] "*prevede (…) espressamente il requisito del bilanciamento tra, da un lato, i diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali, sanciti agli articoli 7 e 8 della Carta e, d'altro lato, il diritto fondamentale alla libertà di informazione, garantito dall'articolo 11 della Carta*"[156]. Il Regolamento 2016/679 era sopravvenuto ed aveva preso il posto della Direttiva 95/46, cit., pur vigente alla data del rinvio. La Corte di giustizia ha tuttavia voluto far riferimento anche al nuovo strumento, che, ai fini qui rilevanti, offriva evidentemente una prospettiva più avanzata, già considerando le necessità del bilanciamento tra diversi diritti anche fondamentali. I Giudici di Lussemburgo lo hanno pertanto richiamato *ad adiuvandum* nell'ambito della valutazione della legislazione nazionale. È interessante quindi notare che di buon grado la Corte di giustizia fa ricorso al diritto derivato di *nuova generazione*, in particolare quando concepito in modo da tener maggiormente in conto le esigenze di tutela dei diritti fondamentali secondo gli imperativi posti dalla Carta di Nizza. Ciò senza negare che l'affermazione in termini generali della necessità di bilanciamento non solleva l'interprete dalla necessità di condurlo in concreto in base alle necessità specifiche del caso e dei diritti in gioco.

5. Le limitazioni al diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale

Particolarmente delicate si rivelano le limitazioni poste all'esercizio dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, che tutela il diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale, di cui la Corte di giustizia dell'UE ha avuto occasione di occuparsi in diversi ambiti. Già prima dell'acquisizione da parte della CDFUE di valore giuridico pari a quello dei Trattati, i Giudici di Lussemburgo si sono pronunciati sull'impugnazione di misure per la lotta al terrorismo, adottate dal Consiglio dell'UE in attuazione di Risoluzioni del Consiglio di sicurezza ONU. I soggetti destinatari delle misure, i cui fondi erano stati congelati, avevano visto altresì compressi i propri diritti di difesa. In particolare venivano contestate le limitazioni al diritto d'accesso ai documenti sulla base dei quali i

[154] Sentenza del 24 settembre 2019, causa C-136/17, *GC et al. c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, ECLI:EU:C:2019:773, punti 58 ss.

[155] Regolamento (UE) 2016/679, cit.

[156] Sentenza del 24 settembre 2019, causa C-136/17, *GC*, cit., punto 59.

destinatari stessi erano stati ritenuti legati ad organizzazioni terroristiche, nonché il fatto di non essere stati sentiti.

A tal proposito, la Corte di giustizia ha riconosciuto, nel primo episodio della c.d. *saga Kadi*, la necessità, al fine di garantire efficacia alle misure in questione, di preservarne l'effetto-sorpresa, nonché la sussistenza di ragioni che possano precludere l'ostensione di tutti i documenti e l'audizione dei destinatari delle misure stesse[157]. Cionondimeno, essa ha dichiarato che:

"[c]*iò non significa tuttavia, quanto all'osservanza del principio di tutela giurisdizionale effettiva, che misure restrittive quali quelle imposte dal regolamento controverso si sottraggano a qualsivoglia controllo del giudice comunitario in quanto si affermi che l'atto che le prevede riguarda la sicurezza nazionale e il terrorismo.*

Tuttavia, in casi simili, spetta al giudice comunitario attuare, nell'ambito del controllo giurisdizionale da esso esercitato, tecniche che consentano di conciliare, per un verso, le legittime preoccupazioni di sicurezza quanto alla natura e alle fonti di informazioni prese in considerazione nell'adottare l'atto di cui trattasi e, per altro verso, la necessità di concedere in maniera adeguata al singolo di beneficiare delle regole procedurali (v., in tal senso, Corte eur. D. U., sentenza Chahal c. Regno Unito del 15 novembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-V, § 131)"[158].

La Corte di giustizia, avendo constatato che anche nell'ambito dei ricorsi giurisdizionali (al Tribunale e poi in appello ad essa stessa) non erano state sanate in alcun modo le violazioni ai diritti della difesa dei soggetti che avevano impugnato le misure, considerava quindi le loro censure fondate[159] (punti 345-353).

Nella giurisprudenza successiva – già nel successivo episodio della *saga Kadi*, in cui si faceva già riferimento all'art. 52, par. 1 della CDFUE – la Corte di giustizia ha precisato che il rispetto del nucleo essenziale del diritto di difesa

[157] Sentenza *Kadi I*, cit., punti 340-342. Sulla *saga Kadi* ed in generale sul problema della tutela delle posizione dei singoli nell'ordinamento UE a fronte di sanzioni del Consiglio di sicurezza, v., *ex pluribus*, A. CIAMPI, *Individual Remedies Against Security Council Targeted Sanctions*, in *The Italian Yearbook of International Law*. Vol. XVII (2007), p. 55; E. CANNIZZARO, *Security Council Resolutions and EC Fundamental Rights: Some Remarks on the ECJ Decision in the* Kadi *case*, in *Yearbook of European Law*, 2009, p. 596; A. GIANELLI, La tutela dei diritti d*iritti dell'uomo nella lotta al terrorismo tra diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, in L.S. ROSSI (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali – Carta dei diritti UE e standards internazionali* – atti del XV Convegno SIDI, Bologna 10-11 giugno 2010, Napoli, 2011, p. 49 ss.; G. DE BURCA, *The European Court of Justice and the International Legal Order afret* Kadi, in *Harvard International Law Journal*, 2010, p. 1; A. GIANELLI, *Exit Kadi*, in *Rivista di diritto internazionale*, 4/2013, p. 1244; M. MARCHEGIANI, *Il principio di protezione equivalente nel caso* Kadi, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1/2014, p. 169; M. AVBELJ, F. FONTANELLI, G. MARTINICO, Kadi *on Trial*, London, 2014; F. GRAZIANI, *La sentenza* Kadi II *della Corte di giustizia e i suoi effetti sui sistemi sanzionatori mirati dell'Unione europea*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, Napoli, 2014, p. 319; L. GRADONI, Raccontare *Kadi dopo Kadi II : perché la Corte di giustizia dell'Unione europea non transige sul rispetto dei diritti umani nella lotta al terrorismo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3/2013, p. 587.

[158] Sentenza *Kadi I*, cit., punti 343-344.

[159] Sentenza *Kadi I*, cit., punti 345-353.

impone che le Istituzioni comunichino ai destinatari delle misure le motivazioni di cui esse dispongono (nella misura in cui siano condivise dal Comitato per le sanzioni dell'ONU) a sostegno degli atti restrittivi, in modo da consentire ai destinatari medesimi una valutazione sull'opportunità di contestare in giudizio gli atti adottati. Allo stesso modo, queste pur essenziali motivazioni mettono in grado il Tribunale e poi eventualmente la Corte di giustizia di svolgere il dovuto sindacato giurisdizionale[160].

Le acquisizioni della giurisprudenza sul punto sono ben sintetizzate nella sentenza *ZZ*[161], resa poco prima della pronuncia nel caso *Kadi II* e relativa alle limitazioni all'esercizio dei diritti di cui all'art. 47 della CDFUE in relazione ad un divieto di ingresso sul territorio di uno Stato membro a carico di un cittadino dell'UE. Alcune specificità del caso concreto lo differenziano pertanto da quelli della *saga Kadi*, inclusa la diversa finalità di interesse generale posta a fondamento delle misure restrittive, qui individuata nel sicurezza dello Stato, nonché il diritto derivato rilevante: qui veniva in questione in particolare una decisione di diniego di ingresso adottata ai sensi dell'art. 27 della Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri[162]. La Corte di Lussemburgo si sforza, in un lungo e articolato passaggio della pronuncia, di trovare un punto di equilibrio tra la riservatezza della documentazione, la cui divulgazione porterebbe un attentato alla sicurezza dello Stato, e i diritti della difesa, dando dettagliate indicazioni al giudice del rinvio sull'iter logico da compiere nell'ambito del suo giudizio e sottolineando quali aspetti debbano essere disciplinati dalla normativa nazionale [163]. Giunta in particolare al nodo

[160] Sentenza del 18 luglio 2013, cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, *Commissione europea et al. c. Yassin Abdullah Kadi (Kadi II)*, ECLI:EU:C:2013:518, punti 111-114 e *passim*.

[161] Sentenza del 4 giugno 2013, causa C-300/11, *ZZ c. Secretary of State for the Home Department*, ECLI:EU:C:2013:363. Cfr. N. DE BOER, *Secret evidence and due process rights under EU law:* ZZ, in *Common Market Law Review*, 4/2014, p. 1235.

Per un caso riguardante lo statuto dei funzionari in cui si ragiona sulla possibilità – per la Corte di giustizia ammissibile in astratto, ma praticabile in concreto a fronte di un accurato giudizio di bilanciamento – di procedere senza audizione dell'interessato alla revoca della sua immunità (poiché con l'audizione sarebbe pregiudicato il segreto istruttorio), v. sentenza del 18 giugno 2020, causa c-831/18 P, *Commissione europea c. BQ*, ECLI:EU:C:2020:481, punti 71 ss.

[162] Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (GU L 158, pag. 77, nonché – rettifiche – GU L 229, pag. 35, e GU 2005, L 197, pag. 34).

[163] Il giudice nazionale dovrà ovviamente nel suo accertamento applicare le norme procedurali nazionali. Come si vedrà, la Corte di giustizia ha avuto recentemente modo di tornare sull'autonomia

dell'incidenza che la non ostensione di certi documenti può avere sul diritto di difesa, essa si rimette all'apprezzamento del giudice nazionale[164]. Certamente sul punto influisce anche l'assetto delle norme procedurali domestiche delle quali non può che restare *dominus* il giudice nazionale e, d'altra parte, è difficile trovare in via astratta un punto di equilibrio cui ci si possa riferire in ogni possibile caso. Il rispetto del diritto di difesa in situazioni come quelle descritte resta pertanto un problema aperto.

Anche nel campo della protezione dei dati personali, la Corte di giustizia si è occupata di alcune limitazioni poste all'esercizio dei diritti di cui all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali.

Nel già menzionato caso *Schrems I*, la Corte di giustizia ha avuto modo di misurarsi con una negazione radicale di tutela sia sostanziale, che giurisdizionale (riverberantesi a sua volta sul piano sostanziale). Essa ha affermato che

> "*una normativa che non prevede alcuna possibilità per il singolo di avvalersi di rimedi giuridici al fine di accedere a dati personali che lo riguardano, oppure di ottenere la rettifica o la soppressione di tali dati, non rispetta il contenuto essenziale del diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva, quale sancito all'articolo 47 della Carta*"[165].

Come a suo tempo riportato, si tratta del primo caso di rilevata compressione del nucleo essenziale di un diritto, con conseguente violazione dei termini di ammissibilità di limitazioni a diritti fondamentali ai sensi dell'art. 52, par. 1 CDFUE.

Stessa sorte nel caso *Schrems II* hanno avuto le limitazioni ai diritti protetti dall'art. 47 CDFUE previste nella decisione della Commissione sullo scudo UE-USA per la privacy, che pure in taluni casi non prevedevano alcun accesso ad un giudice, ma solo al Mediatore dello scudo per la privacy. Tale ultima figura, nominata dal Segretario di Stato statunitense, risultava in sostanza inquadrato nella struttura cui questi è a capo, non potendo vantare nessuna reale indipendenza nei confronti dello stesso Segretario di Stato[166].

Altre interessanti questioni sono state oggetto di scrutinio sempre nell'ambito della tutela dei dati personali, l'imposizione di un obbligo di previo esaurimento dei ricorsi amministrativi al fine di poter adire il Giudice competente. La regola del previo esaurimento dei ricorsi amministrativi è stata considerata ammissibile solo qualora non pregiudichi in maniera sostanziale il diritto di accesso al Giudice e non ne ritardi troppo l'esercizio, provochi la sospensione

procedurale degli Stati membri nell'ambito dell'applicazione dell'art. 52, par. 1 della CDFUE: v. *infra*, § 7.

[164] Sentenza *ZZ c. Secretary of State for the Home Department* cit., punti 53-68. Il passaggio in questione è preceduto, al punto 51, dal richiamo all'art. 52, par. 1 CDFUE.

[165] Sentenza *Schrems I*, cit. punto 95.

[166] Sentenza *Schrems II*, cit. punti 186 ss.

della prescrizione dei relativi diritti e non comporti un eccessivo onere economico. La Corte di giustizia ha poi affermato che un rigetto non possa essere opposto da parte del responsabile della protezione dei dati all'utilizzo di determinate prove, salvo che la possibilità di un siffatto rigetto sia prevista dalla normativa nazionale e contemporaneamente non violi il contenuto essenziale dell'art. 47 della CDFUE e il principio di proporzionalità[167].

Infine, limitazioni al godimento dei diritti sanciti dall'art. 47 della CDFUE sono state analizzate dalla Corte di giustizia anche nell'ambito delle norme in materia di protezione dell'ambiente. Nella sentenza *Protect Natur*[168], la Corte di giustizia ha considerato non conforme al principio di proporzionalità, in quanto eccessivamente limitativa del diritto ad un ricorso effettivo, l'applicazione di una normativa procedurale nazionale che dava vita ad "*una situazione quantomeno equivoca*", in virtù della quale non era chiaro quali passi nell'ambito del procedimento amministrativo dovessero essere compiuti, da un'organizzazione attiva nella protezione dell'ambiente nel particolare settore considerato, al fine di poter poi impugnare in giudizio l'atto amministrativo adottato in esito a quel procedimento[169].

I diritti protetti dall'art. 47 CDFUE hanno la particolarità di essere diritti il cui esercizio si svolge e quindi si misura essenzialmente nella sede giudiziale. Ciò li rende più *prossimi* alla stessa Corte di giustizia. Allo stesso modo, il loro rispetto è la chiave per assicurare tutela a tutti gli altri diritti, anche non fondamentali: una serie di casi particolarmente delicati e noti – primi tra tutti quelli della *saga Kadi* – hanno posto all'attenzione di interpreti e commentatori la delicatezza di una serie di snodi attraverso cui passa la tutela dei diritti di cui all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali. L'insieme di queste circostanze ha condotto i Giudici di Lussemburgo ad un'elaborazione più consapevole con riguardo alla sostanza dei diritti in questione e può affermarsi che solo in questo caso esiste una ricognizione, come quella presente nella sentenza *ZZ*, del nucleo di posizioni procedurali da preservare affinché sia garantito il diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale.

[167] Sentenza del 27 settembre 2017, causa C- 73/16, *Peter Puškár c. Finančné riaditeľstvo Slovenskej republiky e Kriminálny úrad finančnej správy*, ECLI:EU:C:2017:725, punti 62 ss.

Per un altro caso di limitazione all'art. 47 della CDFUE imposto da una legislazione nazionale in materia di appalti che prevedeva la costituzione di una garanzia di "buona condotta" al fine di poter presentare ricorso in sede giurisdizionale – e giudicata dalla Corte di giustizia rispettosa degli standard di cui all'art. 52, par. 1 della Carta di Nizza – v. la sentenza del 15 settembre 2016, cause riunite C-439/14 e C-488/14, *SC Star Storage SA et al. c. Institutul Naţional de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI) e a.*, ECLI:EU:C:2016:688, punti 52-62.

[168] Sentenza del 20 dicembre 2017, causa C-664/15, *Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation c. Bezirkshauptmannschaft Gmünd*, ECLI:EU:C:2017:987.

[169] Sentenza *Protect Natur*, cit., punti 90 ss.

6. La giurisprudenza in materia di limitazioni alla libertà personale

Il diritto alla libertà personale costituisce un banco di prova particolarmente significativo e senz'altro assai delicato per il regime relativo a possibili limitazioni.

La Corte di giustizia si è confrontata più volte con la definizione delle condizioni per la privazione della libertà personale e la sua giurisprudenza è ben sintetizzata nella sentenza *TC*[170], in cui si dibatteva della conformità con la decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo[171] della normativa olandese. Quest'ultima prevedeva, da un lato, la decadenza automatica del provvedimento privativo della libertà personale allo scadere di 90 giorni senza la possibilità di adozione di adeguate misure in caso di pericolo di fuga. Dall'altro, la possibilità di proroga del termine veniva interpretata in maniera non uniforme dalla giurisprudenza, in particolare nei casi di sospensione per presentazione di un rinvio pregiudiziale alla stessa Corte di Lussemburgo, o per attesa dell'esito di una procedura pregiudiziale in corso, nonché di rinvio della decisione a fronte del rischio concreto che il soggetto potesse essere sottoposto nel Paese emittente a condizioni detentive inumane o degradanti.

I Giudici di Lussemburgo, riprendendo l'interpretazione dell'art. 5 CEDU – disposizione corrispondente al'art. 6 CDFUE[172] – offerta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, hanno sottolineato come l'accessibilità, precisione e prevedibilità delle norme sulla privazione della libertà personale siano beni imprescindibili. Su tale base, non è stata giudicata accettabile un'applicazione oscillante, come nel caso di specie[173].

D'altro canto, la Corte di giustizia ha stabilito che la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo "osta" ad una normativa come quella olandese che prevede un obbligo generale ed incondizionato di rimessa in libertà dopo il termine di 90 giorni anche in caso di elevato rischio di fuga "*che non può essere ridotto a un livello accettabile mediante l'imposizione di misure adeguate*"[174].

Peraltro, in relazione all'esecuzione di un mandato d'arresto europeo, la Corte di giustizia aveva già indicato quali verifiche dovessero essere effettuate

[170] Sentenza del 12 febbraio 2019, causa C-492/18 PPU, *TC*, ECLI:EU:C:2019:108.

[171] Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (GU 2002, L 190, pag. 1).

[172] La Corte di giustizia ricorda in queste occasioni che è la stessa Carta di Nizza, in virtù dell'art. 52, par. 3, a prescrivere un'interpretazione equivalente a quella delle corrispondenti norme CEDU, salvi standard più elevati che possano essere riconosciuti nell'ambito dell'ordinamento dell'UE.

[173] Sentenza *TC*, cit., punti 56-60.

[174] Sentenza *TC*, cit., punto 63.

dall'Autorità giudiziaria al fine di poter prolungare la custodia oltre il termine previsto[175], chiarendo in particolare che essa deve tener conto

"*di tutti gli elementi pertinenti al fine di valutare la giustificazione della durata del procedimento, segnatamente, l'eventuale inerzia delle autorità degli Stati membri interessati e, se del caso, il contributo del ricercato a tale durata. Parimenti, si dovrà tener conto della pena cui si espone il ricercato o della pena al medesimo inflitta relativamente ai fatti che hanno giustificato l'emissione del mandato d'arresto europeo nei suoi confronti, nonché dell'esistenza di un rischio di fuga*"[176].

Conclusivamente in tema di giurisprudenza sulla libertà personale, è da segnalare che la Corte di giustizia ha considerato valido l'art. 8 della direttiva accoglienza[177], laddove consente agli Stati membri di trattenere un richiedente protezione internazionale se necessario per verificarne l'identità e la cittadinanza, per determinare elementi relativi alla sua domanda verificabili solo col trattenimento in particolare in presenza di pericolo di fuga, o se imposto da motivi di sicurezza nazionale e ordine pubblico. Per la Corte di giustizia risulta chiaro il perseguimento di finalità di interesse generale, nonché il fatto che si tratta di limitazioni conformi al principio di proporzionalità[178].

Quello considerato nel presente paragrafo è senz'altro uno degli ambiti in cui la maturazione della Corte di giustizia, sotto lo stimolo di problemi per essa delicati e nuovi, è più evidente. Ciò è dovuto senza dubbio all'attinenza del diritto alla libertà personale ad un nucleo di posizioni giuridiche la cui tutela è, in tutti gli ordinamenti occidentali, particolarmente intensa e si ritrova ad essere *remoto* rispetto agli ambiti di tutela tipici delle libertà economiche tradizionalmente nelle corde dei Giudici di Lussemburgo. Con la copertura della giurisprudenza di Strasburgo, la Corte di giustizia si è avventurata su questo terreno nuovo con accortezza e metodo, definendo con una certa meticolosità, come visto, quali restrizioni siano tollerabili nei diversi casi.

7. Limitazioni ai diritti fondamentali, autonomia procedurale degli Stati membri e primato del diritto dell'UE nella recente sentenza *Deutsche Umwelthilfe eV* c. *Freistaat Bayern*

Un processo di maturazione è certamente rivelato da quei casi in cui la Corte di giustizia è chiamata a fronteggiare fattispecie in cui si intrecciano in maniera inedita diversi istituti propri del diritto dell'UE. Pertanto merita una

[175] Sentenza del 16 luglio 2015, C-237/15 PPU, *Minister for Justice and Equality c. Francis Lanigan,* ECLI:EU:C:2015:474, punti 57-61.

[176] Sentenza *Lanigan*, cit., punto 59.

[177] Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (GU 2013, L 180, pag. 96).

[178] Sentenza del 14 settembre 2017, causa C-18/16, *K. contro Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, punti 34 ss.

trattazione specifica – cui si dedica spazio qui, per evidenziare il suo costituire uno sviluppo particolarmente avanzato delle evoluzioni descritte nei paragrafi precedenti – la sentenza della Corte di giustizia del 19 dicembre 2019, *Deutsche Umwelthilfe*[179]. Veniva in questione il rifiuto del *Freistaat Bayern* (Land Baviera, Germania) di conformarsi ad una sentenza passata in giudicato, che avrebbe previsto una modifica ai piani di circolazione al fine di rispettare i parametri per la qualità dell'aria come stabiliti dalla direttiva 2008/50/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa alla qualità dell'aria ambiente e per un'aria più pulita in Europa[180]. Nell'ambito domestico si rivelavano infruttuose la minaccia e l'irrogazione di penalità, mentre, in base agli orientamenti della giurisprudenza nazionale, la pena detentiva volta alla coercizione all'adempimento, pur prevista in linea generale, non risultava applicabile al caso specifico. La Corte di giustizia veniva tra l'altro interrogata sull'esistenza – ai sensi della giurisprudenza sul primato del diritto dell'UE – di un obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la norma interna, ovvero la sua interpretazione – che lo stesso giudice peraltro considerava conforme alla propria Costituzione – al fine di rendere applicabile una sanzione effettivamente efficace.

La Corte di giustizia riconosce che tanto la giurisprudenza sul primato, che il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 47 CDFUE incontrano un limite, nel quadro dell'art. 52, par. 1 della Carta di Nizza, nel diritto che la stessa garantisce all'art. 6, ovverosia il diritto alla libertà e alla sicurezza[181]. La Corte di Lussemburgo riprende quindi l'idea secondo cui le norme che consentono al giudice di applicare misure restrittive della libertà personale devono essere accessibili, precise e prevedibili[182]. Essa riconosce altresì che il medesimo criterio si applica quando la restrizione della libertà discenda dall'inottemperanza ad una decisione giudiziaria, senza che sia rilevante il fatto che il soggetto possa evitare siffatta restrizione conformandosi all'obbligo statuito dall'Organo giudicante nazionale nella decisione in questione o in una successiva[183]. È infine rimandato al giudice del rinvio di valutare la normativa nazionale alla

[179] Sentenza della Corte di giustizia del 19 dicembre 2019, causa C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe eV c. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:1114.

[180] Direttiva 2008/50/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa alla qualità dell'aria ambiente e per un'aria più pulita in Europa (GU 2008, L 152, pag. 1).

[181] Sentenza *Deutsche Umwelthilfe eV c. Freistaat Bayern*, punti 42-45.

[182] Sentenza *Deutsche Umwelthilfe eV c. Freistaat Bayern*, punto 46. Oltre a richiamare la giurisprudenza qui già citata (v. *supra*, § 6), preme ricordare che la Corte di Lussemburgo, nel tratteggiare i canoni indicati nel testo, si rifà alla sua sentenza del 15 marzo 2017, causa C-528/15, *Al Chodor*, EU:C:2017:213, punti 38 e 40 e riprende la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare la sentenza del 21 ottobre 2013, Del Río Prada c. Spagna (CE:ECHR:2013:1021JUD004275009).

[183] Sentenza *Deutsche Umwelthilfe eV c. Freistaat Bayern*, punto 47.

luce dei criteri testé sintetizzati, non rinunciando tuttavia la Corte di Lussemburgo a registrare che sulla possibilità per detta normativa di superare il *test* in questione in udienza erano emersi dei "*dubbi*"[184].

Lo scetticismo della Corte del *Kirchberg* sulla possibilità di ricorrere a misure privative della libertà personale riemerge allorché, in relazione al rispetto del principio di proporzionalità, essa ricorda che la relativa valutazione

"(…) *dev'essere effettuata nel rispetto della necessaria conciliazione tra i requisiti connessi alla tutela di questi diversi diritti e di un giusto equilibrio tra di essi (v., in tal senso, sentenza del 22 gennaio 2013, Sky Österreich, C-283/11, EU:C:2013:28, punto 60 e giurisprudenza citata).*

Orbene, occorre considerare che, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 86 delle sue conclusioni, poiché la pronuncia di una pena detentiva comporta una privazione della libertà personale, essa deve essere applicata solo qualora non esista alcuna misura meno restrittiva atta a consentire di raggiungere l'obiettivo perseguito. Spetta quindi al giudice del rinvio verificare se la legge nazionale che disciplina l'esecuzione forzata possa essere interpretata conformemente al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva nel senso che autorizzerebbe tale giudice ad adottare misure che non violano il diritto alla libertà, come quelle menzionate al punto 40 della presente sentenza"[185].

In sostanza, nella pronuncia in questione, la Corte di giustizia finisce per temperare il proprio approccio in tema di ricorso a rimedi effettivi che non sarebbero in principio previsti dal diritto nazionale e ciò alla luce del rispetto dei criteri di cui all'art. 52, par. 1 della Carta di Nizza, rimettendo peraltro le relative valutazioni al giudice del rinvio. Da tale punto di vista, la sentenza *Deutsche Umwelthilfe eV c. Freistaat Bayern* tende a rendere meno *intrusivo* il diritto dell'UE rispetto all'autonomia procedurale degli Stati membri[186] e, in tale contesto, finisce altresì per *moderare* il principio del primato.

[184] Sentenza *Deutsche Umwelthilfe eV c. Freistaat Bayern*, punto 48.

[185] Sentenza *Deutsche Umwelthilfe eV c. Freistaat Bayern*, punti 50-51. Il punto 40 recita:

"*A tal fine, spetta a detto giudice verificare, prendendo in considerazione l'intero diritto nazionale e applicando le modalità interpretative da esso riconosciute, se possa giungere ad un'interpretazione di tale diritto che gli consenta di applicare misure coercitive efficaci per garantire l'esecuzione, da parte delle autorità pubbliche, di una sentenza definitiva, come, in particolare, penalità di importo elevato, ripetute a breve scadenza, e il cui pagamento non vada alla fine a vantaggio del bilancio da cui provengono*". Tale punto è preceduto dall'osservazione della Corte di giustizia secondo cui il giudice nazionale, sulla base della sua giurisprudenza, deve interpretare il proprio diritto nazionale in maniera conforme "*sia agli obiettivi dell'articolo 9, paragrafi 3 e 4, della Convenzione di Aarhus, sia agli obiettivi di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione*" (punto 39).

[186] Cfr. i noti principi di effettività ed equivalenza, alla base del rapporto tra diritto dell'UE e autonomia procedurale nazionale, richiamati al punto 33:

"(…) *in mancanza di armonizzazione dei meccanismi nazionali di esecuzione forzata, le modalità della loro attuazione rientrano nella competenza dell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in forza del principio di autonomia processuale di questi ultimi. Nondimeno, tali modalità devono soddisfare la doppia condizione di non essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe soggette al diritto nazionale (principio di equivalenza) e di non rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dal diritto dell'Unione (principio di effettività) (sentenza del 26 giugno 2019, Kuhar, C-407/18, EU:C:2019:537, punto 46 e giurisprudenza ivi citata)*".

Infine, la Corte di giustizia – alla luce della situazione di stallo che sembra consolidarsi alla luce di quanto da essa stessa statuito – ricorda che le violazioni da parte delle Autorità pubbliche emergenti nel caso in questione potrebbero essere oggetto di richiesta di risarcimento da parte dei soggetti che a causa di queste abbiano subito un danno, nonché di procedura di infrazione nei confronti dello Stato[187].

Deutsche Umwelthilfe eV c. Freistaat Bayern è una pronuncia *al limite*: in essa si misurano i limiti di efficacia ed effettività dei rimedi nazionali e, al medesimo tempo, vengono in questione problemi di limitazioni ai diritti fondamentali che, a loro volta, possono fondare limitazioni ai principi dell'autonomia procedurale e del primato. In essa si trova un buon esempio di come alcuni istituti tipici e fondanti del diritto dell'UE si trovino ad essere riletti alla luce dell'interazione con la problematica dei limiti ai diritti fondamentali e con la pratica del loro esercizio.

8. Quattro proposte di lettura della giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali

La corposa giurisprudenza fin qui analizzata può prestarsi ad essere interpretata in molti modi diversi. Si avanzeranno qui brevemente quattro ipotesi di lettura di tipo diverso, al fine di aiutare a tracciare un primo bilancio dell'applicazione della fondamentale clausola di garanzia di cui all'art. 52, par. 1 della Carta di Nizza.

In primo luogo, sul piano storico si nota, come si è già a più riprese accennato,un'evoluzione nell'approccio della Corte di giustizia, che è andata sviluppandosi almeno su due piani.

Il primo piano è quello relativo al rapporto tra la natura e il tipo di restrizioni ai diritti fondamentali volta per volta analizzati con il settore normativo europeo nell'ambito della cui attuazione le dette restrizioni erano previste o venivano a crearsi. Nella prima fase – iniziata, come visto, ben prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, con la conseguente equiparazione del valore giuridico della Carta di Nizza a quello dei Trattati istitutivi dell'UE –, questioni di limitazione dei diritti fondamentali si sono essenzialmente poste in relazione al funzionamento del mercato interno. Si trattava cioè di conflitti di natura simile a quelli che avevano dato origine alla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo che aveva dato ingresso alla tutela dei diritti fondamentali nel diritto dell'UE in una fase, guardata oggi, pioneristica. Si tratta, come efficacemente notato in dottrina, di conflitti fra diritti e libertà (di circolazione, alla base del funzionamento del mercato interno) "entrambi fondamentali nella

[187] Sentenza *Deutsche Umwelthilfe eV c. Freistaat Bayern*, punti 53-54.

giurisprudenza della Corte di giustizia"[188]. L'interazione tra funzionamento del mercato interno e tutela dei diritti fondamentali è assai complessa e non è qui possibile analizzarne tutte le pieghe. Ai limitati fini di questo studio, è tuttavia importante sottolineare come l'analisi delle restrizioni alle libertà fondamentali e l'applicazione del *test* sulla loro ammissibilità, che fa leva, in particolare, sul rispetto del principio di proporzionalità, abbia fornito alla Corte di giustizia il paradigma di base utilizzato poi per l'ammissibilità delle limitazioni ai diritti fondamentali. Inoltre, la Corte di giustizia si è impegnata in un'opera di *disvelamento*, come si è visto[189], della sostanza di diritti fondamentali nascosti negli elementi che venivano ad essere rilevanti nell'ambito di giudizi di bilanciamento, che si sono proposti in varie occasioni. In tale contesto peraltro la valorizzazione dell'art. 16 CDFUE sulla libertà d'impresa può venire in rilievo in diverse situazioni di applicazione delle libertà fondamentali e far acquisire a posizioni legate al funzionamento del mercato interno un rango che ad esse non era in precedenza riconosciuto.

Il secondo piano di sviluppo della giurisprudenza riguarda invece la nozione di bilanciamento, emersa nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo ancora nell'ambito della dialettica tra mercato interno e diritti fondamentali, in particolare dal confronto tra le libertà di circolazione e i diritti fondamentali. La necessità di un bilanciamento non ha quindi colto di sorpresa la Corte di giustizia, quando essa è stata chiamata ad operarlo in maniera via via più frequente e sistematica. L'utilizzo del canone della necessità – in particolare nella messa a fuoco della necessità di una restrizione –, familiare in quanto basilare nell'ambito del giudizio di proporzionalità, si è ben prestato ad offrire un primo appiglio per i giudizi di bilanciamento tra diritti fondamentali ugualmente degni di protezione. In alcune delle sentenze successive all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, com'è stato rilevato, la motivazione offerta dalla Corte è stata più stringata, andando successivamente irrobustendosi, sia in virtù di un'elaborazione più consapevole, sia sotto la necessità di affrontare questioni man mano più delicate e complesse.

In secondo luogo, è possibile osservare, come ulteriore sviluppo dei fenomeni evolutivi testé tratteggiati, che la Corte di giustizia ha dovuto confrontarsi con competenze dell'Unione che si sono allargate fino a materie per essa *nuove*. Così la Corte di giustizia è stata portata a confrontarsi con realtà giuridiche che per lungo tempo erano rimaste non coperte dalla sua giurisdizione, se non incidentalmente o indirettamente, come quelle relative, ad esempio, alla

[188] Così R. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri?*, in L.S. ROSSI (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali – Carta dei diritti UE e standards internazionali* – atti del XV Convegno SIDI, Bologna 10-11 giugno 2010, Napoli, 2011,p. 359, spec. 361 ss.

[189] V. *supra*, § 3.

privazione della libertà personale. In molte delle sentenze analizzate ed in particolare in quelle riguardanti queste materie nuove, risulta evidente il debito contratto nei confronti della CEDU e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Se ciò risulta in certo senso naturale in virtù dell'equivalenza di cui all'art. 52, par. 3 CDFUE, sembra vero che i Giudici del *Kirchberg* siano ancora lontani dalla voglia, o forse dalla possibilità di emanciparsi dalla *paternità* della Corte di Strasburgo. Con ciò vuol dirsi che non soltanto resta sostanzialmente inesplorato il territorio, pur aperto dallo stesso art. 52, par. 3, di tutele dei diritti fondamentali più ampie nell'ordinamento dell'Unione, ma anche che una siffatta più ampia tutela aprirebbe di necessità – nel contesto del bilanciamento con altri diritti – il problema della definizione di nuovi equilibri. È possibile che, forse per il bene della coerenza delle tutele nei due sistemi UE e CEDU, la Corte di giustizia non si sia voluta, almeno per ora, avventurare in questo esercizio.

In terzo luogo, in relazione a diritti legati alla tutela di posizioni nei confronti delle autorità giudiziarie o amministrative, si è sviluppata la problematica del confronto con le regole procedurali nazionali. La Corte di giustizia si è richiamata ai classici schemi dell'autonomia procedurale. Inoltre, su questo terreno come su quello dell'interpretazione e dello sfruttamento delle possibilità di tutela offerte dall'ordinamento giuridico nazionale, si è assistito ad una crescente responsabilizzazione dei giudici nazionali. Ciò risulta conforme ad una tendenza più generale[190]. La Corte di giustizia si mostra conscia, come rilevato in particolare nel caso *ZZ*, della delicatezza dei compiti sovente affidati ai giudici nazionali. È del resto anche di fronte ad essi che devono risolversi i problemi relativi ai limiti di applicazione del diritto procedurale nazionale, nonché, di primato del diritto dell'Unione, come dimostrato dal caso *Deutsche Umwelthilfe*. In sostanza, la questione, cruciale, dei limiti ai diritti fondamentali sembra sia in grado di rimettere in movimento assetti consolidati, senza apparentemente aver destato la dovuta attenzione.

In quarto e ultimo luogo, si nota come la Corte di giustizia non si sia mai impegnata nell'opera di definire cosa debba intendersi per limitazione all'esercizio di un diritto fondamentale. Difficilmente in sede di applicazione giudiziale può esserci lo spazio – e forse la necessità – di interrogarsi in termini generali su una siffatta questione. Cionondimeno, in relazione ai singoli diritti la soluzione della questione in parola non è priva di risvolti pratici, giacché essa va di pari passo con la definizione dell'estensione del corrispondente diritto. Laddove infatti non può essere accampata la pretesa di esercitare un certo

[190] Si è ad esempio altrove notato come essa emerga anche nel settore della concorrenza: sia consentito rinviare a R. CISOTTA, *The Evolving Framework for Antitrust Damages Actions and Collective Redress in the European Union: a First Assessment*, in *Diritto del commercio internazionale*, 3/2014, p. 709, spec. 727 ss.

diritto fondamentale non potrebbe logicamente parlarsi di sua limitazione. In questa questione inoltre, a ben vedere, possono nascondersi problemi anche più sottili, che finiscono per poter incidere sulla definizione di un determinato diritto anche rispetto ad altre posizioni *confinanti* e facenti capo ad altri soggetti che, come si è visto, costituiscono uno dei possibili fondamenti di limitazioni ammessi dall'art. 52, par. 1 CDFUE. Tornando al parallelo con le restrizioni alle libertà fondamentali, può notarsi come in quei casi la Corte sia più attenta ad accertare, dal punto di vista economico (anche se talvolta ricorrendo a presunzioni), l'esistenza di una restrizione. Rispetto ai diritti fondamentali un'opera del genere potrebbe essere a volte più delicata, altre volte non molto utile. L'atteggiamento della Corte di giustizia sul punto è infatti in realtà almeno in parte giustificabile con la sua posizione e con la struttura del suo contenzioso, che la mette di fronte in molti casi con problematiche emerse a livello nazionale, ove l'esistenza di una limitazione ai diritti fondamentali è già accertata, o è talvolta di palmare evidenza. Ciò non toglie che un progressivo avvicinamento al problema definitorio in generale – delle posizioni tutelate e delle restrizioni – sia in prospettiva desiderabile. Ad esso non possono infatti non essere legate esigenze imprescindibili di tutela della certezza del diritto che – benché come chiarito fin dalle battute iniziali non riesca ad essere in assoluto garantita nella materia che qui ci occupa – resta nondimeno un'esigenza di primaria importanza.

9. …uno sguardo in avanti

Nel presente momento la pandemia da COVID-19 sta mettendo a dura prova, insieme alle esistenze di milioni di donne e uomini, anche la sanità e molte altre strutture sociali ed economiche. Per ridurre i contagi, sono state adottate in diverse occasioni misure restrittive di diversi diritti fondamentali, tra cui la libertà di movimento, la libertà di impresa, il diritto all'istruzione e il diritto al rispetto della vita privata e familiare[191].

[191] Fin da subito le misure adottate sono state oggetto di riflessione da parte degli osservatori più attenti. Cfr. ad es., in particolare da prospettive di diritto costituzionale T. EPIDENDIO, Il diritto nello "stato di eccezione" ai tempi dell'epidemia da coronavirus, in *Giustizia insieme*, 30 marzo 2020, disponibile on-line: https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/957-il-diritto-nello-stato-di-eccezione-ai-tempi-dell-epidemia-da-coronavirus; Diritti fondamentali: nessun diritto fondamentale vale senza limiti", intervista a J. Habermas e K. Günther, in *Giustizia insieme*, 30 maggio 2020, disponibile on-line: https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1126-diritti-fondamentali-nessun-diritto-fondamentale-vale-senza-limiti-di-juergen-habermas-e-klaus-guenther-2; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza, in* "*Liber Amicorum* Costanzo", http://www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/luciani_scrittiCostanzo.pdf; G. PITRUZZELLA, *La società globale del rischio e i limiti alle libertà costituzionali – Brevi riflessioni a partire dal divieto di sport e attività motorie all'aperto*, in *Giustizia insieme*, 20 marzo 2020, disponibile on-line: https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/941-la-societa-globale-del-rischio-e-i-limiti-alle-liberta-costituzionali-brevi-riflessioni-a-partire-dal-divieto-di-sport-e-attivita-

L'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali fornirà la guida per vagliare l'ammissibilità di siffatte restrizioni tutte le volte che sarà applicabile la Carta dei diritti fondamentali (ai sensi del suo art. 51)[192]. Per giustificarle, è stata invocata a più riprese l'eccezionalità e la straordinarietà delle condizioni in cui esse sono state adottate, circostanze che non potranno evidentemente non avere un peso.

Tra le molte altre questioni che potrebbero essere sollevate, vi è quella, a cui può farsi cenno in via esemplificativa della complessità dei problemi sottostanti la gestione dell'attuale situazione, della giustificazione su basi scientifiche delle misure restrittive in questione. Anche tale giustificazione è stata ripetutamente invocata in occasione della messa in campo di limitazioni di vario genere. La sua sussistenza appare a volte difficile da verificare, sia perché le conoscenze scientifiche sono andate progredendo in modo spesso incerto, sia perché non è sempre stato chiaro in quale misura gli esponenti del modo scientifico – a volte coinvolti anche formalmente nei processi decisionali a vari livelli, attraverso comitati o consulenze *ad hoc* – abbiano raccomandato, ovvero sconsigliato determinate misure.

In astratto potrebbero, rispetto ai parametri contenuti nell'art. 52, par. 1 CDFUE, immaginarsi due vie. La prima potrebbe consistere in una lettura rafforzata della riserva di legge, dovendo intendersi richiesta non soltanto l'adozione formale di un atto con forza di legge, ma anche la copertura di una giustificazione scientifica delle misure restrittive di diritti fondamentali imposte, acquisita nel corso dell'*iter* legislativo. Tale soluzione presenterebbe lo svantaggio di non offrire una soluzione sufficientemente determinata (in quanto il parametro andrebbe ricostruito di volta in volta), pretendendo peraltro di aggiungere un requisito procedurale che non è in effetti previsto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

La seconda via, probabilmente più appropriata, consiste nell'incorporare nei giudizi di proporzionalità e necessità l'accertamento della plausibilità scientifica dell'efficacia ed utilità delle misure adottate. Quale quindi che sia stato il passaggio formale nell'ambito del quale le raccomandazioni scientifiche siano entrate nel processo decisionale, il parametro si applicherebbe alla misura in

motorie-all-aperto; O. POLLICINO, F. RESTA, Data tracing, *no alle deleghe in bianco all'algoritmo*, in 24 marzo 2020, in *Corriere comunicazioni*, disponibile on-line: https://www.corrierecomunicazioni.it/privacy/data-tracing-no-a-deleghe-in-bianco-allalgoritmo/?fbclid=IwAR23FwtBF9IgSyQdFss6sDaOy6mBWeEZgQAtvyHkdYEr_YDiUMn6sPsxNYw.

[192] Cfr. ad esempio l'ordinanza del 10 dicembre 2020, causa C-220/20, XX c. OO, ECLI:EU:C:2020:1022 resa su rinvio pregiudiziale del giudice di pace di Lanciano. L'ordinanza dichiara irricevibili le domande sulla compatibilità con una serie di parametri di diritto dell'UE (tra cui varie disposizioni della CDFUE, ma non, almeno esplicitamente, l'art. 52, par. 1) di una serie di misure emergenziali adottate dal governo italiano, in particolare quelle che hanno bloccato molte attività giudiziarie.

sé. È del resto in tale contesto che la Corte di giustizia ha dato rilevanza all'accertamento della fondatezza scientifica di misure restrittive di diritti fondamentali[193]. La Corte di giustizia inoltre ha dato rilevanza nella sentenza *Schmidberger* alle modalità con le quali le autorità di uno Stato hanno gestito una situazione in cui era venuta a determinarsi – in quel caso per l'azione di privati – una restrizione all'esercizio di diritti fondamentali. Anche quindi la diligenza delle amministrazioni nell'alleviare per quanto possibile i disagi derivanti da compressioni all'esercizio di diritti fondamentali dovrebbe entrare in linea di conto. Si vive senz'altro in una stagione complessa per l'applicazione dell'art. 52, par. 1 CDFUE che chiamerà gli interpreti ad un arduo e delicato lavoro.

[193] Cfr. sentenza *F*, cit. V. *supra*, § 2.

RIFLESSIONI SU ALCUNE CONSEGUENZE ORDINAMENTALI PRODOTTE DALL'EMERGENZA COVID: DALLE LIMITAZIONI DELLE LIBERTÀ COSTITUZIONALI ALLA RIEMERSIONE DEL SISTEMA PARALLELO DI AMMINISTRAZIONE *EXTRA ORDINEM*

CARLO IANNELLO*

Sommario

1. Precisazione: è la necessità di tutelare la "salute pubblica" la causa legittimante la limitazione delle libertà costituzionali. – 2. L'assenza di una disciplina costituzionale dell'emergenza nella Costituzione italiana e la problematica questione della limitazione dei diritti fondamentali. – 2.1. La tradizionale risposta alle emergenze a cavallo tra decreti legge ed ordinanze "libere". – 3. La controversa legittimità costituzionale dei poteri *extra ordinem* tra l'opportunità della loro esistenza e la irresistibile tentazione della loro strumentalizzazione. – 4. I poteri di emergenza per la gestione della fase Covid e la loro discussa compatibilità con la Costituzione. – 5. I poteri del commissario all'emergenza e il ritorno al passato.

Abstract

The essay examines the debate about limits to civil rights, in ordinary and emergency periods, and analyzes, in particular, how the COVID-19 pandemic Emergency has impacted on individual freedoms and on compliance with constitutional principles in the matter of public administration.

Suggerimento di citazione

C. IANNELLO, *Riflessioni su alcune conseguenze ordinamentali prodotte dall'emergenza covid: dalle limitazioni delle libertà costituzionali alla riemersione del sistema parallelo di amministrazione extra ordinem*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Professore associato di Istituzioni di Diritto Pubblico nella Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".

Contatto: carlo.iannello@unicampania.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 1/2021
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Precisazione: è la necessità di tutelare la "salute pubblica" la causa legittimante la limitazione delle libertà costituzionali

Nella recente letteratura che sta approfondendo il conflitto attualmente in atto tra salute e libertà, conseguenza dell'emergenza sanitaria che dura da oramai un anno[1], così come nella (oramai copiosa) giurisprudenza in argomento, spesso si sono usati scambievolmente il concetto di diritto fondamentale alla salute e quello di tutela della salute pubblica, come se fossero fra di loro fungibili[2]; di modo che la tutela del diritto «fondamentale» finisce con l'apparire del tutto sovrapponibile alla tutela della salute pubblica, cioè della salute vista come «interesse della collettività» (e viceversa). Una tale rappresentazione, tuttavia, rischia di lasciare nell'ombra la circostanza, peraltro chiaramente espressa nel dettato costituzionale (art.32), che si tratta di due declinazioni del concetto di salute non solo profondamente diverse, ma che si pongono fra di loro in una relazione, perlomeno potenzialmente, conflittuale.

L'uso scambievole dei due concetti cui si è accennato deve essere pertanto una conseguenza della forza della tradizione che, soprattutto in un momento di crisi sanitaria come quello attuale, porta a considerare il concetto di salute nell'accezione con cui esso si si è imposto all'attenzione delle politiche pubbliche degli Stati moderni, cioè come tutela della salute pubblica.

Sembra pertanto opportuno chiarire il significato che il concetto di salute assume nell'economia dell'articolo 32 della Costituzione, che lo prende in considerazione in tre diverse declinazioni.

La prima è saldamente legata al modo tradizionale con cui gli ordinamenti statuali ne hanno declinato il concetto a partire dal Settecento, cioè come salute pubblica[3]. Questa idea rimanda a quel complesso sistema amministrativo di protezione della salute della collettività che gli Stati hanno costruito sulla base delle acquisizioni scientifiche in tema di diffusione delle malattie e riguarda tutte quelle misure volte alla loro prevenzione che gli studi di igiene di quegli stessi anni andavano via via scoprendo[4]. Questa prima e tradizionale accezione

[1] Sulle relazioni tra l'emergenza sanitaria e il sistema delle fonti cfr. il numero speciale del 2020 della rivista *Osservatorio sulle fonti* dal titolo *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza covid-19* e, in particolare, P. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di stato*, ivi, 295 e ss.; U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni,* ivi, 300 e ss.

[2] Cfr., ad esempio, M. PIERRI, *Il bilanciamento tra diritto alla salute e all'istruzione ai tempi del Covid-19, tra poteri del Governo e dei Governatori: il caso della Puglia*, in *Osservatorioaic.it*, 6/2020, pp. 121 ss. In giurisprudenza, tra le tante, cfr. T.A.R. Puglia (Lecce), sez. II, dec. 6 novembre 2020, n. 695, in *dirittifondamentali.it*.

[3] Sul punto cfr. A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà*, Milano, 2001, pp. 15 ss.

[4] Per questa concezione cfr., tra gli altri, S. LESSONA, *Trattato di diritto sanitario,* vol. I, Milano-Torino-Roma. 1914, nonché F. CAMMEO, *Sanità pubblica* in *Primo trattato completo di diritto amministrativo diretto da V. E. Orlando*, vol. IV, 1905, pp. 213 ss.

di salute ha posto le premesse affinché il settore pubblico, attraverso un apparato di polizia sanitaria, cominciasse ad occuparsi della salute dei cittadini, considerata come un elemento essenziale per la garanzia di un ordinato e proficuo sviluppo della società. Da questo punto di vista, il concetto di salute ha svolto una funzione antitetica rispetto a quello di libertà, nel senso che la salute pubblica, assurta ad interesse pubblico specificamente tutelato dal diritto sanitario, ha rappresentato una legittima causa di limitazione delle libertà individuali, peraltro anche molto penetrante[5].

Il risvolto novecentesco di questa concezione della salute è stata la sua individualizzazione, cioè la sua declinazione nei termini del diritto soggettivo alle cure. Un diritto individuale che è nato come diritto sociale, cioè come pretesa a una prestazione erogata dal servizio sanitario nazionale su base universalistica e in modo tendenzialmente gratuito. Anche tale aspetto è preso in considerazione dalla Carta costituzionale, nella misura in cui prevede il compito della Repubblica di garantire "cure gratuite agli indigenti". In questo modo la salute si è distaccata dalla dimensione, meramente oggettiva, che aveva in precedenza (perché coincideva con la tutela di un interesse della collettività) per incarnare anche le sembianze di un diritto soggettivo (cioè individuale) di carattere sociale. In questa dimensione sociale è ancora molto forte il nesso che lega le due menzionate declinazioni della salute: un efficiente servizio sanitario, infatti, se da un lato serve a garantire un diritto sociale a prestazione, dall'altro lato si pone in modo strumentale con la tutela della salute pubblica, come una sorta di suo completamento: quanto più è garantito l'accesso alle cure, tanto più efficacemente si tutelerà la salute pubblica.

La Costituzione repubblicana, tuttavia, e solo essa nel panorama del costituzionalismo del secondo dopoguerra, ha messo in primo piano una nuova e rivoluzionaria declinazione della salute, che si distacca in modo sensibile dalle due appena esaminate: quella di diritto fondamentale, declinato come libertà di autodeterminazione con riferimento alla piena disponibilità del proprio corpo da parte del malato[6]. Una declinazione, si badi, che si pone in una chiara relazione conflittuale con la tutela della salute pubblica. Il conflitto tra le due accezioni della salute, quella della libertà individuale e quella dell'interesse collettivo, è stato compiutamente bilanciato dal secondo comma dell'art. 32 Cost., sancendo la netta prevalenza della libertà. Per la Costituzione la salute è, prima di tutto, "un fondamentale diritto dell'individuo", cioè una vera e propria libertà individuale da tutelare rigorosamente. Lo statuto costituzionale della

[5] C. IANNELLO, *Salute e libertà. Il* fondamentale diritto *all'autodeterminazione individuale*, Napoli, 2020, pp. 1 ss.

[6] Cfr. S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e Fonti del biodiritto*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Vol. I, Milano, 2010, pp. 169 ss.

limitazione della libertà di auto-determinazione inerente la propria salute è, infatti, molto rigoroso: la 'libertà di salute'[7] può essere limitata, con l'imposizione di un obbligo, ma perché ciò possa avvenire non solo deve intervenire necessariamente la legge, ma questa legge è soggetta a un penetrante e invalicabile limite di carattere sostanziale, non potendo "in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana". Un limite assoluto, dunque, che testimonia limpidamente la superiorità che il rispetto della persona umana assume nel catalogo assiologico della Costituzione: non è consentita nessuna strumentalizzazione della persona per il raggiungimento di finalità di interesse collettivo. Per limitare la libertà individuale inerente la propria salute, stando alla costante giurisprudenza della Corte costituzionale, è pertanto necessario ricorrano due presupposti: al beneficio per la collettività deve accompagnarsi il beneficio individuale[8].

La dimensione collettiva della salute svolge, pertanto, la sua tradizionale funzione di limite rispetto alle altre libertà costituzionali, in modo molto diverso a seconda delle libertà costituzionali da comprimere: nella misura in cui la compressione si rivolge all'altra faccia della salute, cioè alla libertà di salute[9], gli spazi per una legittima limitazione sono stretti e rigorosamente indicati dallo stesso art. 32 Cost.; spazi che si ampliano, invece, se oggetto della limitazione sono le altre libertà costituzionali.

Pare pertanto inappropriato intendere il bilanciamento tra salute e libertà, cui si assiste in questi tempi di emergenza, come se intervenisse tra la tutela del diritto alla salute e la tutela delle altre libertà costituzionali[10]. Al contrario, il bilanciamento è fra le libertà costituzionali (esclusa la libertà di salute), da una parte, e la tutela della salute pubblica, cioè della salute vista come interesse della collettività, dall'altra parte. Un bilanciamento in cui, se è corretto che

[7] Come la definisce D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, *passim,* in part., pp. 36 ss.

[8] Cfr. la giurisprudenza costituzionale sulle vaccinazioni obbligatorie, dalla quale emerge chiaramente che il Giudice delle leggi considera che l'art. 32 Cost. contempla «l'autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale» (cfr. Corte cost. n. 307 del 1990, punto 2 del considerato in diritto; Corte cost. n. 218 del 1994, punto 2 del considerato in diritto e, più recentemente, Corte cost. n. 5 del 2018 punto 8.2.1. del considerato in diritto) per cui per giustificare un trattamento sanitario obbligatorio non solo deve esserci un beneficio per la collettività (la tutela della salute pubblica), ma anche un beneficio individuale (la tutela della salute di chi si sottopone). Su tali aspetti cfr. M. PLUTINO, *Le vaccinazioni. Lineamenti ricostruttivi di diritto costituzionale su un tema do- minato dalle evidenze scientifiche*, in *BioLaw*, 2/2019, p. 541 ss.

[9] Di «libertà di salute» discorre D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici,* Giuffrè, Milano, 2002, *passim,* in part., p. 36 ss.

[10] Cfr. M. PIERRI, *Il bilanciamento tra diritto alla salute e all'istruzione ai tempi del Covid-19, tra poteri del Governo e dei Governatori: il caso della Puglia*, cit., pp. 121 ss.; T.A.R. Puglia (Lecce), sez. II, dec. 6 novembre 2020, n. 695, cit.

prevalga la tutela della salute pubblica, ciò deve avvenire sempre con lo scrupoloso rispetto dei criteri di ragionevolezza e di proporzionalità[11].

2. L'assenza di una disciplina costituzionale dell'emergenza nella Costituzione italiana e la problematica questione della limitazione dei diritti fondamentali

La tutela della salute pubblica, già in periodi ordinari rappresenta, dunque, una legittima causa di limitazione delle libertà costituzionali. Ad esempio, lo statuto della libertà di circolazione previsto dall'art. 16 Cost. fa espresso riferimento alle "limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza" e a questi stessi motivi si riferisce l'art. 14 Cost. in tema di libertà di domicilio; ma la tutela della salute pubblica, come causa di limite delle libertà, si può rintracciare in un'ampia nozione di sicurezza (cui si riferiscono sia l'art. 17 Cost., relativo alla libertà di riunione, sia l'art. 41 Cost., in tema di libertà di iniziativa economica) e la si può anche considerare immanente nel sistema, tutte le volte in cui la Costituzione non effettui essa stessa un analitico bilanciamento, come avviene proprio nel caso, prima esaminato, del conflitto tra libertà individuale e interesse della collettività inerenti la salute.

Se la tutela della salute pubblica è presa in considerazione come una valida causa di limitazione delle libertà costituzionali nell'ordinario svolgimento della vita associata, quando ci si trova in presenza di una emergenza di tipo sanitario, come quella attuale, a maggior ragione i bilanciamenti tra i diritti e gli interessi coinvolti non possono non tenere questa circostanza in una adeguata considerazione per garantire un'opportuna tutela dell'interesse collettivo alla salute pubblica.

Tuttavia, come è noto, la Costituzione repubblicana nulla dispone per le situazioni di emergenza. A differenza di altri ordinamenti, come, ad esempio, quello francese o quello spagnolo, in Italia manca una disciplina costituzionale dello stato di emergenza, inteso come una situazione imprevedibile che comporta un grave pericolo per la convivenza civile, determinato dai più diversi

[11] Cfr. sul punto, condivisibilmente, A. MORELLI, *Illegittimità dei Dcpm Covid: c'è un giudice a Frosinone? Quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Giustizia, istituzioni*, 1° settembre 2020, secondo cui "La salvaguardia della salute come 'interesse della collettività' (art. 32, co. 1, Cost.) può ammettere restrizioni anche incisive in situazioni eccezionali, ma non può giustificare limitazioni abnormi dei diritti fondamentali, insostenibili per il sistema costituzionale. Per questo, tutte le misure restrittive delle libertà finora adottate (e quelle che ancora potrebbero intervenire) per contenere la diffusione del coronavirus non possono ritenersi esentate dal sindacato degli organi giudiziari competenti, dovendosi poterne vagliare la proporzionalità, l'adeguatezza e la ragionevolezza. Il fine di contrastare la pandemia, infatti, non può essere perseguito sacrificando in misura intollerabile o in modo definitivo la stessa salute di molti altri cittadini affetti da patologie che le misure restrittive della libertà di circolazione rischiano di aggravare, o ancora altri beni costituzionali come il diritto al lavoro, la libertà di religione, le libertà economiche ecc.".

fattori, naturali o umani[12]. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, ai conflitti armati, alle insurrezioni interne, agli attentati terroristici, alle calamità naturali o alle catastrofi derivanti dall'attività dell'uomo, come l'incendio di un'industria inquinante[13].

Altre Costituzioni, invece, contengono discipline degli stati di emergenza che possono comportare anche una sospensione oppure una limitazione dei diritti costituzionali dei cittadini[14].

L'assenza di una tale previsione nella Costituzione italiana è frutto della ritrosia dei Costituenti a prevedere ipotesi di concentrazione dei poteri in capo al Governo o al Presidente del Consiglio. Difficile stabilire ora se i timori che sostennero la ritrosia dei Costituenti fossero fondati[15]. Certo è che con l'avvento della Costituzione repubblicana e della nuova concezione dei diritti fondamentali è cambiato radicalmente lo stesso paradigma che presiede alle limitazioni dei diritti[16].

Se il tema si affrontasse all'interno di una concezione statualistica dei diritti, ad esempio, propria del giuspositivismo ottocentesco, la questione potrebbe essere risolta in modo molto più agevole.

[12] Sulla questione si rinvia a F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano,* in AA.VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini,* vol. III, Milano, 1988, pp. 515 ss.; A. PIZZORUSSO, *Emergenza (stato di)* in *Enc. delle scienze sociali,* Roma, 1993, pp. 551 ss. V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, *passim*; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, 2003, *passim*.

[13] L'elencazione riportata è meramente esemplificativa, dal momento che il concetto di emergenza è, come è stato rilevato, "un concetto aperto" G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e terrorismo,* Napoli, 2016, p. 8. Con riferimento al dibattito sulla necessità di costituzionalizzare l'emergenza, riemerso in questi tempi di pandemia, cfr. la stessa G. DE MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza?* nel numero speciale del 2020 della rivista *Osservatorio sulle fonti* dal titolo *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza covid-19*, 541 e ss.

[14] Si pensi alla Costituzione francese del 1958 (che prevede sia un'ipotesi di poteri eccezionali, sancita dall'art. 16, sia una disciplina *ad hoc* per lo stato d'assedio, sancita dall'art. 36) o la Costituzione spagnola del 1978 (che contiene una articolata disciplina dello "stato di allarme, di emergenza e di assedio" all'art. 116). In riferimento all'esperienza spagnola, cfr. L. FERRARO, L. DI MAJO, *La gestione dell'emergenza sanitaria in Italia e profili di comparazione*, in M. BORGATO, D. TRABUCCO (a cura di), *Covid-19* vs. *Democrazia*, Napoli, 2020, pp. 116 ss.

[15] Certamente, si tratta di preoccupazioni pienamente comprensibili sul piano storico, ove si rifletta, da un lato, che il nazismo hitleriano si avvalse dell'articolo 48 della Costituzione di Weimar, secondo il quale il presidente del Reich poteva "prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata. A tale scopo può sospendere in tutto o in parte la efficacia dei diritti fondamentali"; dall'altro, che la stessa dittatura fascista può essere considerata come una sorta di instaurazione di uno stato di eccezione durato un ventennio.

[16] In tema imprescindibile è il riferimento all'art. 2 Cost. Cfr. M. FIORAVANTI, *Art. 2*, Roma, 2017, pp. 11 ss. In tema cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili* (voce), in *Enciclopedia giuridica Treccani,* Roma, 1989, p. 3, secondo il quale questo articolo ha gettato "un ponte verso la tradizione anglo-americana".

Per l'impostazione giuspositivista ottocentesca, che aveva sradicato i diritti dal loro fondamento giusnaturalistico, la limitazione dei diritti non comportava particolari problemi teorici, nella misura in cui gli stessi diritti individuali erano concepiti come una autolimitazione dello Stato e non, come nelle concezioni giusnaturalistiche di stampo angloamericano, diritti inalienabili perché ontologicamente inerenti alla natura umana[17].

Secondo la concezione statualistica dei diritti, così come teorizzata dalla scuola del diritto pubblico italiano[18], infatti, i diritti di libertà erano attribuiti dallo Stato e trovavano il fondamento della propria esistenza esclusivamente nella legge statale. Conseguentemente, alla legge stessa poteva essere riconosciuto, senza entrare in alcuna contraddizione, un ampio margine di libertà nello stabilirne i limiti. Secondo Ranelletti[19], ad esempio, "si può riconoscere un diritto di libertà dell'individuo solo fino al limite in cui le manifestazioni della sua attività non siano contrarie *all'ordine pubblico esistente*, cioè alle istituzioni e ai principi fondamentali, su cui riposa *l'assetto sociale e politico* del nostro paese"[20].

È noto che nell'Ottocento la classe borghese in ascesa non aveva più bisogno di rivendicare i suoi diritti in funzione oppositiva rispetto a uno Stato originariamente inteso come antagonista e a una società che si voleva rifondare da capo, essendo oramai giunta saldamente alla guida degli stati nazionali, per cui i diritti individuali di libertà avevano perso quella tensione rivoluzionaria che aveva caratterizzato il costituzionalismo delle origini. Oramai, gli stessi diritti individuali erano da considerarsi il prodotto di uno Stato ad egemonia borghese: la legge dello stato poteva porre tutte le limitazioni ritenute necessarie alla salvaguardia dell'ordine sociale e del predominio conquistato.

Così come la limitazione dei diritti era nella piena disponibilità della legge, anche la loro sospensione non comportava grossi problemi di carattere teorico. Conseguentemente, nelle situazioni di emergenza, in cui non si poteva attendere il tempo necessario per l'approvazione di una legge, la conservazione dell'ordine sociale era messa al primo posto. Non può pertanto stupire che in questo orizzonte culturale la necessità sia stata considerata essa stessa come una fonte del diritto non codificata[21], in grado di sostenere la legittimità di un

[17] G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi* [ed. or. 1892], ed. it. a cura di V.E. Orlando, Milano, 1912.

[18] S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici soggettivi*, in *Primo Trattato di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1900.

[19] O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico. Il nuovo diritto pubblico della Repubblica italiana,* Parte generale, Milano, 1951, p. 115.

[20] *Ibidem*, p. 117. Il corsivo è dell'autore.

[21] Sul punto si rinvia a S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Riv. dir. pubbl. e della p. a. in Italia*, 1909, p. 220, il quale scrive: "La necessità si può dire che sia la fonte prima ed originaria di tutto quanto il diritto, in modo che

intervento dei pubblici poteri anche in assenza di un preciso fondamento normativo.

Al contrario, in un ordinamento a Costituzione rigida di ispirazione liberal-democratica, in cui i diritti individuali si caratterizzano per avere una funzione fondativa dell'ordinamento, anche la gestione dell'emergenza va necessariamente ricondotta all'interno della legalità costituzionale, scartando ogni ricostruzione che fonda la risposta alla situazione di emergenza su una fonte del diritto *extra ordinem*.

Per cui, da un lato, la fonte di legittimità dei poteri emergenziali, non può risiedere nella necessità, cioè in un fatto extra giuridico, come riteneva l'insegnamento della citata dottrina[22], ma è da rintracciarsi all'interno dello stesso ordinamento costituzionale e, dall'altro lato, i diritti sono limitabili solo nella misura in cui ciò sia strettamente necessario per la salvaguardia di altri fondamentali valori costituzionali.

2.1. La tradizionale risposta alle emergenze a cavallo tra decreti legge ed ordinanze "libere"

Venendo adesso alle questioni di carattere formale, si deve osservare che il diritto costituzionale italiano ha una sola disposizione che si presta ad essere utilizzata al verificarsi di eventi che rientrano nel concetto di emergenza inteso in senso ampio, cioè come una situazione imprevedibile che comporta un grave pericolo per la convivenza civile, che può essere determinato dai più diversi fattori, naturali o umani[23]. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alle insurrezioni interne, agli attentati terroristici, alle calamità naturali o alle catastrofi derivanti dall'attività dell'uomo[24].

Si tratta dell'articolo 77 Cost., che detta la disciplina del decreto-legge, se si mette da parte l'art. 78 Cost., che disciplina un'ipotesi specifica, cioè lo stato di guerra (articolo che, infatti, dal 1948 ad oggi non è stato mai applicato[25]).

rispetto ad essa, le altre sono a considerarsi in certo modo derivate". La caratura autoritaria della ricostruzione romaniana ben emerge dalla critica alle opinioni più pensose della tutela della libertà individuale, nelle quali vedeva "un residuo, sia pure inavvertito, del dottrinarismo costituzionale della prima maniera, che di tale libertà faceva un *prius* irriducibile, una barriera più o meno insormontabile di fronte alla potestà dello Stato" (ivi, p. 257).

[22] Cfr. S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, cit.

[23] Sulla questione si rinvia a F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano,* in AA.VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini,* vol. II, Milano, 1988, pp. 515 ss.; A. PIZZORUSSO, *Emergenza (stato di)*, cit., pp. 551 ss.

[24] L'elencazione riportata è meramente esemplificativa, come rilevato alla nota 9.

[25] In tema cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Art. 78*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, Vol. 2, pp. 1531-1544.

Conseguentemente, nel periodo repubblicano, gli stati di emergenza sono stati sempre affrontati o attraverso l'utilizzo dello strumento del decreto-legge, oppure ricorrendo ai cosiddetti poteri *extra ordinem,* già presenti nel tessuto legislativo dell'Italia pre-repubblicana. Si tratta delle cosiddette ordinanze "libere", cioè di atti amministrativi in grado di derogare all'ordine giuridico esistente. Si pensi, ad esempio, all'articolo 2 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (R. D. n. 773 del 1931), il quale attribuiva al prefetto un vastissimo potere, consentendogli di adottare "i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica" nel caso in cui vi fosse "urgenza" o una "grave necessità pubblica".

Tali atti prefettizi, tradizionalmente ricondotti nel *genus* delle ordinanze, se dal punto di vista formale potevano essere qualificati come amministrativi, data l'autorità (amministrativa, appunto) cui era attribuito il potere di ordinanza, da quello sostanziale acquistavano, senza dubbio, una forza che trascendeva quella propria degli atti amministrativi, perché dotati della capacità di derogare alla legislazione dello Stato.

Proprio questa attitudine derogatoria ha posto molti problemi interpretativi e dato molto lavoro alla Corte Costituzionale. Una volta entrata in vigore la Costituzione repubblicana, infatti, è emerso con forza il problema della compatibilità costituzionale delle leggi che autorizzavano l'adozione di queste ordinanze. La giurisprudenza costituzionale ha chiarito due aspetti essenziali: in primo luogo, che questi atti devono essere necessariamente qualificati come amministrativi; in secondo luogo, che la loro compatibilità con i principi degli ordinamenti liberaldemocratici è subordinata ad alcune condizioni: che abbiano un'efficacia temporalmente limitata, un'estensione territoriale circoscritta, e che, sebbene derogatori del diritto vigente, siano comunque rispettosi dei principi generali dell'ordinamento nonché della stessa legalità costituzionale[26].

Sulla scia di tali posizioni, che nel tempo si sono consolidate, il potere di ordinanza *extra ordinem* si è affermato nell'ordinamento repubblicano. Conseguentemente, le emergenze sono state affrontate attraverso l'uso, spesso combinato, del decreto-legge e delle ordinanze libere. Le emergenze più rilevanti

[26] Cfr. Corte cost. n. 8 del 1956 e n. 26 del 1961 Corte cost. sent. n. 127 del 1995. Sui poteri di ordinanza cfr. F. BARTOLOMEI, *Ordinanza (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, pp. 970 ss.; Id., *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979; L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza. Le ordinanze*, Milano, 1953; M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, XXVII, pp. 388 ss. G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità ed urgenza*, in *Nss. D.I.*, vol. XII, Torino, 1965; ID., *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 2189.

che ha vissuto il Paese, dal terremoto in Irpinia del 1980[27] al crollo del ponte di Genova del 2018, passando per la nota e lunghissima vicenda dell'emergenza rifiuti nella Regione Campania[28] e del terremoto de L'Aquila, fino alla recente pandemia, sono state affrontate, sul piano normativo, attraverso l'uso integrato di questi strumenti giuridici.

3. La controversa legittimità costituzionale dei poteri *extra ordinem* tra l'opportunità della loro esistenza e la irresistibile tentazione della loro strumentalizzazione

Come osservato, i poteri *extra ordinem*, cioè liberi dalla legge, limitati nella loro ampiezza dalle precisazioni della citata giurisprudenza costituzionale, si sono così stabilizzati e sono stati inseriti nelle più importanti leggi in materia sanitaria e ambientale[29], in quanto ritenuti strumenti imprescindibili per la gestione delle emergenze. Tanto che questo istituto giuridico ha rappresentato il cardine su cui sono stati costruiti i poteri di protezione civile, razionalizzati, prima, dalla legge n. 225/1992 e, di recente, nuovamente riproposti nel testo unico in materia, il d.lgs. n. 1/2018.

A dispetto dello sforzo profuso dalla giurisprudenza costituzionale cui si è fatto cenno nel paragrafo precedente, la pagina di storia amministrativa italiana relativa all'utilizzo dei poteri emergenziali ha assunto, purtroppo, principalmente tinte fosche, in quanto la prassi ha messo a dura prova l'effettività delle correzioni introdotte dalla giurisprudenza costituzionale minando, in molti casi, il rispetto dei basilari principi su cui si fondano i sistemi liberaldemocratici: il principio di legalità e quello della divisione dei poteri.

Occorre innanzitutto osservare che un'attenta dottrina aveva sollevato importanti dubbi circa la stessa compatibilità con la Costituzione repubblicana

[27] Per il terremoto del 23 novembre del 1980 si veda, come quadro generale, la legge n. 996/1970 sul servizio di protezione civile e il d.l. n. 776/1980. Per il crollo del ponte di Genova cfr. la dichiarazione dello stato di d.l. n.

[28] Lo stesso intreccio tra ordinanze libere e decreti legge ha caratterizzato anche la recente storia di strumentalizzazione dei poteri di protezione civile per la creazione di un sistema amministrativo parallelo a quello ordinario, del tutto dal principio di legalità, il cui esempio probabilmente più paradigmatico è rappresentato dalla gestione dell'emergenza rifiuti nella Regione Campania con cui si è creato un apparato amministrativo straordinario, cui erano attribuite una potestà amministrativa sganciata dal rispetto del principio di legalità per gestire non un'emergenza nel senso vero del termine, ma preposto a un settore di amministrazione pubblica in sostituzione dell'amministrazione istituzionalmente competente. Su tali aspetti cfr. C. IANNELLO, *L'emergenza rifiuti in Campania: i paradossi delle gestioni commissariali* in *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, n. 2/2007, pp. 137 ss. e S. MAROTTA, *L'emergenza rifiuti in Campania tra pubblico e privato*, in A. LUCARELLI, A. PIEROBON (a cura di), *Governo e gestione dei rifiuti. Idee, percorsi, proposte*, Napoli, 2009, pp. 423 ss.

[29] Ad esempio nella legge istitutiva del servizio sanitario nazionale (l. 833/1978) alla legislazione in materia di rifiuti (d.lgs. n. 22/1997 poi sostituito dal d.lgs. n. 152/2006).

dell'istituto delle ordinanze libere[30] (libere, si ribadisce, dal rispetto della legislazione vigente). Data la natura di atti amministrativi, si osservava, non potrebbe essere loro consentito di derogare alla legge. Per ottenere un risultato simile, infatti, l'intervento del Parlamento sarebbe costituzionalmente necessario, come si evince sia dalla disciplina costituzionale del decreto legge, che necessita di un intervento successivo del Parlamento, sia da quella relativa alla dichiarazione dello stato di guerra, in cui l'intervento del Parlamento è preventivo.

Inoltre, con specifico riferimento al sistema della protezione civile, è stato osservato come questi DPCM adottati dal Presidente del Consiglio dei Ministri sfuggano del tutto ai controlli[31]: non solo a quelli previsti per i decreti legge (preventivo del Presidente della Repubblica e successivo del Parlamento), ma anche a quello esercitato dalla Corte costituzionale, previsto solo per le leggi e gli atti ad essa equiparati, nonché, infine, a quello della Corte dei conti sugli atti del governo[32].

Tuttavia, anche a voler ritenere superato – sulle orme della consolidata giurisprudenza costituzionale – il problema teorico della legittimità costituzionale di una legge che attribuisce ad autorità amministrative il potere di adottare atti amministrativi atipici e liberi, cioè derogatori della legislazione vigente, la questione della compatibilità costituzionale di questo sistema di ordinanze *extra ordinem* è riemerso con forza, ed in misura aggravata, dalla prassi amministrativa che si è instaurata, la quale ci ha posto di fronte a molti esempi di vero e proprio *abuso* dei poteri emergenziali. Nel corso degli anni abbiamo, infatti, assistito ad una strumentalizzazione dei poteri *extra ordinem,* in particolar modo in sede di applicazione della legge in materia di protezione civile, la n. 225/1992, rimasta in vigore sino al recente testo unico in materia, il d.lgs. n. 1/2018.

La legge del 1992 aveva previsto un sistema volto a fronteggiare l'emergenza che si reggeva su due cardini: delibera dello stato di emergenza da parte del

[30] Osserva G. MARAZZITA, *Le ordinanze di necessità dopo la legge n. 127 del 1995 (Riflessioni a margine di Corte cost. n. 127 del 1995*), in *Giur. cost*., 1996, p. 525 che: "La materia su cui interviene la l. n. 225 del 1992 non è allora una materia costituzionalmente indifferente poiché attiene alla forma di governo, termine con cui intendiamo il modo con cui le varie funzioni dello Stato sono distribuite ed organizzate fra i diversi organi costituzionali (43). Il principio organizzatore che informa il nostro sistema prevede la competenza parlamentare della funzione legislativa ordinaria mentre quella straordinaria, pur spettando in prima battuta al Governo, abbisogna di un intervento preventivo (art. 78) o successivo (art. 77) delle Camere. Questo meccanismo non può mai essere derogato: se lo fosse sarebbe messo in crisi il sistema costituzionale vigente".

[31] Utilizzo il concetto di controllo in senso atecnico.

[32] Ovviamente, ma non è la sede opportuna per approfondire, resta indefettibile la tutela giurisdizionale offerta dal giudice amministrativo, che può annullare tali ordinanze, sebbene con le difficoltà del caso, data la loro capacità derogatoria della legislazione vigente, sia la possibilità di disapplicazione davanti al giudice ordinario.

Consiglio dei Ministri e, conseguentemente, attribuzione al Presidente del Consiglio dei Ministri del potere di adottare ordinanze "libere", nella forma di DPCM.

Come messo in evidenza dalla dottrina[33], la legge n. 225/1992 aveva una portata troppo elastica, perché, in base all'art. 5, comma 1, lett. c), i poteri emergenziali erano legittimati non solo dalle "calamità naturali" e dalle "catastrofi", ma anche da non meglio specificati "altri eventi". Ciò che ha prodotto una abnorme estensione dell'ambito applicativo di questa legislazione "emergenziale", ben al di là degli eventi caratterizzati da straordinarietà e da imprevedibilità.

Si è così messo in piedi un sistema amministrativo *praeter legem*, giustamente qualificato "parallelo"[34] rispetto all'apparato amministrativo classico che invece continuava ad essere retto dal canonico principio di legalità[35], restando coerente con la tradizione liberaldemocratica in base alla quale il potere di legislativo crea le norme, cioè prevede in generale e in astratto, e la pubblica amministrazione le mette in esecuzione, cioè provvede. Questo è accaduto perché la prassi dell'utilizzo dei poteri straordinari previsti dalla legge istitutiva del servizio di Protezione civile ci ha posto di fronte a un loro uso per la gestione di affari assolutamente 'ordinari' con la conseguenza che tali poteri 'eccezionali' sono stati disancorati dalla nozione di emergenza, ontologicamente connessa ad eventi imprevisti e imprevedibili. Si è così creato un mostruoso apparato amministrativo abilitato ad operare in uno spazio libero da leggi, che solo da un punto di vista meramente formale era giustificato dall'emergenza, ma che, per essere di fatto impiegato per questioni di carattere ordinario, si poneva in netto contrasto con i principi cardine che presiedono al funzionamento dei sistemi liberaldemocratici. È così accaduto che le regole che hanno guidato l'azione amministrativa *ordinaria,* relativa a primari interessi di un'ampia parte della popolazione, sono state dettate *direttamente* dall'autorità amministrativa, attraverso ordinanze "libere", in deroga alla legislazione vigente, in contrasto, pertanto, con il principio di legalità sostanziale e con quello della divisione dei poteri.

La legge sulla protezione civile del 1992, per come è stata interpretata dalla prassi, quindi, ha di fatto attribuito al governo – attraverso la deliberazione

[33] C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Diritto pubblico*, 2009, spec. pp. 3334 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'Amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 2007, p. 377; G. MARAZZITA, *Le ordinanze di necessità dopo la legge n. 127 del 1995 (Riflessioni a margine di Corte cost. n. 127 del 1995*), cit., p. 525.

[34] C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, cit.

[35] Così C. PINELLI, *Ibidem*. In tema, cfr., inoltre, A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011, pp. 49 ss.; ID., *La prassi delle ordinanze di protezione civile in tema di deroghe nel corso della xvi legislatura. la dimensione qualitativa del fenomeno ed alcuni spunti per limitarlo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2011, pp. 1 e ss.

dello stato di emergenza – la possibilità di trasformare l'ordinarietà in una artata emergenza, creando una vera e propria amministrazione parallela e straordinaria[36] per la gestione di rilevantissimi settori della vita amministrativa (servizio idrico e dei rifiuti, come i più vari compiti di gestione ordinaria, dal traffico urbano alle bonifiche), connessi al godimento di fondamentali diritti di cittadinanza. Una vera e propria strumentalizzazione dei poteri *extra ordinem*, sempre più diffusamente utilizzati per la gestione di affari non caratterizzati né da elementi di straordinarietà né tantomeno da imprevedibilità.

L'apice di questa degenerazione lo si è raggiunto con la legge n. 401/2001, che ha introdotto la possibilità di gestire persino i "grandi eventi" (cioè manifestazioni solo programmate, spesso molto di là da venire, come ad esempio i *meeting* internazionali o i giochi olimpici), attraverso la normativa derogatoria della protezione civile. Per la gestione di un qualsiasi affare amministrativo con poteri derogatori era sufficiente una dichiarazione di "grande evento", da adottarsi con le forme e le modalità previste dalla legge n. 225/1992.

Questa prassi deviante è stata in grado di eclissare, facendole perdere di attualità, la stessa questione relativa alla legittimità costituzionale dei poteri amministrativi *extra ordinem*.

Se, dal punto di vista teorico, si può, infatti, convenire con la consolidata giurisprudenza costituzionale, che riconosce, entro determinati limiti e condizioni, la legittimità dei poteri liberi dell'amministrazione, giustificati da motivi di necessità e di urgenza[37], la deviazione dal modello va energicamente stigmatizzata. Nessuna giustificazione costituzionale, infatti, può essere rivolta nei confronti della strumentalizzazione dei poteri emergenziali, cioè rispetto al modo in cui questo strumentario è stato spesso utilizzato.

Non pare un caso, dunque, che il d.lgs. n. 1/2018, cioè il testo unico sulla protezione civile, attualmente in vigore, abbia apportato delle modifiche sostanziali al sistema. Se, da un lato, ha lasciato inalterata l'impalcatura della

[36] C. IANNELLO, *L'emergenza rifiuti in Campania: i paradossi delle gestioni commissariali*, cit., pp. 137 ss.

[37] Corte cost. n. 617 del 1987 secondo cui tali poteri sono ammissibili purché vi sia "una specifica autorizzazione legislativa" nella quale sebbene non possa essere specificato "il contenuto dell'atto (che rimane, quindi, a contenuto libero)" risultino individuati quantomeno "il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata". Similmente cfr. Corte cost. n. 115 del 2011 nella quale si legge: "Questa Corte ha affermato, in più occasioni, l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente 'l'assoluta indeterminatezza' del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una 'totale libertà' al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, ex plurimis, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa".

normativa preesistente (delibera dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei Ministri e attribuzione al Presidente del Consiglio dei Ministri del potere di adottare ordinanze libere, nella forma dei DPCM), dall'altro lato, ha introdotto due sostanziali modifiche. Innanzitutto, il nuovo testo non contiene più nessun riferimento ai "grandi eventi" e, in secondo luogo, la nuova disciplina ha cercato di contenere entro limiti più stringenti la discrezionalità del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'adozione delle concrete misure emergenziali, profondendosi in uno sforzo definitorio che indicasse in modo sufficientemente dettagliato, se non il contenuto delle ordinanze, quantomeno gli obiettivi che devono essere realizzati dai DPCM (cfr. art. 24 e 25 del d.lgs. 1/2018). I poteri di ordinanza restano atipici anche nel nuovo sistema proprio perché resta la libertà di definirne il contenuto, ma trovano attualmente nella fonte primaria ulteriori limiti con cui si devono confrontare, posti proprio al fine di evitare l'abuso cui si è assistito in precedenza.

4. I poteri di emergenza per la gestione della fase Covid e la loro discussa compatibilità con la Costituzione

Alla luce delle considerazioni svolte, diventa più agevole una valutazione della risposta che l'Italia ha dato all'emergenza pandemica che si è scatenata all'inizio del 2020 e che ci sta continuando ad investire[38].

Innanzitutto, occorre notare che il modello cui si è ispirato il nostro paese si è fondato su due cardini: il primo, un accentramento delle decisioni in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri, sulla base dello schema già analizzato, ereditato dalla legislazione in materia di protezione civile; il secondo, creato *ad hoc* per l'emergenza Covid da fonti primarie (decreti legge successivamente convertiti) che hanno ripreso l'impalcatura appena citata (cioè l'attribuzione allo stesso Presidente del Consiglio del potere di limitare le libertà costituzionali attraverso un DPCM), ma vi hanno apportato modifiche sostanziali.

[38] Su questo aspetto cfr., oltre ai contributi che saranno citati nelle note successive, S. STAIANO (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2020 e ivi in particolare S. STAIANO, *Né modello né sistema. la produzione del diritto al cospetto della pandemia*, 11 e ss.; M. BORGATO, D. TRABUCCO (a cura di), *Covid-19 vs. democrazia. Aspetti giuridici ed economici nella prima fase dell'emergenza sanitaria*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2020, passim; M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in *Osservatorio Aic*, 2020; A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio Aic*, 2020; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *unicost.eu*, 10 aprile 2020; F. NIOLA, M. TUOZZO (a cura di), *Dialoghi in emergenza*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2020, passim, F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Diritto pubblico*, 2020, 333 e ss.; M. FRANCAVIGLIA, *Decretazione d'urgenza, poteri di ordinanza e riserve di legge. La produzione normativa nell'emergenza Covid-19 alla luce del principio di legalità sostanziale*, in *Diritto pubblico*, 2020, 361 e ss.

Non poche sono state le voci che si sono levate per contestare la conformità a Costituzione del modello creato dai decreti legge del 2020. Inizialmente, l'attenzione della dottrina si è concentrata su una mancanza di tipizzazione in sede legislativa dei casi in cui diventava possibile procedere alla limitazione delle libertà costituzionali, a causa del poco felice rinvio alle "misure ulteriori" previsto dal d.l. n. 6/2020. Le critiche si sono poi soffermate soprattutto sulla concentrazione, in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri, di un potere così vasto che può arrivare sino a determinare concretamente – con atto amministrativo, nella forma di DPCM – la limitazione dell'esercizio dei fondamentali diritti costituzionali dei cittadini. Ciò ha condotto parte della dottrina ad evocare lo spettro della già ricordata tesi di inizio dello scorso secolo, dalle tinte autoritarie, secondo la quale la necessità si sarebbe imposta come fonte originaria e suprema del diritto[39], consentendo una risposta alle emergenze disancorata dalla legalità costituzionale.

A chi scrive sembra tuttavia che, sotto una pluralità di aspetti, la reazione che l'ordinamento ha avuto nei confronti dell'emergenza Covid sia stata, dal punto di vista meramente formale, adeguata, salvo la citata iniziale sbavatura delle "ulteriori misure", corretta però poco tempo dopo.

Si è cioè trattato di una risposta coerente sul piano dello stretto rispetto del principio di legalità, soprattutto ove questa risposta sia valutata alla luce della prassi degenerativa analizzata nel paragrafo precedente.

In particolare, come accennato, la risposta dell'ordinamento italiano all'emergenza Covid-19 va distinta in due fasi.

Una prima fase, affrontata con gli strumenti che erano a disposizione al momento in cui si è manifestata l'emergenza: il d.lgs. n. 1/2018, in tema di protezione civile e le altre leggi attributive all'esecutivo nazionale e a quelli locali, di poteri contingibili ed urgenti, come la legge n. 833/1978 istituiva del servizio sanitario nazionale. Una seconda fase in cui è intervenuta una disciplina dell'emergenza posta da fonti di carattere primario (cioè con decreti legge successivamente convertiti in legge). Una volta chiarito il tipo di pericolo da affrontare e messa a punto la strategia da utilizzare, consistente soprattutto in una penetrante limitazione della libertà di circolazione della popolazione (e delle altre conseguenti libertà), si è potuta affinare e 'codificare' la strumentazione (giuridica) per contrastare un'emergenza che non assumeva più il carattere dell'imprevedibilità.

[39] Tesi evocata, seppur con molta cautela, da G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale di eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, pp. I ss. Per una critica ulteriore cfr. A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 marzo 2020, p. 9. Per una posizione vicina a quella espressa nel testo, cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Giurcost.org*, 11 aprile 2020, pp. 1 ss.

Per quanto attiene alla prima fase[40], non c'è dubbio che l'emergenza sanitaria dovuta al Covid-19 avesse il carattere dell'imprevedibilità che giustifica il ricorso ai poteri emergenziali. Appartengono a questa fase la dichiarazione dello stato di emergenza, adottata dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020, resa in base al testo unico sulla protezione civile del 2018, e gli atti ad essa conseguenti.

Anche la seconda fase, che si è concretizzata attraverso una "catena normativa"[41] costituita da decreti legge, leggi di conversione e DPCM, è risultata, sul piano formale, coerente con i principi della riserva di legge e del principio di legalità.

Infatti, con la citata sequenza di decreti legge e leggi di conversione si è posta in essere una vera e propria 'codificazione' non solo dei presupposti e delle condizioni, ma anche del *contenuto* dei provvedimenti amministrativi volti ad arginare l'emergenza attraverso la limitazione delle libertà costituzionali.

In particolare, se, come osservato, il d.l. n. 6/2020, del 23 febbraio 2020, convertito dalla legge n. 13 del 5 marzo 2020, aveva dato adito ad alcune fondate perplessità, con il d.l. n. 19 del 25 marzo del 2020, convertito dalla legge n. 35 del 22 maggio 2020, esse sono rientrate.

Con tali atti è stato predisposto un sistema di intervento che appare costruito sulla falsariga del già collaudato modello di protezione civile, che delega (e centralizza) la concreta risposta amministrativa nelle mani del Presidente del Consiglio dei Ministri autorizzato ad adottare DPCM per fronteggiare la situazione di emergenza, ma con delle novità importanti.

Infatti, se la centralizzazione dei poteri in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri è un tratto comune, i due sistemi divergono radicalmente in merito al grado di libertà di determinazione del contenuto dei DPCM. Mentre nel sistema di protezione civile, nonostante le precisazioni inserite nel testo del 2018[42], essi continuano ad avere la natura di ordinanze "libere" (e non potrebbe essere altrimenti essendo questo testo adottato per fare fronte ad eventi futuri di cui non si può avere contezza), nel sistema predisposto per affrontare l'emergenza sanitaria relativa all'epidemia da Covid-19, invece, i DPCM sono oramai dotati di un contenuto sufficientemente *tipico*. Le misure da adottare, infatti, sono state dettagliatamente disciplinate (si confronti l'elencazione del

[40] Fase che è durata meno di un mese, cioè dal 31 gennaio 2020, quando cioè il Consiglio dei Ministri ha deliberato lo stato di emergenza, fino al 23 febbraio 2020, ossia fino al primo decreto legge adottato dal Governo per fare fronte alla pandemia.

[41] M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., pp. 1 ss.

[42] Anche nel d.lgs. n. 1/2018, il cui articolo 25 ha cercato di ridurre e indirizzare la discrezionalità del potere esecutivo indicando le finalità cui devono tendere le ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri, queste ordinanze restano "libere", cioè capaci di derogare alla legislazione vigente.

contenuto dei provvedimenti adottabili, così come disciplinata nell'art. 1, comma 2 del d.l. n. 19/2020). Ciò si è reso possibile perché la fonte di rango primario per fronteggiare l'emergenza sanitaria innescata dal Covid-19 è intervenuta quando era oramai chiaro quali fossero le azioni necessarie da adottare per contenere il contagio.

In conclusione, si deve osservare che questi DPCM adottati per fronteggiare l'emergenza Covid-19 non assumono più il carattere degli omologhi atti adottati sulla base della legislazione in materia di protezione civile, quello di ordinanze "libere" dalla legge, ma si pongono quali atti amministrativi tipici, perlomeno nel senso che il loro contenuto è sufficientemente tipizzato, restando casomai da specificare poi il senso da attribuire alle "misure ulteriormente restrittive" che le Regioni sono state chiamate ad adottare. Si tratta, pertanto, di atti amministrativi esecutivi di fonti primarie. La limitazione delle libertà costituzionali, pertanto, trova il suo fondamento nella fonte primaria, rispetto alla quale i DPCM rappresentano atti applicativi. Con l'ovvia precisazione che, per essere conformi al dettato costituzionale, non è sufficiente che le limitazioni dei diritti costituzionali siano previste da una fonte legislativa, ma è altresì necessario che, in concreto, siano adeguate, ragionevoli e proporzionali[43].

Ovviamente ciò non significa che la gestione dell'emergenza non abbia sollevato problemi e criticità anche importanti, ma solo che, dal punto di vista formale e nei suoi tratti essenziali, non pare possa sostenersi che il sistema normativo predisposto si ponga in contrasto con la Costituzione. Restano, tuttavia, aperti numerosi problemi, tra cui quello relativo sia alla proporzionalità degli atti concretamente adottati così come quello relativo alla loro opportunità, dal punto di vista politico[44].

Vi è, infine, il pericolo, da non sottovalutare, che tale situazione, che ha inevitabilmente accentrato molti poteri nelle mani del Presidente del Consiglio dei Ministri, possa definitivamente consolidare tendenze in atto oramai da decenni, volte ad una sempre maggiore emarginazione del Parlamento, favorendo la stabilizzazione di un modello anche oltre la fase emergenziale[45], sulla

[43] Cfr. sul punto, condivisibilmente, A. MORELLI, *Illegittimità dei Dcpm Covid: c'è un giudice a Frosinone? Quando il fine non giustifica i mezzi, in giustizia, istituzioni,* cit. G AGAMBEN, *A che punto siamo? L'epidemia come politica,* Quodlibet, Macerata, 2020, pp. 11 ss. G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale di eccezione*, cit., pp. I ss. E. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *BioLaw Journal*, Special Issue 1/2020, pp. 95 ss.; G. D'AMICO, *La libertà "capovolta". Circolazione e soggiorno nello Stato costituzionale*, Napoli, 2020, pp. 37 ss.

[44] Cfr. G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit.

[45] Cfr. C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, cit., pp. 3334 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'Amministrazione*, cit., p. 377.

falsariga di quanto abbiamo descritto con riferimento alla strumentalizzazione dei poteri emergenziali durante la vigenza della legge n. 225/1992.

5. I poteri del commissario all'emergenza e il ritorno al passato

Se, come osservato, il quadro normativo generale, dal punto di vista formale, almeno nei suoi tratti essenziali, non fuoriesce dalla legalità costituzionale, discorso a parte deve essere fatto, ancora una volta, per la gestione amministrativa dell'emergenza, dove invece sembrano risorgere, amplificate, le vecchie degenerazioni che sono state analizzate in precedenza. Si deve a tale proposito studiare l'art. 122 del d.l. n. 18/2020, convertito in legge n. 27/2020, che definisce i poteri del "Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19". Con tale disciplina pare, infatti, essersi ricreata una struttura amministrativa, dai confini amplissimi e dagli altrettanto sconfinati poteri, ivi compresi quelli di spesa, del tutto disancorata dal rispetto del principio di legalità e sottratta a ogni forma di controllo, sia amministrativo che contabile, quasi come se fosse stato utilizzato proprio il sistema 'parallelo' di amministrazione, stigmatizzato nei paragrafi precedenti.

Un potere straordinario dai confini così ampi poteva forse trovare una sua giustificazione nei primissimi giorni di emergenza (anche se, occorre ribadire, l'ordinamento non è mai impreparato rispetto alle emergenze, prevedendo in linea generale un'ampia gamma di atti necessitati che permettono l'acquisizione di beni e servizi secondo schemi consensualistici) ma, con il passare del tempo, ha progressivamente perso qualsiasi elemento di ragionevole giustificazione. Se si pensa che oramai questo potere 'straordinario' opera ininterrottamente da un anno, ci troviamo di fronte ad una situazione che appare oramai disancorata da qualsiasi, pur flebile, giustificazione.

A questo punto appare opportuno esaminare nel dettaglio l'effettiva sostanza di questi poteri.

Secondo il citato art. 122 del d.l. n. 18/2020, il Commissario, nominato con DPCM, attua e sovrintende a "ogni intervento" volto a fronteggiare l'emergenza sanitaria.

Il Commissario, recita il comma 2, "può adottare in via d'urgenza i provvedimenti necessari a fronteggiare *ogni* situazione eccezionale … *in deroga a ogni disposizione vigente*".

Secondo il comma 3, al Commissario spetta altresì "l'organizzazione e lo svolgimento delle attività propedeutiche alla concessione degli aiuti per far fronte all'emergenza sanitaria, da parte delle autorità competenti nazionali ed europee, nonché tutte le operazioni di controllo e di monitoraggio dell'attuazione delle misure; il Commissario provvede, altresì, alla gestione coordinata del Fondo di solidarietà dell'Unione europea (FSUE), di cui al regolamento

(CE) n. 2012/2002 del Consiglio, dell'11 novembre 2002, e delle risorse del fondo di sviluppo e coesione destinato all'emergenza".

Ai sensi del comma 8, "*ogni* altro atto negoziale" posto in essere dal Commissario e dai soggetti attuatori, è sottratto ai controlli previsti l'articolo 29 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 22 novembre 2010, "e *tutti* tali atti sono altresì sottratti al controllo della Corte dei Conti". Per gli stessi atti, prosegue il comma in esame, «la *responsabilità contabile e amministrativa* è comunque limitata ai soli casi in cui sia stato accertato il dolo del funzionario o dell'agente che li ha posti in essere o che vi ha dato esecuzione. Gli atti di cui al presente comma sono immediatamente e definitivamente efficaci, esecutivi ed esecutori, non appena posti in essere. La medesima limitazione di responsabilità vale per gli atti, i pareri e le valutazioni tecnico scientifiche resi dal Comitato tecnico scientifico di cui al comma 6 funzionali alle operazioni negoziali di cui al presente comma».

Ai sensi del comma 9, infine, «Il Commissario è altresì autorizzato all'apertura di apposito conto corrente bancario per consentire la celere regolazione delle transazioni che richiedono il pagamento immediato o anticipato delle forniture, anche senza garanzia».

Insomma, come si evince chiaramente da questa rapida lettura della disposizione che fissa i poteri del commissario, si è dato vita ad un apparato amministrativo preposto ad interessi vitali della collettività che opera non solo *legibus solutus*, cio nella totale assenza di un qualsivoglia controllo, ma che è dotato dei più ampi poteri di spesa, anch'essi sottratti ai controlli ordinari. Insomma, un apparato amministrativo che, ad oltre un anno dall'inizio dell'emergenza, appare oramai privo di giustificazione sul piano costituzionale. Quasi come se il modello, deviante dai principi, sperimentato sotto la vigenza della legge n. 225/1992, cui la riforma del 2018 – come si è chiarito in precedenza – aveva apportato sostanziali e importanti correzioni, fosse risorto e fosse stato addirittura 'perfezionato'.

SOLIDARITY IN MERCOSUR LAW, SOLIDARITY BEYOND E.U. LAW

LEONARDO PASQUALI*

Summary

1. Introductory remarks. – 2. The evolution of MERCOSUR Law, from free trade to solidarity economy. – 3. The FOCEM. - 4. Solidarity among Member States in emergency. - 5. Migrations and solidarity. – 6. Concluding remarks.

Abstract

The principle of solidarity can be found in current MERCOSUR law in fields such as solidarity economy, emergency situations and migration. It has neither the width nor the depth which it enjoys in E.U. law (which can be considered as a model for other regional organizations in this such as in other fields), though. The conclusions drawn may provide useful elements for a more general analysis on the role of solidarity in contemporary international law.

Suggerimento di citazione

L. PASQUALI, *Solidarity in MERCOSUR Law, Solidarity Beyond E.U. Law*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Associate Professor of European Union Law at the Department of Law of the University of Pisa. E-mail: leonardo.pasquali@unipi.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV – Fascicolo 1/2021
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Introductory remarks

In a community such as the traditional international one, formed by sovereign States *superiorem non recognoscentes*[1], international law was primarily aimed at balancing the interests that the abovementioned subjects tried to preserve and develop, in opposition to each other. Alongside this primeval and essential function, which consisted in trying to guarantee the coexistence among the States themselves, there was another one, secondary to some extent (since from a theoretical point of view it is not indispensable *stricto sensu*, unlike the first one), consisting in favouring the cooperation among them.

An important evolution of the international society and of its law occurred firstly with the birth and then with the extremely relevant development of the phenomenon of international organisations. Through them, indeed, the States establish, even if on a conventional basis, relationships of institutionalised cooperation. Such institutionalised cooperation -which initially was limited to technical matters and was functional to the satisfaction of common interests- has subsequently resulted, in some cases, in a true political cooperation[2].

The question which arises is if the phenomenon of international organisations is limited to favouring the cooperation among sovereign States (institutionalising it, indeed), or if such entities, through their action, have transformed the agreement that establishes them in an "instrument of cooperation and solidarity among peoples"[3]. In other words, if and to what extent international organisations have contributed and are still contributing to moving the international society and its law from the traditional "Grotian" model to the "Kantian" one, based on transnational solidarity, or solidarity and integration of the States members of the international community[4]. In the latter model, the States end up being (a little) less sovereign "*superiorem non recognoscentes*", than they were according to the traditional model, since they decided, with an act of volition (the signature and ratification of an international treaty), to surrender part of their exclusive sovereignty, sharing it with other States, under condition of reciprocity, within an international organisation.

Among international organisations, the main candidates to play such role seem to be, at least from a theoretical point of view, the regional ones.

[1] Such model of society is defined in literature as "Grotian". In this sense A. CASSESE, *Diritto internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 35.

[2] On the topic see, *inter alios,* G. MARTINO, *Origine del fenomeno e sua evoluzione*, in P. PENNETTA, S. CAFARO, A. DI STASI, I. INGRAVALLO, G. MARTINO, C. NOVI, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Wolter Kluver, Milan, 2018, p. 33 ff.

[3] In this sense B. CONFORTI, *Scritti di diritto internazionale*, Editoriale scientifica, Naples, 2003, p. 96.

[4] See A. CASSESE, *Diritto internazionale*, *op. cit.*, p. 35.

Regional systems, indeed, usually display a form of cooperation which is, in general, more intense than what happens at a universal level, since in regional organisations the degree of integration among the States is also generally higher.

For these reasons, the existence of the conditions necessary to develop a true solidarity -defined by literature as "regional solidarity"[5] and determined *in primis* by political factors and better perceived mutual benefits- becomes possible in such a framework.

The Member States of a regional organisation -and the regional organisation itself- have an immediate and direct interest in avoiding (or at least in trying to reduce the extent of), through solidarity, certain situations in the countries which belong to the organisation itself, since otherwise the negative effects of such situations might well spread in the region at stake, involving other States[6]. It is, in short, a more "simple" and "immediate" solidarity, since the risk of a negative reaction (which can always rise within the State that practices solidarity towards others) is mitigated. Such solidarity, indeed, could be correctly perceived not much and not only as a gratuity, but mostly as aimed at reducing the impact that a crisis which occurs in a near State, belonging to the same region, could have on the State that practices solidarity and on its population. Consequently, the advantage for those States practising solidarity towards other States would be more easily appreciated, as long as every State has a direct interest in regional stability. All this helps the States to form the political will which is necessary in order to practice solidarity.

Moreover, the higher the degree of integration among the States of the region is, the greater and more direct will be the interest and, consequently, the drive to exercise solidarity in order to reduce the negative effects which are likely to be produced (also for the State that exercises it), in its absence. Let's think, for instance, of the consequences that an economic crisis in a State that shares the currency with other States (such is the case of Euro, for exemple) could cause in the latter and, therefore, their interest in exercising solidarity towards the former. A similar, and particularly up-to-date, argument can be made also for the outbreak of an epidemic in a State belonging to a regional organisation where there is freedom of movement of goods and people.

[5] The expression can be found, for example, in J. G. MERRILLS, *International Dispute Settlement,* Cambridge University Press, Cambridge, 5th ed., 2011, p. 272.

[6] For example, a field where the so-called "regional solidarity" led to concrete results of a certain importance is the one of maintenance of international peace and security with measures not involving the use of force. My book L. PASQUALI, *Il contributo delle organizzazioni regionali al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale con mezzi non implicanti l'uso della forza*, Giappichelli, Turin, 2012, provided the starting point for my thinking about the subject.

Such theoretical assumption seems to be corroborated in practice from the analysis of what happens in the regional organisation which represents the best example of integration among its Member States: i.e. the European Union[7].

In truth, the idea of solidarity seems to be inherent in the idea of European integration itself.

Let's quote, in this sense, the founding political act of the European Coal and Steel Community, the Schuman declaration, where the following words state that: "*Europe will not be made all at once, or according to a single plan. It will be built through concrete achievements which first create a* **de facto *solidarity***".

From a legal point of view there are several provisions, both in the TEU and in the TFEU (but also in the Charter of Fundamental Rights of the European Union), which enshrine solidarity in European Union law. Thus, in the TEU solidarity is listed both among the values of the E.U.[8] and among its aims, in particular with regard to the relations between generations, the ones among Member States[9] and the relations between the Union and the wider world[10]. Furthermore, it is one of the principles that inspire the C.F.S.P., since it must be advanced in the wider world[11] and applied to the relations among Member States in the implementation of the C.F.S.P. itself[12]. Additionally, according to

[7] Books on solidarity in E.U. Law include C. JIMENEZ PIERNAS, L. PASQUALI, F. PASCUAL VIVES (eds.), *Solidarity and Protection of Individuals in E.U. Law*, Giappichelli, Turin, 2017. A more critical approach can be found in A. GRIMMEL, S. M. GIANG (eds.), *Solidarity in the European Union – A Fundamental Value in Crisis*, Springer, Cham, 2017.

[8] Art. 2 TEU: "*The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail*".

[9] Art. 3 TEU: "*3... It shall combat social exclusion and discrimination, and shall promote social justice and protection, equality between women and men, solidarity between generations and protection of the rights of the child. It shall promote economic, social and territorial cohesion, and solidarity among Member States*".

[10] Art. 3 TEU: "*5... In its relations with the wider world, the Union shall uphold and promote its values and interests and contribute to the protection of its citizens. It shall contribute to peace, security, the sustainable development of the Earth, solidarity and mutual respect among peoples, free and fair trade, eradication of poverty and the protection of human rights, in particular the rights of the child, as well as to the strict observance and the development of international law, including respect for the principles of the United Nations Charter*".

[11] Art. 21 TEU: "*1. The Union's action on the international scene shall be guided by the principles which have inspired its own creation, development and enlargement, and which it seeks to advance in the wider world: democracy, the rule of law, the universality and indivisibility of human rights and fundamental freedoms, respect for human dignity, the principles of equality and solidarity, and respect for the principles of the United Nations Charter and international law*".

[12] Art. 24 TEU: "*2. Within the framework of the principles and objectives of its external action, the Union shall conduct, define and implement a common foreign and security policy, based on the*

art. 31 TEU, it is a "*spirit of mutual solidarity*" that induces a Member State which abstained in the Council vote in the field of the C.F.S.P. to refrain from any action likely to conflict with or impede Union action, even if it is not legally obliged to apply the decision itself.

In the TFEU there are several provisions which conjugate different profiles of solidarity. Already in the Preamble solidarity is mentioned as the basis of the bond between the E.U. and "*overseas countries*".

Moreover, there is the specification of some cases where the implementation of solidarity among Member States and between Member States and the Union is explicitly provided for: asylum, immigration and external border control[13]; difficulties in the supply of certain products and resources[14]; energy[15]; terrorist attack or natural or man-made disaster of which a Member State is victim[16].

In the Charter of Fundamental Rights of the European Union a whole Title, the IV, which includes twelve articles (from 27 to 38), is entitled "solidarity". It deals with provisions that concern labour law and social security and social assistance law (articles 27-34), health and environment protection (articles 35 and 37), access to services of general economic interest (article 36) and consumer protection (article 38).

The question which arises is if this enshrinement of solidarity within the European Union and its law represents an *unicum* or if it is just an example, albeit advanced, of what is happening in international organisations and specifically in regional integration ones.

In order to try to give a first, partial, answer to such question it is appropriate to analyse the position of solidarity in the law of the regional integration organisation which, probably, represents the comparatively closest experience to what happens in Europe, the Southern Cone Common Market (or

development of mutual political solidarity among Member States, the identification of questions of general interest and the achievement of an ever-increasing degree of convergence of Member States' actions".

[13] Art. 67 TFEU: "*1. The Union… shall frame a common policy on asylum, immigration and external border control, based on solidarity between Member States…*". Similarly, see also art. 80 TFEU.

[14] Art. 122 TFEU: "*1. Without prejudice to any other procedures provided for in the Treaties, the Council, on a proposal from the Commission, may decide, in a spirit of solidarity between Member States, upon the measures appropriate to the economic situation, in particular if severe difficulties arise in the supply of certain products, notably in the area of energy*".

[15] Art. 194 TFEU: "*1. In the context of the establishment and functioning of the internal market and with regard for the need to preserve and improve the environment, Union policy on energy shall aim, in a spirit of solidarity between Member States, to: (a) ensure the functioning of the energy market; (b) ensure security of energy supply in the Union; (c) promote energy efficiency and energy saving and the development of new and renewable forms of energy; and(d) promote the interconnection of energy networks*".

[16] Art. 222 TFEU: "*1. The Union and its Member States shall act jointly in a spirit of solidarity if a Member State is the object of a terrorist attack or the victim of a natural or man-made disaster...*".

MERCOSUR), although relevant differences exist between the two experiences, in particular the lower degree of integration in the Latin-American than in the European one[17].

2. The evolution of MERCOSUR Law, from free trade to solidarity economy

In order to approach in the best possible way the issue of solidarity in MERCOSUR law it seems appropriate to recall, first of all, that it was born at the beginning of the '90s of the past century (the Asunción Treaty that established it actually dates back to 1991). In that historical period, the worldwide prevailing tendency was to create economic blocs, i.e. organisations which had, as a founding idea, the free trade in goods among the members of the bloc (that, in the case of MERCOSUR, was initially composed of Brazil, Argentina, Uruguay and Paraguay[18]). For such reasons, it is convincingly argued that it is the result of an "open regionalism", of a neo-liberal mould[19], since the initial idea of MERCOSUR excluded from its agenda the social, cultural, political, productive and environmental dimensions in its integration model[20].

Therefore, the fact that in the Asunción Treaty the word solidarity is not even mentioned is not such a big surprise.

In truth, also in the Treaty establishing the European Economic Community the references to solidarity were neither many nor particularly important. It is possible to find such reference only in the premises and, furthermore, with a very particular meaning, since it concerns the relations between the Community and some of the former colonies of some Member States[21].

[17] Many papers or books are devoted to this topic. An interesting study is M. DI FILIPPO (ed.), *Organizzazioni regionali, modello sovranazionale e metodo intergovernativo: i casi dell'Unione europea e del Mercosur*, Giappichelli, Turin, 2012.

[18] Actually, nowadays all countries in South America participate in some way in MERCOSUR since, in addition to the four founding States, Venezuela joined as fifth member (it applied in 2006 and was formally admitted in 2012, although it is currently suspended from all the rights and obligations resulting from its membership, according to art. 5, par. 2, of the Ushuaia Protocol), while Bolivia, whose accession protocol was signed in 2015 by the representatives of all Member States, is still awaiting for the finalisation of the accession procedure through the ratification of the parliaments of such States. Chile, Peru, Colombia, Ecuador, Guiana and Suriname, instead, are associate States, respectively since 1996 (Chile), 2003 (Peru), 2004 (Colombia and Ecuador) and 2013 (Guiana and Suriname).

[19] In this sense see, *inter alios*, G. FERREIRA SANTOS, B. S. NASCIMIENTO SANTOS, *The principle of Solidarity in the Latin American Legal System*, in C. JIMÉNEZ PIERNAS, L. PASQUALI, F. PASCUAL-VIVES, *Solidarity and Protection of Individuals in E.U. Law*, *op. cit.*, p. 312.

[20] See INSTITUTO SOCIAL DEL MERCOSUR, *Plan Estratégico de Acción Social del MERCOSUR (PEAS)*, Tekoha, Asunción, 2012, p. 11. The document is available on Internet at the website: https://www.mercosur.int/documento/plan-estrategico-de-accion-social-del-mercosur-peas/ (in Spanish).

[21] Even less relevant, for the purposes of the present writing, is the reference to solidarity with the "*people of Berlin*", which, moreover, is not even included in the Rome Treaty *stricto sensu*, but in the "*Joint Declaration on Berlin*" attached to it.

The Rome Treaty, however, dates back to 1957, while, with regard to E.U. law, the treaty which is coeval to the Asunción Treaty is the Maastricht Treaty (indeed, it dates back to 1992), which is the actual instrument that modified the primary European Union law by introducing several references to solidarity.

In the first decade of the life of the South American organisation, however, the economic asymmetries between the different areas within MERCOSUR, instead of being reduced, had aggravated[22], with economic activity concentrated in urban centres along the São Paulo–Buenos Aires "axis"[23]. This led to a rethinking, which resulted in a true "paradigm shift", as trade became complemented by the social dimension, characterized by equity promotion and regional welfare policies[24]. Some scholars believe that such phenomenon was favoured by the change of the political situation in the MERCOSUR Member States, with the election, at the beginning of the XXI century, of progressive governments in Argentina (2003), Brazil (2003) and Uruguay (2005), in addition to the adhesion of Venezuela[25].

An important moment of such shift is the "Final Declaration"[26] of the "*I Cúpula social*", held in the Brazilian capital, Brasilia, on the 13th and 14th December 2006.

In this document -after stating the importance, in regional integration, of completing the commercial and economic dimensions with the political, social,

[22] "*La crisis social, económica y política que afectó a la región principalmente entre 1998 y 2002 puso al descubierto las limitaciones y el agotamiento de aquel modelo de desarrollo a nivel de los Estados Partes, debilitando también al MERCOSUR y a las capacidades de los Estados — encargados de llevar adelante los procesos de integración regional—, que dejaron de operar con la lógica mercantilista y burocrática hacia sus instituciones. La "nueva cuestión social" se plasmó con mayor virulencia, arrojando altos niveles de inequidad, pobreza, desempleo y exclusión social en varios países de la Región. A este proceso se sumaron transformaciones y cambios en las coyunturas regionales, identificando nuevos segmentos de la población — denominados "nuevos pobres" —, individuos y familias que se constituyeron en los principales destinatarios de las políticas sociales asistencialistas y focalizadas. De esta manera se profundizó aún más la desigualdad en la Región, afectando severamente los niveles de cohesión, equidad e integración social en los Estados de la Región*"; INSTITUTO SOCIAL DEL MERCOSUR, *Plan Estratégico de Acción Social del MERCOSUR (PEAS), op. cit.*, p. 11.

[23] On the topic see N. MELLADO, R. GAJATE, *La inclusión de la regiones en el MERCOSUR*, in *Aportes para la Integración Latino-americana*, vol. 4, n. 4, 1998, pp. 91–123, at p. 91.

[24] J. BRICEÑO RUIZ describes this "paradigm shift" in his paper *New left governments, civil society, and constructing a social dimension in Mercosur*, in B. CANNON, P. KIRBY (eds.), *Civil Society and the State in Left-Led Latin America*, Zed Books, London, 2012, p. 175.

[25] The possible relevance of the change of the political situation in the MERCOSUR Member States is discussed by T. MUHR, *South-South Cooperation and the Geographies of Latin America-Caribbean Integration and Development: A Socio-spatial Approach*, in *Antipode*, vol. 49, n. 4, 2017, pp. 843-866, at p. 855, and also by J. BRICEÑO RUIZ, *New left governments, civil society, and constructing a social dimension in Mercosur*, *op. cit.*

[26] The full text of the declaration is available on Internet, for example at the websites: https://issuu.com/secretariageralpr/docs/cupula_declaracaoport (in Portuguese) and http://consejodepaz.org.ar/declaracion-final-cumbre-social-mercosur/ (in Spanish).

labour, environmental and cultural ones, with the aim of "overcoming neoliberalism", in order to move towards a completer and more democratic MERCOSUR[27] - there is an explicit reference, in two points, to "solidarity economy". More specifically, solidarity economy is mentioned as a fundamental instrument both to achieve a model of sustainable development[28] and to build a more just society, to generate decent work and incomes, and to include the excluded populations[29].

Even if the legal value of such declaration is limited, since it consists basically of a series of recommendations to be delivered to the Presidents of the MERCOSUR Member States in occasion of their following summit, its political implications are anything but insignificant. Indeed, the declaration was signed by more than five hundred representatives of the civil society and of the governments of the five MERCOSUR Member States.

Such ideas were later effectively developed in the Strategic Plan for Social Action (PEAS), adopted in 2011 in conclusion of the Asunción summit among the Ministers and the authorities responsible for social policies[30].

In the abovementioned document it is explicitly stated that the aims of MERCOSUR were by then different from the initial ones, since the concept of a regional integration exclusively based on factors and indicators of economic and commercial growth had been overcome, and since it was necessary to complete the view of an exclusively market-oriented MERCOSUR with a strategic project which involved the social dimension[31].

The PEAS embraces the idea of "solidarity economy"[32] (together with the one of "cooperation based on solidarity"[33]). In such frame the MERCOSUR project "Social and Solidarity Economy for Regional Integration"is developed. It is aimed at countering the serious social, economic, productive and

[27] *Ibid.*, § 2.

[28] *Ibid.,* § 12.

[29] *Ibid.,* § 18.

[30] The full text of the Plan can be found in INSTITUTO SOCIAL DEL MERCOSUR, *Plan Estratégico de Acción Social del MERCOSUR (PEAS), cit.*, p. 41 ff. For information about PEAS (in Spanish and Portuguese) a starting point is the dedicated page of the website of the Social Institute of MERCOSUR, at the link: https://peas.ismercosur.org/es/portada/.

[31] See INSTITUTO SOCIAL DEL MERCOSUR, *Plan Estratégico de Acción Social del MERCOSUR (PEAS), cit.*, p. 9 ff.

[32] More specifically, in Axis VI of the Plan (entitled "*Ensuring productive inclusion*") the solidarity economy is included in Directive 17, which consists exactly in promoting also solidarity economy and, as a consequence, among the priority objectives of Directive 17 itself, in which the promotion of the consumption of products and services resulting from solidarity economy is also mentioned.

[33] Its promotion, together with the exchange for the improvement of education systems, is the subject of Directive 12, included in Axis IV "Universalising education and eradicating illiteracy". On solidarity in MERCOSUR in the field of education see *infra*.

commercial asymmetries through the adoption of public policies in the field of social rights such as food, health, labour, housing, education and culture[34].

Moreover, solidarity is expressly mentioned among the key principles of MERCOSUR international cooperation policy, together with non-conditionality, consensus and mutual benefit, but always respecting the principle of non-interference in the internal affairs of other States.

This is clearly stated in a MERCOSUR legal instrument, the Decision of the Common Market Council N° 23/14 dated 16 December 2014, more precisely in art. 2 of its Annex which establishes the "MERCOSUR International Cooperation Policy"[35].

Such article gives a definition of solidarity, which is "understood as the achievement of the development goals of all participants".

It is, therefore, a purely economic meaning of solidarity, which takes undoubtedly into account the fact that within MERCOSUR there are serious asymmetries both between the different countries and between urban centres and rural areas.

Going back to the parallelism with what happens in the European Union, it is possible to highlight a relevant similarity with the amendments to the Treaty establishing the European Community introduced by the Maastricht Treaty. In particular, art. G. of the latter provides that: "*2) Article 2 shall be replaced by the following: «Article 2 The Community shall have as its task… to promote… a high degree of convergence of economic performance, a high level of employment and of social protection… economic and social cohesion and solidarity among Member States»*".

The quoted provision goes on underlining which activities of the Community will be included in the new art. 3: a policy in the social sphere; the strengthening of economic and social cohesion; a contribution to the attainment of a high level of health protection and a contribution to education and training of quality. Such concepts are further developed in the Protocol on economic and social cohesion, attached to the Maastricht Treaty itself.

The rule contained in the primary European Union law currently in force that resembles the most the notion of solidarity accepted in MERCOSUR as described *supra* is art. 174 TFEU. According to it the strengthening of the economic and social (but also territorial) cohesion is pursued through the reduction of the "*disparities between the levels of development of the various regions*" and of the "*backwardness of the least favoured regions*", with specific care for

[34] Other information on the project is available on Internet at the website: *http://www.socio-eco.org/bdf_fiche-document-5802_it.html*.

[35] The full text of the decision is available on Internet, at the following link: *https://www.mercosur.int/documento/decision-cmc-23-14/*.

rural areas, areas affected by industrial transition and regions which suffer from severe and permanent natural or demographic handicaps.

3. The FOCEM

From a financial point of view the tool created within MERCOSUR in order to implement the PEAS is the "MERCOSUR Fund for Structural Convergence", or FOCEM[36]. The fund was established with the Decision of the Common Market Council (or CMC) N° 45/04 of December 16th, 2004[37] and completed with Decision N° 18/05 of June 19th, 2005[38]. It is meant for financing programs to promote structural convergence, increasing competitiveness and promoting social cohesion, in particular within the smaller economies and the less developed regions; supporting the functioning of the institutional structure and the strengthening of the integration process[39].

Its original period of validity, according to art. 22 of Decision N° 18/05, should have been ten years from the payment of the first contribution by one of the FOCEM Member States, which happened in 2006. However, it was extended by Decision N° 22/15 of July 16th, 2015[40] for a further ten years (in this case, calculated from the 1st of January of the year following the one of the entry into force of the decision itself[41]).

The FOCEM is a tool of economic solidarity within MERCOSUR from a double point of view. First of all, it is such on a purely international level, since funds are redistributed from the more developed countries to the ones with a weaker economy. Secondly, it is such also from a "semi-statal" or, *rectius*, "semi-federal" point of view. Socio-spatially public policies are mobilised to redistribute resources from the dynamic centres in the MERCOSUR territorial space to historically marginalised zones, in order to contribute to reducing the severe social, economic, productive and commercial asymmetries between the two sides of the border, to contain the rural exodus (of especially young people), and to restrain labour exploitation.

In Decision N° 18/05, after making clear in art. 5 that the contributions of the MERCOSUR Fund for Structural Convergence Member States must be qualified as non-repayable grants, it is specified, in the following art. 6, that the

[36] For a website (in Spanish and Portuguese) specifically devoted to the FOCEM: *https://focem.mercosur.int/es/*.

[37] The full text of the decision is available on Internet, at the following link: *https://focem.mercosur.int/uploads/normativa/DEC_045-2004_ES_FondoConvergenciaEstructural-3.pdf.*

[38] The full text of the decision is available on Internet, at the following link: *https://focem.mercosur.int/uploads/normativa/DEC_0182005_ES_FE_IntyFuncFOCEMyFortalEstrctInstit-1.pdf.*

[39] Art. 1 of Decision N° 45/04 and art. 1 of Decision N° 18/05.

[40] The full text of the decision is available on Internet, at the following link: *https://focem.mercosur.int/uploads/normativa/DEC_022-2015_ES_%20Renovacion%20FOCEM-8.pdf.*

[41] Cf. art. 9 of Decision N° 22/15.

annual total of the contributions (which amounts to one hundred million dollars), must be divided among the different Member States in percentages calculated on the basis of the historical average of their GDPs[42]. As a consequence, the sum of the contributions of Brazil and Argentina amounts to the 97% of the total (respectively, 70% Brazil and 27% Argentina), while Uruguay and Paraguay only contribute, respectively, with the 2% and the 1%.

The redistributive effect is achieved through the combined provisions of this art. 6 and art. 10, according to which the resources of the FOCEM must be distributed among the Member States on the basis of the following percentages: Paraguay 48%; Uruguay 32%; Argentina and Brazil 10% each. Argentina, but especially Brazil, therefore, are net contributors, while Paraguay and, to a lesser extent, Uruguay are net beneficiaries of the program.

In practice, between 2006 and 2015, the total paid sum, amounting to 1.306 million dollars, was provided in the following way: Brazil 72.5% of the total (which corresponds to 947.5 million dollars: 647.5 as regular contribution and 300 as voluntary contribution); Argentina 19.1% (which corresponds to 249.7 million dollars); Venezuela 6.2% (which corresponds to 81 million dollars); Uruguay 1.4% (which corresponds to 18.5 million dollars) and Paraguay 0.7% (which corresponds to 9.2 million dollars)[43]; such funds were redistributed to Paraguay, 43.70% of the total, Uruguay, 29.15% of the total, and Venezuela, Argentina and Brazil at equal shares (9.05% of the total each). Such discrepancy with what the legal texts provided depends, basically on a new member State (Venezuela) joining MERCOSUR and also FOCEM after Decision N° 18/05. Moreover Brazil, because of its voluntary contribution, paid a higher percentage of what was due, even if the number of contributors had increased for the said accession of Venezuela (this should have determined, in theory, a decrease of the amount due from Brazil, as well as from the others).

What really happened in the period 2006-2015 was taken into consideration for modifying the FOCEM with Decision N° 22/15 of July 16th, 2015.

On the one hand, the fact that the members were not four, but five, has resulted, according to what is specified in art. 3 of the latter decision, both in the increase of the annual total of the contributions (which goes from 100 to 127 million dollars) and in the review of the percentages of the single countries. Accordingly, Brazil is called to contribute with 70 million dollars (which correspond to about 55.12% of the total), Argentina and Venezuela with 27 million dollars each (which correspond to about 21.26% of the total), Uruguay

[42] Moreover, art. 8 of the decision expressly provides that the MERCOSUR Fund for Structural Convergence, in order to develop the projects, can receive contributions both from third countries and from international institutions or organisms.

[43] Such data was found in C. G. ROJAS DE CERQUEIRA, *FOCEM: Evaluación sobre su desempeño y posibilidades de reforma*, OBEI/CADEP, Asunción, 2015.

with 2 million dollars (which correspond to about 1.57% of the total) and Paraguay with 1 million dollars (which correspond to about 0.79% of the total). On the other hand, because of art. 4 of the decision itself, the funds are redistributed in percentages which reflect what happened in practice. More specifically, Paraguay gets the 43.65% of the total, Uruguay gets the 29.05% and Venezuela, Argentina and Brazil each get the 9.1%.

The importance of the FOCEM is highlighted in the joint statement of the Presidents of the MERCOSUR Member States adopted in conclusion of the summit held in Montevideo on July 12th, 2013, where it is qualified as the "principal tool of solidarity within the region to fight the asymmetries" [44].

However, even if such tool actually obtained some results, it still has relevant limits.

On the one hand, it is important to remember that in its first decade of life, it approved funding for about fifty projects in various sectors, such as housing, transport, energy, productive integration, biosecurity, capacity building, sanitation and health, and education, whereby micro, small and medium community-based enterprises and cooperatives are primarily promoted[45]. Moreover, for Paraguay the MERCOSUR Fund for Structural Convergence ranges first among multilateral cooperation institutions, for Uruguay it ranges second, for Argentina it ranges fourth and for Brazil it ranges fifth[46].

On the other hand, evidence suggests that the annual contribution of the MERCOSUR members to the FOCEM is only 0.008% of their GDPs, which makes it an instrument still needing to be improved[47].

The MERCOSUR Fund for Structural Convergence also recalls similar instruments which exist in European Union Law. The reference is to what is provided by current art. 175 TFEU, according to which, in order to strengthen the economic, social and territorial cohesion in compliance with the previous art. 174 TFEU, there are also the so-called "Structural Funds", namely the European Agricultural Guidance and Guarantee Fund, the European Social

[44] See *Comunicado conjunto de los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR*, Montevideo (Uruguay), 12 July 2013, § 33. The full text of the joint statement is available on Internet, at the following link: *http://antigo.itamaraty.gov.br/en/press-releases/9045-documents-adopted-at-the-summit-of-heads-of-state-of-mercosur-and-associated-states-montevideo-july-12-2013.*

[45] As highlighted by T. MUHR, *South-South Cooperation and the Geographies of Latin America-Caribbean Integration and Development: A Socio-spatial Approach*, in *Antipode*, vol. 49, n. 4, 2017, pp. 843-866, at p. 856.

[46] As pointed out by P. RODRÍGUEZ PATRINÓS, *El MERCOSUR: Nuevas formas de cooperación y coordinación política*, in B. AYLLÓN, T. OJEDA, J. SURASKY (eds.), *Cooperación Sur-Sur. Regionalismos e Integración en América Latina*, Catarata, Madrid, 2014, pp. 90-107, at p. 97.

[47] Such data is found in T. MUHR, *South-South Cooperation and the Geographies of Latin America-Caribbean Integration and Development: A Socio-spatial Approach*, *op. cit.,* p. 856.

Fund and the European Regional Development Fund[48]. In particular, the purpose of the latter is to "*help to redress the main regional imbalances in the Union through participation in the development and structural adjustment of regions whose development is lagging behind and in the conversion of declining industrial regions*", as provided by art. 176.

It can be useful to remember that the abovementioned funds were established with the Maastricht Treaty, in accordance with articles 130 A, 130 B and 130 C.

4. Solidarity among Member States in emergency

A field of European Union law where solidarity among Member States found an explicit recognition, in primary law, is the response to certain emergency situations. In particular, the reference is to what provided by art. 222 TFEU. Such article, which is the only one of Title VII, exactly entitled "Solidarity Clause", provides that the "*spirit of solidarity*" shall inspire the action of the E.U and of its Member States when one of the latter is hit by a terrorist attack[49] or is the victim of a natural or man-made disaster[50].

It is not unreasonable to state that also in MERCOSUR law there is, in such situations, a certain degree of solidarity.

With regard to terrorism, indeed, the difference between the law of the E.U. and of the Latin American organisation is not irrelevant.

In MERCOSUR, indeed, such hypothesis was taken into consideration only occasionally, in particular in the years at the turn of the century, as a reaction to the terrorist attacks which took place in that period both in the territory of a Member State (the specific reference is to the ones happened in the Republic of Argentina in 1992 and 1994 against the Argentine Israelite Mutual Association) and outside (in particular, the destruction of the twin towers in New York on September 11th, 2001). From the legal perspective this concern resulted in the adoption of the Decision of the Common Market Council N° 23/99 of December 7th, 1999, through which the "General Plan for Cooperation and Reciprocal Coordination on Regional Security Matters in MERCOSUR" was

[48] For information about such funds a starting point is the *ad hoc* page on the website of the E.U.: *https://ec.europa.eu/regional_policy/it/funding/*.

[49] Among references specifically about solidarity in E.U. Law if a Member State is the object of a terrorist attack M. DEL CHICCA, *Solidarity among Member States in case of a Terrorist Attack,* in C. JIMENEZ PIERNAS, L. PASQUALI, F. PASCUAL VIVES (eds.), *Solidarity and Protection of Individuals in E.U. Law*, *op. cit.*, pp. 27-48 stands out.

[50] Excellent papers about solidarity in E.U. Law if a Member State is the victim of a natural or man-made disaster include T. RUSSO, *Natural and Man-made Disasters: Solidarity among Member States*, *ibid.,* pp. 3-25.

established[51]; such plan repeals and replaces the previous Plan for Cooperation and Reciprocal Assistance on Regional Security, adopted with Decision of the CMC N° 6/98[52]. A specific section of such plan, the second of Chapter II, is specifically devoted to terrorism. However, according to the plan, cooperation is mainly limited to the prevention of terrorist attacks. There are measures such as the exchange of experience and information or the prompt cooperation in case of concrete risk situations, which is why a parallel with art. 222 of the TFEU is a daring attempt. Also, Decision N° 10/02 of July 5th, 2002[53], despite amending the plan precisely with regard to terrorism, does not foresee a different approach. It just improves what had already been established by Decision N° 23/99, creating for example a standard form for the exchange of information on investigations concerning terrorist activities[54].

Recently, in the framework of the 25th anniversary of the attack against the Argentinean Israeli Mutual Association (AMIA), a Presidential Declaration was adopted, reiterating the condemnation of terrorism in all its forms and the commitment of Member States to contribute to the fight against it[55]. However, such act, the political value of which cannot be ignored, adds nothing with regard to the implementation of the principle of solidarity among MERCOSUR Member States in the matter of counterterrorism.

On the other hand, there are fewer differences between the rights of the two regional integration organisations, the European and the Latin American one, when it comes to solidarity in case of disasters.

With regard to MERCOSUR first and foremost the "Additional Protocol to the Framework Agreement on the Environment of MERCOSUR on Cooperation and Assistance in Environmental Emergencies" signed by the representatives of the Member States on July 7th, 2004 in Porto Iguazù and entered

[51] See MERCOSUR/CMC/DEC. Nº 23/99, *Plan general de cooperacion y coordinacion reciproca para la seguridad regional*, Montevideo, 7 December 1999. The full text of the decision in available on Internet, for example (in Spanish) at the following link: *https://silo.tips/download/plan-general-de-cooperacion-y-coordinacion-reciproca-para-la-seguridad-regional*.

[52] See the first "*Whereas*" of the decision.

[53] MERCOSUR/CMC/DEC. Nº 10/02, *Adecuación del plan general de cooperacion y coordinacion reciproca para la seguridad regional entre los estados partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile,* Buenos Aires, 5 July 2002. The full text of the decision in available on Internet, for example (in Spanish) at the following link: *http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSRS/Decisions/dec1002s.asp*.

[54] See art. 5 of the Annex to the Decision.

[55] MERCOSUR, *Declaração de Presidentes sobre Terrorismo e 25° Aniversário do Atentado contra a AMIA*, Santa Fé, 17 July 2019. The full text of the Declaration is available on Internet, for example (in Portuguese) at the following link: *https://www.mercosur.int/documento/declaracao-de-presidentes-sobre-terrorismo-e-25-aniversario-do-atentado-contra-a-amia/*.

into force on April 21st, 2012, in accordance with its article 11, first paragraph[56] can be considered.

The fundamental role that solidarity plays in emergencies is recalled in the fifth paragraph of the Protocol's Preamble, which states that it is precisely in circumstances such as environmental emergencies that solidarity and good-neighbourly relations emerge. This statement recalls, indeed, the relationship between solidarity and disasters enshrined in E.U. law, specifically in article 222 TFEU.

Generally, in the Protocol "mutual cooperation and assistance" is preferred to the word "solidarity". These terms are used not only in the title of the Protocol itself, but also in the Preamble (in particular paragraphs 1, 3 and 4), as well as in the *corpus*, in articles 2, 5, 6, 8 and 9.

However, this terminological difference is not the only one between MERCOSUR law and E.U. law, nor the most important.

The scope *ratione materiae* of article 222 TFEU and that of MERCOSUR Protocol do not coincide, even though they were drafted at the same time[57].

First of all, the aim of the E.U. article is much broader, given that, as mentioned above, it concerns three cases, namely terrorist attack, natural disaster and man-made disaster, whereas MERCOSUR's Protocol concerns only environmental emergencies.

Secondly, not even the solidarity in environmental matters, which exists in both systems, coincides perfectly, having in one case to subsist in a situation of "environmental emergency" while in the other when there is a "natural disaster".

These two concepts do not correspond. The first one is defined in article 1(a) of the Protocol as follows: "*a situation resulting from a natural or anthropogenic phenomenon which is likely to cause serious damage to the environment or ecosystems and which, because of its characteristics, requires immediate assistance*". Conversely, there is no definition of "natural disaster" in article 222 TFEU. To find it, it is necessary to examine the Council Decision adopted in

[56] See MERCOSUR/CMC/DEC. N° 14/04, *Protocolo adicional al acuerdo marco sobre medio ambiente del Mercosur en materia de cooperación y asistencia ante emergencias ambientales*, Puerto Iguazú, 7 July 2004. The full text of the Protocol can be found on the Internet, for example (in Spanish) at the following link: *http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/dec1404s.asp*.

[57] Actually, the solidarity clause was formally introduced into primary E.U. law in 2009 by the Lisbon Treaty. The content of today's art. 222 TFEU had though already been set in the Treaty establishing a Constitution for Europe (signed in Rome by the representatives of all Member States on 29 October 2004, but never entered into force due to the lack of ratification by some of them), albeit in two different rules, art. I-43 for its substantive aspects and art. III-329 for its procedural rules.

application of the third paragraph of art. 222[58]. Specifically, article 3 of the Decision defines a disaster as "*any situation which has or may have a severe impact on people, the environment or property, including cultural heritage*". This situation is twofold, so it can be originated from natural events or caused by human behaviour. The MERCOSUR Protocol does not take into account this last hypothesis. However, even if we consider only the first case (disaster resulting from natural events), it is clear that this case is broader in E.U. law than the one outlined in MERCOSUR from two points of view.

The first is about the fact that in the latter situation the disaster should not only be of a natural origin, but it should also cause serious damage to the environment or ecosystems, whereas the one referred to in E.U. law, although also of natural origin, triggers the solidarity clause not only if it causes serious damage to the environment, but also if it causes such damage to people or property "*including cultural heritage*".

Second, mutual assistance and cooperation is expressly provided for in the Protocol only when "immediate assistance" is required, whereas this condition is absent in E.U. law. The latter, on the other hand, limits the possibility for the Member State to activate the solidarity clause in cases where "*after having exploited the possibilities offered by existing means and tools at national and Union level, it considers that the crisis clearly overwhelms the response capabilities available to it*", as article 4 of Decision 2014/415/EU specifies.

The higher degree of solidarity provided for in E.U. law in the event of a disaster in comparison to MERCOSUR law, in addition to the material scope of application, concerns the financial element.

While the general rule laid down in article 8 of the Protocol is that the State Parties which have sought cooperation from the others shall bear the costs thereof, although a different agreement is always possible, in the Decision 2014/415/EU – and in particular in its article 5 – is specified that the Union shall also seek to provide sufficient financial resources.

The need to trigger solidarity between Member States in the event of disasters through a practical cooperation and coordination is felt as much in MERCOSUR as in the European Union. It is the reason why both the "Specialised Meeting on Socio-Natural Disaster Risk Reduction, Civil Defence, Civil Protection and Humanitarian Assistance" (or REHU) and the subsequent "Meeting of Ministers and High Authorities for Integral Risk Management of Disasters" (for what concerns the Latin American organisation) and the "Community mechanism to facilitate reinforced cooperation in civil protection

[58] See Council Decision of 24 June 2014 on the arrangements for the implementation by the Union of the solidarity clause. The text of the Decision can be found on the Internet (in all the official languages of the Union) on the website: *https://eur-lex.europa.eu*.

assistance interventions" and the "Union Civil Protection Mechanism" (regarding the European Union) should be interpreted.

The REHU was established in 2009, by Common Market Decision N° 03/09 adopted in Asunción on July 24th, 2009[59], and its scope was to create "mechanisms for coordination and cooperation between national systems of risk management, civil defence, civil protection and humanitarian assistance of States Parties", as specified in its article 2. The REHU was replaced by the "Meeting of Ministers and High Authorities for Integral Disaster Risk Management" (or RMAGIR) by virtue of Common Market Decision N° 47/15 adopted in Asunción on December 20th, 2015[60], which, pursuant to its article 4, repeals Decision N° 03/09.

Once again, there is a certain similarity with E.U. law, where a first mechanism "*to facilitate reinforced cooperation in civil protection assistance intervention*"[61] was later replaced by an effective "Union Civil Protection Mechanism"[62].

The analogy includes also the fact that under both MERCOSUR and E.U. law, the Member States bear the primary responsibility for disaster prevention and management, while the competence of the regional organisation is limited to the mere coordination of Member States' activities and to the cooperation with and between them, as article 2 of MERCOSUR Decision 47/15 and article 1 of Decision 1313/2013/EU make clear. This is not a surprise, if one considers that in the field of civil protection the competence of the E.U. is only to carry

[59] MERCOSUR/CMC/DEC. N° 03/09. The full text of the Decision can be found on the Internet, for example (in Spanish) at the following link: *http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/DEC0309_s.pdf*. According to its article 4, this is a Decision that does not need to be incorporated into the legal systems of the MERCOSUR Member States, because it "*regulates aspects of the organisation or functioning of MERCOSUR*".

[60] MERCOSUR/CMC/DEC. N° 47/15. The full text of the Decision can be found on the Internet, for example (in Spanish) at the following link: *http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSRS/Decisions/DEC_047_2015_s.pdf*. Neither this Decision needs to be incorporated into the legal systems of the MERCOSUR Member States, as provided for by in its article 5.

[61] Established by Council Decision N° 2001/792/EC, Euratom of 23 October 2001. T. RUSSO, *Natural and Man-made Disasters: Solidarity among Member States*, *op. cit.*, p. 13 and p. 14 is a convenient reference for the legal basis of this Decision and that of the subsequent Decision N° 1313/2013/EU: "*The legislative reference was article 3(f) TEC which included, among the actions that could be taken by the EC to achieve its purposes, the adoption of measures in the field of civil protection. This occurred in accordance with different treaty provisions, such as those concerning the environment, 52 as well as article 308 TEC. On the basis of the latter article, the Council Decision 2001/792/EC, Euratom 53 established a Community Civil protection Mechanism to «… facilitate reinforced cooperation between the Community and the Member States in civil protection assistance intervention in the event of major emergencies, or the imminent threat thereof». Thanks to the Lisbon Treaty, civil protection has now a proper legal basis in article 196 TFEU which merely encodes the practice developed on the basis of the so-called disaster management cycle: prevention, preparedness and response to deal with disasters both inside and outside Europe.*".

[62] Established by Decision N° 1313/2013/EU of the European Parliament and of the Council of 17 December 2013.

out actions intended to support, coordinate or supplement the actions of the Member States, as expressly provided for by Article 6(f) TFEU. As better specified in article 196 TFEU, the "*cooperation between Member States*" is at the core of the system and the E.U. action is limited to supporting and supplementing that of the Member States and to promoting *"rapid and effective operational cooperation within the Union*", since the possibility of internal harmonisation of the legislation on the matter by the E.U. is expressly excluded[63].

The difference between the two regional systems lies, however, in the fact that while in MERCOSUR the activity of coordination and cooperation is entrusted to a body in which the representatives of all the States part of the bloc sit – the Meeting of Ministers and High Authorities for Integral Risk Management of Disasters, which is a subordinate body of the Common Market Council, in accordance with the provisions of article 1 of Decision 47/15 – in the European Union this function is entrusted to the European Commission, i.e. the institution composed of individuals not representing any Member State and delegated to promote the general interest of the Union, not of the individual States. In accordance with the requirement of Article 7 of Decision N° 1313/2013/EU, the mechanism created within the E.U. is also more structured and further analysed. This results, *inter alia*, from: the establishment of the "Emergency Response Coordination Centre" (or ERCC)[64]; the existence of a "Common Emergency Communication and Information System", or CECIS, managed by the Commission and ensuring communication and information exchange between the ERCC and the contact points of the Member States; certain operational powers attributed to the Commission. These include setting up and managing the capacity to mobilise and deploy expert teams, setting up and maintaining the capacity to provide them with logistical support, as well as facilitating the coordination of the pre-positioning by Member States of disaster response capacities within the Union. Compared to these, the functions attributed to RMAGIR by article 2 of Decision 47/15 seem to be of a more general and less penetrating nature. They consist in defining priorities for integrated disaster risk management, proposing cross-border sub-regional policies in this area and finally promoting the creation of an *ad hoc* platform for integrated disaster risk management.

Both the European and South American mechanisms are relatively broad in scope.

[63] A stimulating interpretation of this exclusion is provided by G. GATTINARA, *Art. 196 TFUE*, in A. TIZZANO (ed.), *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milan, 2014, p. 1668. The author considers that the major reasons are the different traditions of the Member States in the field of civil protection and the fact that the control of the territory is part of the true essence of the State.

[64] See art. 7 Decision N° 1313/2013/EU, which also specifies that: "*The ERCC shall ensure 24/7 operational capacity and serve the Member States and the Commission in pursuit of the objectives of the Union Mechanism*".

Specifically, as far as MERCOSUR law is concerned, while the scope of the "Additional Protocol to the Framework Agreement on the Environment of MERCOSUR on Cooperation and Assistance in Environmental Emergencies" is limited to environmental emergencies, as explained above, the second recital of Decision 47/15 explicitly refers to "*disasters, whatever their origin, which cause serious human, social and economic loss*". On the other hand, the breadth of the notion of disaster underlying the activation of the E.U. Civil Protection Mechanism appears from practice, due to the extreme heterogeneity of the cases in which it has been used[65].

Both the REHU and the RMAGIR undoubtedly constitute an application of the principle of solidarity in MERCOSUR law, although this has not been made clear in Decisions 03/09 and 47/15: only in Decision N° 1313/2013/EU solidarity is expressly mentioned[66] both in the Preamble – in particular in recitals 1 ("*The European Union should promote solidarity and should support, complement, and facilitate the coordination of Member States' actions in the field of civil protection*") and 5 ("*The Union Mechanism constitutes a visible expression of European solidarity*") – and in the body of the Decision, in article 1, paragraph 3 ("*The Union Mechanism shall promote solidarity between the Member States through practical cooperation and coordination of activities*"). This is not the case of MERCOSUR Decisions. This does not detract, indeed, from the fact that elements such as transboundary sub-regional disaster risk management policies based on national realities contributing to disaster risk management, provided for in Article 2 of Decision 47/15, are an expression of solidarity among MERCOSUR Member States in the field of environmental disasters.

5. Migrations and solidarity

In regional integration organisations' normative framework on migration, a distinction is usually made between migrants moving from one Member State of the organisation to another and third-country nationals arriving in the territory of a Member State. Generally speaking, from a legal point of view, migration between Member States tends to be much easier than migration from third countries. If this is undoubtedly true for the European Union, whose law

[65] "*It was activated several times to face disasters very different from each other, ranging from floods, earthquakes, forest fires, flash floods and landslides, oil spill, ammunition blast, tropical cyclone, storm, armed conflict, terrorist attack, typhoon, tsunami, severe respiratory infection (H1N1), volcano eruption, potential tailing dam collapse, Haiti cholera outbreak, the Ebola outbreak, etc. Later, it was adopted for the civil unrest in Libya and for the current refugee crisis in Europe*"; T. RUSSO, *Natural and Man-made Disasters: Solidarity among Member States, op. cit.*, p. 13.

[66] K. CEDERVALL LAUTA, *Disaster Law*, Routledge, New York, 2015, p. 89 describes the E.U. Civil Protection Mechanism as "*the short-term instrument for the realisation of the solidarity clause*". On the same fourth recital of Decision 1313/2013/EU though it is clearly stated that: "*The Union Mechanism should also contribute to the implementation of Article 222 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), by making available its resources and capabilities as necessary*".

allows a very wide freedom of movement and establishment to nationals of any Member State in any other Member State – also thanks to the existence of a citizenship of the Union which is additional to that of the Member States – this is also true, to a certain extent, in MERCOSUR law, although there are considerable differences with the E.U. normative framework.

The double application of the principle of solidarity in the two particular cases is different, due to their specific nature. In the first case (intra-organisation migration), the question is whether and to what extent the principle is applied in relations between the host State and nationals of other Member States who are on its territory[67]. In the second case (migration from third States), on the contrary, the degree of solidarity between Member States must be verified in particular in the management of refugees and irregular migrants[68].

In MERCOSUR law, with respect to the first of these two issues, it should be noted that there has been a sort of evolution[69]. Originally, the establishment of nationals of one Member State in the territory of another did not seem to be one of the organisation's priorities. In the Asunción Treaty, which is strongly based on free trade, the movement of persons is essentially seen as the necessary complement to the free movement of capital, goods and services within a larger and more efficient regional market. However, this issue was addressed after, also at a regulatory level. The first step in this direction was already taken in the 1994 Ouro Preto Protocol, but as it was aimed at the establishment of a customs union, focused on the free movement of goods and capital, so it deals only with the movement of workers as factors of production. A milestone in the path of solidarity between the citizens of a MERCOSUR Member State and another Member State, the host State specifically, is the Multilateral Agreement on Social Security, approved by Common Market Decision N° 19/97 adopted in Montevideo on December 15th, 1997[70]. The latter transposes into a legal text the declarations of the Member States on the necessary equality of rights between migrant workers of one MERCOSUR country and the nationals of

[67] Suggestions for those interested in reading further on the application of the principle of solidarity to citizens of a E.U. member State in other member States include my own paper L. PASQUALI, *The entitlement of migrant Union citizens to social assistance in the host Member State: which kind of solidarity?,* in C. JIMENEZ PIERNAS, L. PASQUALI, F. PASCUAL VIVES (eds.), *Solidarity and Protection of Individuals in E.U. Law, op. cit.*, pp. 51-91.

[68] Many papers or books are devoted to migration and E.U. law. Relevant publications include B. JONES, *EU common policy on asylum, irregular migration and external border control and solidarity between Member States*, *ibid.*, pp. 203-215.

[69] The same happened in E.U. law. See L. PASQUALI, *The entitlement of migrant Union citizens to social assistance in the host Member State: which kind of solidarity?*, *op. cit.,* p. 53 ff.

[70] MERCOSUR/CMC/DEC. N° 19/97. The full text of the Decision can be found on the Internet, for example (in Spanish) at the following link: *http://www.cartillaciudadania.mercosur.int/oldAssets/uploads/DEC_019-1997_ES_AcuSegSocial.pdf.* As specified in article 4, this is a decision that does not need to be incorporated into the legal systems of the MERCOSUR Member States, as it "*regulates aspects of the organisation or functioning of MERCOSUR*".

another MERCOSUR country and the harmonisation of the rules on worker mobility.

For the purposes of this analysis, the importance of this agreement lies in the fact that it adopts rules governing social security relations between MERCOSUR member States, as expressly stated both in the sole recital of the decision and in the Preamble to the agreement itself. The aim is to guarantee the right to social security benefits to nationals of a MERCOSUR country who reside and work in another Member State. The key provision is article 2, which provides that workers who are nationals of one Member State and who work or have worked in another Member State shall enjoy the same social security rights of the nationals of the latter country and shall be subject to the same obligations. These rights are also extended to their family members and assimilated persons[71]. The exact scope therefore depends on the domestic legislation of the host state, as set out in article 3, covering both cash benefits and health benefits.

While there is no doubt that these rules require host States to entitle social benefits to certain nationals of other Member States, it is equally true that this obligation is not the consequence of the application of a general principle of solidarity between the nationals of a host MERCOSUR country and the nationals of the other States belonging to the regional organisation, but rather a mere corollary of the free movement of workers.

This type of solidarity is the easiest to achieve, insofar as there is a link between the scope of equal treatment with nationals of the host state enjoyed by migrant workers and their role in the economy of the latter country.

In the light of the connection between solidarity and community, the right of an individual to social benefits depends essentially on his right to claim membership in a specific solidarity community. In general, two arguments are used to claim this membership: nationality or economic contribution[72]. The right to social benefits of nationals of other Member States in the host state, as outlined in the 1997 Agreement, is based on this second criterion, namely economic contribution. From a certain point of view, this can be considered as "natural" since, while it is true that membership of a solidarity community is often and primarily a matter of nationality, it is also true that it is easier to accept as members of a given solidarity community those who, while not having the same nationality as the other members of the group, nevertheless make an economic

[71] These social benefits, according to article 6, shall in principle also be provided to workers temporarily posted from one MERCOSUR country to another, the right being extended, even in this case, to their family members and assimilated persons.

[72] Links between community and solidarity are explored by M. DOUGAN, E. SPAVENTA, "*Wish You Weren't Here…": new models of social solidarity in the European Union*, in M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *Social Welfare and EU Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2005, p. 184.

contribution to public resources. And this is what migrant workers who are nationals of another Member State actually do in the host country.

As explained above, however, the right to enjoy the same social benefits of the host Member State nationals is not only granted to migrant workers who are nationals of another MERCOSUR country, but also to their family members and assimilates.

Since the latter do not *stricto sensu* make a direct economic contribution to the public resources of the host country, this might seem to be an exception to the principle that limits the allocation of social assistance in the host state exclusively to those who can claim membership of the solidarity community on the basis of their nationality or the economic contribution they make to it.

But, actually the family members of workers (as well as their assimilates) are, by definition, dependent on workers, unless they work themselves. In this last case, however, they would fall into the category of workers and would therefore belong to the solidarity community by virtue of their economic contribution to it. If, on the other hand, they do not work, they are basically considered by MERCOSUR law as a kind of "extension" of their family workers. The mere fact that workers contribute to the welfare system of the host Member State may justify the participation of family members (and assimilated persons) in that solidarity community, insofar as they contribute, albeit indirectly (i.e. thanks to the contribution of the worker on whom they depend), to that welfare system.

The next normative act that constitutes a further important step forward in the process of harmonisation of migration policies among MERCOSUR Member States[73] is the "Residence Agreement" signed in Brasilia on December 6th, 2002[74] (actually signed not only by MERCOSUR Member States, but also by Bolivia and Chile) and entered into force in 2009[75] following ratification by all States Parties, pursuant to article 14. This treaty effectively gives the nationals of each State party the right to establish in the territory of other contracting States[76], obtaining a temporary residence for a period of up to two years under article 4, which can subsequently be made permanent by virtue of article 5.

[73] See A. MARGHERITIS, *Piecemeal regional integration in the post-neoliberal era: Negotiating migration policies within Mercosur,* in *Review of International Political Economy*, n. 3, 2013, pp. 541-575, at p. 546.

[74] The full text of the Agreement can be found on the Internet, for example (in Spanish) at the following link: *https://www.mercosur.int/documento/acuerdo-residencia-nacionales-estados-partes-mercosur-bolivia-chile/*.

[75] L. CULPI, A. E. PEREIRA, *The Argentine Role in the Promotion of Migration Policy in Mercosur (1991–2014)*, in *Fédéralisme-Régionalisme*, vol. 16, 2016, p. 9, observes that: "*The document was implemented seven years after its creation, revealing the bloc's intergovernmental character as an obstacle.*".

[76] The same authors point out that "*This superseded Mercosur's commercial logic, which understood mobility only in relation to immigrant workers as a productive factor. The RA identified immigrants as*

In addition, under article 9, they enjoy the same "civil, social, cultural and economic rights and freedoms" of host States nationals, with equal treatment being provided for in the application of labour law, particularly as regards wages, working conditions and social security, and, for their children, access to education[77]. What is granted by this rule, however, is a minimum threshold that MERCOSUR law attributes to nationals of one Member State who migrate to the territory of another, since, by virtue of article 11, the rules of national law of the individual States that may be more favourable apply.

Conversely, the aforementioned right of residence (whether temporary or permanent) may be subject under the domestic law of the host State to the payment of a "service tax", pursuant to articles 4(g) and 5(e) respectively. In addition, permanent residence is further subject to proof by the applicant that he has lawful means of subsistence for himself and his cohabiting family group, as specified in article 5(d).

It is precisely the legitimacy of a tax that the host State may decide to impose on nationals of other Member States that constitutes an important difference, as regards the boundaries of solidarity, with respect to E.U. law. As is well known, a tax that an E.U. Member State imposes only on nationals of other E.U. countries is considered unlawful under E.U. law in light of the principle of non-discrimination between all those who enjoy European citizenship[78]. While in the European Union the limit to solidarity between the host country and the nationals of other Member States is the "*unreasonable burden*"[79], in MERCOSUR law the problem seems to be resolved, since the possibility to

citizens with numerous reasons for migration, such as students, religious leaders, or family members"; *ibid.*

[77] Moreover, "*El acceso a las instituciones de enseñanza preescolar o a las escuelas públicas no podrá denegarse o limitarse a causa de la circunstancial situación irregular de la permanencia de los padres*".

[78] For example, the Court of Justice concluded that a surcharge on enrolment in the universities of a Member State imposed on students who were nationals of other E.U. countries was unlawful under E.U. law. See CJEU, 2.2.1988, case 24/86, *Blaizot*, § 24. In this case, the seventeen applicants were all French nationals who had obtained residence permit to stay in Belgium as students in order to study veterinary medicine at University. However, they had to pay for each academic year, in addition to the registration fee, a surcharge, known as the *minerval,* as a personal contribution to expenses, from which Belgian students were exempt. In this judgment the Court applied to universities a principle it had already stated in relation to a higher institute of artistic education (CJEU 13.2.1985, Case 293/83, *Gravier*, § 25). Suggestions for those interested in reading further on this topic include my own paper L. PASQUALI, *L'accesso all'insegnamento superiore nello spazio giuridico europeo*, in E. CATELANI, R. TARCHI, *I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 89 ff.

[79] References on the limits to solidarity between the host country and the nationals of other Member States in E.U. law include my paper L. PASQUALI, *The entitlement of migrant Union citizens to social assistance in the host Member State: which kind of solidarity?, op. cit.*, p. 59 ff.

impose such a tax allows each State of the bloc to reduce the burden, avoiding it to become "overwhelming"[80].

While a certain degree of solidarity seems to be present in MERCOSUR law with regard to "internal" migration, i.e. migration of nationals from one Member State to another, the issue is different with regard to migrants from third countries.

Although the issue has been on the MERCOSUR agenda[81] since the first years of this century, the chosen approach does not seem to be oriented toward the sharing of problems among Member States on a solidarity basis, but rather on the coordination and, at best, the harmonisation of the migration policies adopted by them.

This seems to be evident from an examination of the instruments adopted by MERCOSUR to address the phenomenon.

The first instrument to consider is the Migration Forum of MERCOSUR, which was created in 2004 in the framework of the MERCOSUR Summit of Ministers of the Interior, composed of Member States' Ministers of Labour and officials from national migration authorities. It is within this body, which meets quarterly, that the main MERCOSUR decisions on migration are taken. In addition, during the same period, the Forum meeting held in the Chilean capital in May 2004 adopted the Santiago Declaration on Migration Principles[82]. The text of such Declaration made clear that it is aimed at coordinating migration policy in the bloc: the first paragraph of the Preamble states that "the migration issue in the region should be addressed through open multilateral dialogue mechanisms as a way of strengthening the integration process", while in the fifth paragraph of the Preamble is written that "it is the responsibility of the States Parties and Associated States of MERCOSUR to work in a coordinated manner in combating and preventing trafficking in persons and abuses

[80] A writing by A. MARGHERITIS, *Piecemeal regional integration in the post-neoliberal era: Negotiating migration policies within Mercosur*, *op. cit.*, p. 547 describing the genesis of article 9 seems to confirm this hypothesis: "*this agreement was the result of a counter-proposal of Argentina to Brazil's suggestion to implement a simultaneous amnesty; the Argentine delegation – aware of the implications of increasing immigration– considered it necessary to address the roots of the problem, that is, to create legal channels to end with irregular situations, which otherwise might become an overwhelming burden for the national government*".

[81] The role played by Argentina in this process is debated by: J. NICOLAO, *Las migraciones en la agenda del MERCOSUR. El rol de Argentina en el Foro especializado migratorio*, in *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2015, pp. 1-32; L. CULPI, A. E. PEREIRA, *The Argentine Role in the Promotion of Migration Policy in Mercosur (1991–2014)*, *op. cit.*; A. E. PEREIRA, J. B. GLAUCIA, A. L. CULPI, H. FIALHO PESSALI, *A governança facilitada no Mercosul: transferência de políticas e integração nas áreas de educação, migração e saúde*, in *Revista de administração pública,* 2018, pp. 285-302, at p. 289.

[82] MERCOSUR, *Declaración de Santiago sobre Principios Migratorios*, Santiago de Chile, 17 May 2004. The full text of the Agreement can be found on the Internet, for example (in Spanish) at the following link: *https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9083.pdf?view=1*.

related to illegal immigration in the region". Similarly, the actual text of the Declaration affirms: the need to develop tools for effective police and judicial cooperation in order to combat smuggling of migrants and trafficking in persons and children (Declaration IX), the importance of the use of coordination and cooperation mechanisms among migration bodies (Declaration XII) and the need for a multidisciplinary and multilateral approach to the migration phenomenon (Declaration XII).

This is confirmed by the analysis of the issues addressed in the meetings of the MERCOSUR Migration Forum, ranging from the harmonisation of Member States' migration legislation[83], the coordination of their migration policies[84], to the idea of developing a MERCOSUR Statute for refugees[85] and a MERCOSUR Agreement to standardise migration procedures[86].

Comparing MERCOSUR law with E.U. law on this issue[87], it can be concluded that, although MERCOSUR law is on the path towards the realisation of some of the goals already achieved by E.U. law – specifically the "*common policy on asylum, immigration and fair treatment of third-country nationals*" provided for under article 67, second paragraph, TFEU – there is no reference to the need to base the issue on principles of "*solidarity and fair sharing of responsibility between Member States, including its financial implications*", which are expressly provided for in primary E.U. law (in particular by art. 80 TFEU, but also by the same art. 67, second paragraph).

Scholars rightly attribute MERCOSUR's insufficient action in the field of immigration to its markedly intergovernmental character, which has been and continues to be an obstacle to a truly integrated approach to the issue[88]. In my

[83] "*In Mar del Plata, at the March 2006 meeting, the Argentine delegation again suggested a change to migration standards for the member states to ensure effective harmonization. At the May 2006 meeting, Argentina presented a paper demonstrating the reasons for harmonizing the legislation among the member states... In March 2007, Uruguay presented its new migration law, which was being studied by the Mercosur Parliament. Uruguayan migration laws were emulated from the Argentine migration laws, which is an example in this matter*"; L. CULPI, A. E. PEREIRA, *The Argentine Role in the Promotion of Migration Policy in Mercosur (1991–2014)*, *op. cit.*, p. 10, "*Observa-se, também, que a atuação mediadora do Mercosul provocou transferência entre a lei de migrações da Argentina e a Nova Lei de Migrações brasileira no 13.445/2017*"; A. E. PEREIRA, J. B. GLAUCIA, A. L. CULPI, H. FIALHO PESSALI, *A governança facilitada no Mercosul: transferência de políticas e integração nas áreas de educação, migração e saúde*, *op. cit.,* p. 291.

[84] "*Since 2010, increased concern has been voiced regarding coordinating immigration policy among the member states by promoting courses on International Refugee Protection*"; L. CULPI, A. E. PEREIRA, *The Argentine Role in the Promotion of Migration Policy in Mercosur (1991–2014)*, *op. cit.,* p. 10.

[85] This issue was addressed, for example, at the August 2012 Meeting.

[86] This issue was addressed in the 2011 and 2013 Meetings.

[87] On E.U. law see, *ex plurimis* B. JONES, *EU common policy on asylum, irregular migration and external border control and solidarity between Member States*, *op. cit.*

[88] See L. CULPI, A. E. PEREIRA, *The Argentine Role in the Promotion of Migration Policy in Mercosur (1991–2014)*, *op. cit.*, p. 12, who also specify that: "*The problems surrounding communitarian*

opinion, this same element could be at the basis of the aforementioned difference in the field of solidarity with what has been decided in the European Union where, as we know, although there are still elements of an intergovernmental character, the prevailing aspect is the "Community" one.

6. Concluding remarks

Solidarity has been present for many years in the national legal systems of the four MERCOSUR Member States[89]. In Argentinian, Brazilian, Paraguayan and Uruguayan public and private law systems is possible to find references to solidarity. Similarly, references to solidarity can be found in many international treaties and declarations signed by the countries of the region since the 19th century. However, at the foundation of the regional organisation, solidarity was not part of its law and this was the case for the first decade of its life, until the end of the last century.

However, for reasons better explained in the introductory paragraph above, things started to change at the beginning of this century. Solidarity, which appeared in MERCOSUR law through the concept of solidarity economy, has subsequently and gradually been extended to other fields. In particular, this paper analyses whether, how and to what extent solidarity exists in specific areas, such as emergency situations or migration.

In the light of the study carried out, it can therefore be concluded that, today, although the references to solidarity contained in MERCOSUR primary and secondary law are not many, it does not seem correct to affirm that there is no solidarity, deriving from MERCOSUR law, between the Member States of the organization and their citizens. On the contrary, it seems to be true that the notion of solidarity, although limitedly mentioned in MERCOSUR positive law, is indeed present and has been implemented in the South American regional organisation.

However, if one compares the degree of solidarity existing in MERCOSUR law, its extent and its depth, with that existing in the law of the regional organisation that, in a certain sense, is the touchstone for comparison on a global

decisions persist because of weak institutions combined with conflicts among member states". Other scholars point out that: "*Na questão migratória no Mercosul ocorre, essencialmente, uma troca de informações baseada na governança facilitada, pois os Estados estabelecem intercâmbio de informações e conhecimentos nesses debates, a exemplo do Programa Pátria Grande argentino, mas não são impelidos a transferir a política. Os Estados mantêm sua soberania, transferem apenas as políticas quando as consideram vantajosas e, por esse motivo, adéquam-se voluntariamente às políticas e às decisões regionais*"; A. E. PEREIRA, J. B. GLAUCIA, A. L. CULPI, H. FIALHO PESSALI, *A governança facilitada no Mercosul: transferência de políticas e integração nas áreas de educação, migração e saúde*, *cit.*, p. 292.

[89] For information about the principle of solidarity in the Latin American Legal system a starting point is G. FERREIRA SANTOS, B. S. NASCIMIENTO SANTOS, *The principle of Solidarity in the Latin American Legal System, op. cit.*

level, i.e. the European Union, it is easy to find out that such degree of solidarity is much lower in the South American bloc.

In order to understand the reason for this, it is worth remembering that MERCOSUR institutional structure – in contrast to that of the European Union, which is essentially of a community nature[90] – is totally intergovernmental[91]. As it is well known, the Ministers of Economy and Foreign Affairs of the Member States played the main role in MERCOSUR. The two main decision-making bodies of MERCOSUR are the Common Market Council and the Common Market Group. The first one is composed of the Ministers of Foreign Affairs and the Ministers of Economic Affairs of the Member States and is the highest decision-making body within MERCOSUR, being responsible for defining the political strategies of the bloc and for promoting and establishing the common market. The second one, on the other hand, constitutes the executive body of MERCOSUR and it is composed of representatives of the individual countries belonging to the respective Ministries of Foreign Affairs, Economy or Central Banks. The normative acts adopted by the two bodies (decisions and resolutions respectively) are not directly applicable in the Member States but must be transposed internally.

The absence of a MERCOSUR Court of Justice[92] is a further element that may help to compose the picture aimed at providing an explanation for the aforementioned difference between the law of the South American organisation and that of the European Union in the field of solidarity. The fundamental role that the C.J.E.U has played in the process of European integration in general[93] and in the application and development of the principle of solidarity in particular[94] has not been played by anyone in MERCOSUR, where this absence

[90] References on the institutional structure of the European Union can be found on any European Union law handbook.

[91] References on the institutional structure of MERCOSUR can be found on any MERCOSUR law handbook. Among these handbooks, in English, M. T. FRANCA FILHO, L. LIXINSKI, M. B. OLMOS GIUPPONI (eds), *The law of MERCOSUR,* Hart Publishing, Oxford, 2010, in particular Chapter 3, A. DREYZIN DE KLOR, *The Legal-Institutional Structure of MERCOSUR,* p. 29 ff. stands out. Without attempting to carry on a full analysis of the reasons for this different structure here, it is worth noting that MERCOSUR, having been established more recently, has had a shorter development time than the European regional organisation.

[92] Although some attempts to establish it have been carried on. References on these attempts include the following: C. CASTRO, *La solución de controversias entre Estados miembros del Mercosur*, in M. DI FILIPPO, *op. cit*., p. 123.

[93] Notable books dealing with the role of ECJ in European integration process include M. MADURO, *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution,* Bloomsbury Publishing, London, 1998; A. STONE SWEET*, The Judicial Construction of Europe,* Oxford University Press, Oxford, 2004.

[94] Accounts of the role of the ECJ in the application and development of the principle of solidarity include my paper L. PASQUALI, *The entitlement of migrant Union citizens to social assistance in the host Member State: which kind of solidarity?*, *op. cit.*

of "centralised" judicial solutions may have had a certain relevance also in the field of solidarity.

This link between integration among States at a regional level and the strengthening of the principle of solidarity seems understandable if one considers that the concepts of solidarity and community are closely interconnected and the right to enjoy the solidarity of others is, in general, normally closely related to the right to claim membership of a specific solidarity community[95]. Evidently, the more integration between States proceeds, the greater the creation of a real community is possible and consequently the easier and deeper solidarity tends to be.

Not to mention the fact that increasing integration between States follows the path from mere intergovernmental organisation to confederation or even federation. For example, the experience of the European Union is undoubtedly already beyond the first stage (i.e. that of pure and simple international organisation), even though it is certainly not (yet) a confederation or a federation of States.

Federalism has evolved in the field of the division of competences between federal States and central government. Alongside the "classic" models of dual federalism and cooperative federalism, a model of "solidarity-based" federalism has emerged in more recent times. While in the former (dual model) the central government could only act when it had exclusive powers and in the latter (cooperative) even when it had competing powers, in the solidarity model it can act to support, coordinate and supplement the action of the federated states, in a spirit of solidarity.

This initial comparison between MERCOSUR law and E.U. law, albeit limited to only two regional organisations, however important they may be, makes it possible to contemplate a further evolutionary line in contemporary international law, in which the law of cooperation has overlapped with the law of coexistence, which constituted the core of classical international law. Indeed, it does not seem far-fetched to assume that we are facing a gradual shift from the current law of cooperation towards a law of solidarity, and that the keystone is the increasing integration between States, specifically at the regional level.

[95] The right to claim membership of a specific solidarity community is debated by M. DOUGAN, E. SPAVENTA, *op. cit.*

A PROPOSITO DELLA NATURA PRESCRITTIVA DEL PRINCIPIO DI "PARITÀ DI ACCESSO ALLE CARICHE ELETTIVE". RIFLESSIONI A PARTIRE DA UNA RECENTE SENTENZA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SULLA CARENZA DI STRUMENTI SANZIONATORI "REALI" NELLA LEGGE ELETTORALE PUGLIESE

MARIA GRAZIA RODOMONTE*

Sommario

1. Premessa. – 2. Le ragioni del TAR contro l'accoglimento del ricorso. – 3. Su alcune premesse dalle quali muove l'argomentazione del giudice amministrativo difficilmente condivisibili: – 3.1. la definizione di un confine certo tra principio e dettaglio nella legislazione statale concorrente… – 3.2. …e la natura "programmatica" del principio costituzionale riferito alla parità di accesso alle cariche elettive. 4. Qualche breve osservazione finale in merito a una vicenda non ancora conclusa.

Abstract

The article examines the recent decision of the Puglia TAR with which it rejected the appeal proposed for the annulment of the proclamation of the elected to the Apulian Regional Council in the electoral round of 20 and 21 September 2020, and also held that the question of legitimacy the constitutional law presented by the applicants could not pass the check of "not manifest groundlessness". In the case mentioned, the failure of some electoral lists to respect the 60/40 ratio between the two sexes has been made possible by the absence in the regional electoral law of a "real", and not merely pecuniary, sanction, such as the one currently envisaged. However, this very absence represents a serious vulnus for the constitutional principle of equal access to elective offices and seems to question its prescriptive nature, already recognized by administrative and constitutional jurisprudence.

Suggerimento di citazione

M. G. RODOMONTE, *A proposito della natura prescrittiva del principio di "parità di accesso alle cariche elettive". Riflessioni a partire da una recente sentenza del giudice amministrativo sulla carenza di strumenti sanzionatori "reali" nella legge elettorale pugliese*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico, Sapienza Università di Roma – Dipartimento di Scienze Politiche.

Contatto: mariagrazia.rodomonte@uniroma1.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 1/2021
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Premessa

È ben noto come il cammino compiuto in Italia per la realizzazione dell'obiettivo della parità dei sessi sia stato - e sia tuttora - accidentato, sicuramente incrementale e, infine, mai pienamente compiuto[1].

Per un verso, infatti, le previsioni contenute negli artt. 29, 37 e 51 della Costituzione - declinazioni nei vari settori della vita del principio di eguaglianza "senza distinzioni di sesso", di cui al precedente art. 3 Cost. – hanno indubbiamente rappresentato una cesura rispetto al passato, consentendo nel corso degli anni successivi notevoli passi avanti lungo il percorso della parità. Dall'altro, però, soprattutto nel settore della "parità di accesso alle cariche elettive", gli obiettivi posti dal testo costituzionale hanno conosciuto interventi tardivi e un'affermazione tutt'altro che lineare. Ciò anche in conseguenza di una giurisprudenza costituzionale che ne ha inizialmente limitato la naturale *vis* espansiva attraverso il riferimento esclusivo al parametro dell'eguaglianza formale. Solo agli inizi del nuovo secolo, con la modifica dell'art. 51 Cost. e l'introduzione della previsione di cui al comma 7 dell'art. 117 Cost., è stato possibile saldare i successivi interventi del legislatore anche al connesso e inscindibile profilo dell'eguaglianza sostanziale[2], imprimendo quindi una notevole spinta al

[1] Con riferimento a tale percorso la letteratura è ormai estremamente ampia. Ci limitiamo quindi in questa sede a richiamare solo alcuni dei lavori monografici e dei saggi in tema più recenti. Tra le monografie vedi: M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne,* Raffaello Cortina Editore, Milano, 2020; G. PARRINELLO (a cura di), *Uguaglianza uomo – donna: storia di un'incompiuta,* Napoli, 2020; B. PEZZINI - A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza: una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 2019; G. MAESTRI, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria,* RomaTrePress, Roma, 2018; volendo, infine, M. G. RODOMONTE, *L'eguaglianza senza distinzioni di sesso in Italia. Evoluzioni di un principio a settant'anni dalla nascita della Costituzione,* Giappichelli, Torino, 2018. Tra i saggi, oltre quelli in seguito citati, vedi: L. LORELLO, *Quote rosa e parità tra i sessi,* in *Osservatorio AIC,* disponibile all'indirizzo: www.osservatorioaic.it, 2/2017, 1 ss.; con riferimento anche ad altri ordinamenti vedi inoltre E. IMPARATO, *La rappresentanza di genere tra sistemi elettorali, giurisprudenza costituzionale e modelli socio-culturali di 'effettiva uguaglianza,* in *Rivista AIC,* disponibile all'indirizzo: www.rivistaaic.it, 2/2018 e G. SULPIZI, *Donne e rappresentanza politica: la prospettiva comparata,* in *Consultaonline,* disponibile in www.giurcost.org, 3/2020; in senso contrario all'utilizzo di strumenti quali le "quote" vedi però A. ANZON, *Dignità delle donne e parità tra i sessi nell'accesso ad uffici pubblici e a cariche elettive (a proposito della protesta di costituzionaliste e costituzionalisti),* in *Osservatorio AIC,* disponibile all'indirizzo: www.osservatorioaic.it,3/2018.

[2] Come è stato infatti a ragione sostenuto proprio "l'unione tra eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale è la vera forza del principio di eguaglianza"; è tale unione, infatti, che ha "consentito lo sviluppo e l'evoluzione stessa di tale principio" (cfr. F. RESCIGNO, *Percorsi di eguaglianza,* Giappichelli, Torino, 2016, 14) riconoscendo progressivamente la necessità di interventi promozionali volti a rendere effettiva l'eguaglianza tra uomini e donne. Il senso dell'eguaglianza, ricavabile dalla complessiva formulazione dell'art. 3 Cost, deve essere rappresentata infatti "da un'immagine 'integrata', costruita non sulla coppia eguaglianza formale/eguaglianza sostanziale come blocchi distinti, alternativi, se non addirittura radicalmente contrapposti, ma su una linea di progressione" (così A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale,* Cedam, Padova, 2002, in particolate 261 ss.). L'integrazione tra prima e seconda parte

cambiamento con azioni promozionali nella legislazione elettorale dei vari livelli di governo.

Dopo un faticoso avvio, dunque, le modifiche costituzionali e l'intervento del giudice delle leggi hanno indubbiamente rappresentato i presupposti per un'evoluzione normativa favorevole all'affermazione del principio di parità in campo politico. Un'evoluzione che, però, persino ora, continua a procedere a singhiozzo, contrassegnata infatti da innovazioni significative ma anche da alcuni gravi ritardi[3] e, sul fronte regionale, da un'attuazione che può ben definirsi a "macchia di leopardo". Espressione, quest'ultima, che permette di fotografare il notevole grado di diversificazione regionale rispetto all'attuazione del principio di parità di accesso alle cariche elettive dovuto alla presenza, accanto ad alcune esperienze che mostrano un maggior grado di avanzamento, di altre certamente più in ritardo con riferimento al richiamato profilo[4].

dell'art. 3 Cost., al di là dei successivi sviluppi interpretativi da parte della giurisprudenza, appare invero già implicata dal riferimento alla "pari dignità sociale" quale elemento in grado di mettere in comunicazione i commi 1 e 2 dell'art. 3 della Costituzione. Su questo punto sia consentito ancora richiamare M. G. RODOMONTE, *L'eguaglianza senza distinzioni di sesso in Italia*, cit., in particolare 11-34.

[3] Si pensi infatti al mai applicato *Italicum* (l. n. 52 del 2015) e ora alla legge elettorale n. 165 del 2017. In tema vedi, tra gli altri, A. PITINO, *La rappresentanza di genere nella legge n. 165/2017,* in *Quad. cost.,* 1/2018; L. TAGLIERI, *parità di genere e prima applicazione della legge n. 165 del 2017,* in *Dir. fond.,* 1/2018; V. FOGLIAME, *La parità di genere nella legge elettorale e il ruolo dei partiti politici,* in *Osservatorio AIC,* disponibile all'indirizzo: www.osservatorioaic.it,3/2018, 129 ss.; P. SCARLATTI, *La declinazione del principio di parità di genere nel sistema elettorale politico nazionale alla luce della legge 3 novembre 2017, n. 165*, in *Nomos*, disponibile all'indirizzo: www.nomos.it, 2/2018.

[4] Come ricorda M. D'AMICO *Una parità ambigua,* cit., 105, infatti, solo nelle Regioni che hanno deciso di inserire nelle proprie leggi elettorali meccanismi incisivi di riequilibrio di genere si è registrato un notevole incremento della rappresentanza femminile, mentre in quelle nelle quali tali meccanismi incentivanti sono assenti la presenza è risultata di gran lunga inferiore, dovendosi talvolta registrare persino l'assenza di donne nei Consigli, come nel caso della Basilicata dopo le elezioni del 2015. Proprio tale situazione di evidente squilibrio in alcune Regioni maggiormente refrattarie all'introduzione di meccanismi di riequilibrio, resi necessari proprio dalla previsione costituzionale del principio di parità di accesso alle cariche elettive, ha reso necessaria la più recente modifica della legge n. 165 del 2004, contenente i principi fondamentali con riferimento al sistema di elezione regionale, con l. n. 20 del 2016 (su cui si veda quanto richiamato *infra* nel testo). Tale situazione non pienamente soddisfacente sul piano della rappresentanza femminile negli organi rappresentativi regionali permane tuttavia anche attualmente, come evidenzia il Dossier a cura del servizio studi della Camera dei deputati del 4 marzo 2020 (*La partecipazione delle donne alla vita politica e istituzionale – Dossier n. 104 – 5 marzo 2020,* 6) nel quale si legge che "Per quanto riguarda gli organi delle Regioni, la presenza femminile nelle assemblee regionali italiane si attesta in media intorno al 17,7% e risulta dunque molto distante dalla media registrata a livello UE-27, pari al 33,5%". La tabella allegata mostra inoltre come proprio le Regioni che nel 2018 non avevano ancora dato seguito alle previsioni contenute nella legge n. 165 del 2005, come modificata dalla l. n. 20 del 2019, e cioè Basilicata, Puglia, Calabria, Piemonte e Liguria, sono quelle che si attestano su una presenza femminile percentuale ancora più bassa e che oscilla dal 9,5% della Basilicata al 9,8% della Puglia e con la sola eccezione del Piemonte con una percentuale superiore a queste anche se pur sempre al di sotto della soglia del 20%, attestandosi su una presenza femminile del 15,7% del totale dei consiglieri. Come emerge inoltre nello studio realizzato dalle costituzionaliste (LE COSTITUZIONALISTE, *Il mancato adeguamento delle leggi elettorali*

In definitiva, quindi, nonostante si possa oggi constatare l'innegabile, progressiva affermazione del principio di parità in campo politico, il percorso per la sua piena realizzazione continua a rimane, almeno in parte, *in fieri* e non esente, inoltre, da gravi rischi involutivi rispetto a conquiste già raggiunte e all'esigenza di assicurare l'effettività del principio costituzionale.

Con riferimento a quanto da ultimo osservato particolare interesse desta una recente vicenda che ha visto protagonista, ancora una volta, la legge elettorale della Regione Puglia. Quest'ultima, come è noto, era già balzata infatti

regionali alle prescrizioni statali, in *Rivista del gruppo di Pisa,* disponibile all'indirizzo: www.gruppodipisa.it, 2/2020, 103 ss.) nonché dal *Dossier a cura del Senato della Repubblica – La parità di genere nella legislazione elettorale regionale,* n. 220, agosto 2020, ancora in quella data la legislazione delle Regioni richiamate non si era adeguata alle prescrizioni della legge statale. Mentre Piemonte e Liguria non avevano infatti adottato una propria legge, continuando ad applicare infatti la legge statale del 1995, priva, come è evidente, di norme sulla parità di genere, Calabria e Puglia, pur dotate di proprie leggi elettorali, non avevano recepito il dettato della legge n. 20 del 2016. La Calabria in particolare appariva del tutto carente sotto questo profilo, mentre la legge della Regione Puglia si era limitata a prevedere il rapporto 60/40 tra i sessi nelle liste ma non la doppia preferenza di genere. Tra queste solo la Regione Liguria è intervenuta *in extremis* prima delle ultime elezioni, con una nuova legge (legge reg. n. 18 del 2020) con la quale si è adeguata ai principi introdotti dalla legge n. 20 del 2016 (cfr. L. TRUCCO, *Dal mar Ligure allo Ionio: norme elettorali "last minute" e rappresentanze di genere di "mezza estate",* in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo,* in *consultaonline,* disponibile all'indirizzo: www.giurcost.org, 10 agosto 2020, in particolare 1-11). Per la Regione Puglia si è invece intervenuti attraverso l'attivazione del potere sostitutivo statale (vedi *infra* nota n. 5), non attivato invece per le Regioni Piemonte e Calabria. La ragione di tale mancata attivazione può essere forse rinvenuta nel fatto che per tali ultime Regioni non si era posto un problema imminente di mancato rispetto del principio, non essendo tra quelle per le quali era previsto il rinnovo della rappresentanza consigliare nel settembre 2020 (per una ricostruzione e analisi critica della vicenda vedi T. GROPPI, *"La Costituzione si è mossa": la precettività dei principi costituzionali sulla parità di genere e l'utilizzo del potere sostitutivo del governo nei confronti della Regione Puglia",* in *federalismi.it – paper,* disponibile all'indirizzo www.federalismi.it, 9 settembre 2020. Vedi in tema anche U. ADAMO, *Donne e politica, in Calabria si continua…a cavalcare le lumache!,* in *laCostituzione.info,* disponibile all'indirizzo: www.lacostituzione.info, 2 febbraio 2020; ID., *Principio di pari opportunità e legislazione elettorale regionale. Dal Consiglio calabrese una omissione voluta, ricercata e "votata". In Calabria la riserva di lista e la doppia preferenza di genere non hanno cittadinanza,* in *le Regioni,* 2/2020, 403-417; sui deludenti risultati elettorali regionali del 2020 vedi inoltre E. AURELI, *La parità di genere nell'accesso alle cariche elettive nelle elezioni regionali del 2020. Analisi e prospettive,* in *federalismi.it,* disponibile all'indirizzo www.federalismi.it, 34/2020, 18 ss.). In Calabria però, dopo la morte della Presidente Jole Santelli e lo scioglimento del Consiglio regionale (secondo quanto previsto dall'art. 126, c. 3 Cost. e dell'art. 33 dello Statuto calabrese) il rischio di avere nuove elezioni con una legge elettorale regionale per la quale non erano intervenute le modifiche rese necessarie dalla legge n. 20 del 2016 (cfr. T. GROPPI, *La Regione Calabria alla prova della democrazia paritaria: l'ultimo treno (prima della sostituzione statale),* in *laCostituzione.info,* disponibile all'indirizzo: www.lacostituzione.info, 20 ottobre 2020) si è nuovamente posto proprio in vista delle nuove elezioni che avrebbero dovuto inizialmente svolgersi il 14 febbraio 2021 e che sono state successivamente fissate per il prossimo 11 aprile 2021. In ogni caso nel corso della seduta del 10 novembre 2020 del Consiglio regionale si è infine giunti all'approvazione della legge regionale su *Norme in materia di rappresentanza e doppia preferenza di genere. Modifiche e integrazioni alla legge regionale 7 febbraio 2005, n. 1 (Norme per l'elezione del Presidente della Giunta regionale e del Consiglio regionale)* con l'introduzione della doppia preferenza di genere e la previsione che nelle liste elettorali i candidati di uno stesso sesso non devono eccedere il 60 per cento del totale.

agli "onori" delle cronache per essere stata oggetto dell'attivazione, da parte del governo, del potere sostitutivo statale in ragione della mancata previsione della doppia preferenza di genere[5], così come oggi prescritto dalla legge quadro

[5] Il governo con d.l. n. 86 del 31 luglio 2020, successivamente convertito in legge n. 98 del successivo 7 agosto 2020, ha esercitato infatti il potere sostitutivo di cui all'art. 120, c. 1 Cost., sulla base del mancato recepimento nella legislazione elettorale della Regione Puglia dei principi fondamentali espressi dalla legge statale n. 165 del 2004 così come modificata dalla successiva l. n. 20 del 2016 e successivamente alla formale diffida da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri alla Regione Puglia, in data 23 luglio 2020, ad intervenire per adeguare entro il 28 luglio le diposizioni della propria legge elettorali ai principi espressi dalla legge cornice statale così come novellata nel 2016. La sostituzione del governo ha così comportato l'integrazione della legislazione elettorale della regione Puglia introducendo, in vista delle successive elezioni previste il 20 e 21 settembre del 2020, la doppia preferenza di genere. Numerosi i commenti in dottrina alcuni dei quali tuttavia critici rispetto all'utilizzo, per la prima volta in questa occasione e con lo strumento del decreto legge, di un potere sostitutivo mai attivato in precedenza e che non sembrerebbe inoltre privo di elementi di "irragionevolezza". Vedi in proposito R. **DICKMANN**, *L'esercizio del potere sostitutivo con decreto-legge per garantire l'espressione della doppia preferenza di genere in occasione delle elezioni regionali in Puglia nel 2020,* in *Forum di Quaderni Costituzionali,* disponibile all'indirizzo *www.forumdiquadernicostituzionali.it,* 4/2020; D. CASANOVA, *Riflessioni sulla legittimità della sostituzione legislativa da parte del governo ex art. 120 Cost. Note critiche a partire dal decreto legge n. 86 del 2020,* in *Nomos*, disponibile all'indirizzo: www.nomos.it, 3/2020; F. CORVAJA, *Preferenza di genere e sostituzione legislativa della regione Puglia: il fine giustifica il mezzo?*, in *Quad. cost.,* 3/2020, 609 ss.; S. BISSARO, *parità di genere, autonomia regionale e potere sostitutivo del governo* ex *art. 120, secondo comma, Cost.: alcune riflessioni a partire dal caso della Regione Puglia,* in *Rivista del gruppo di Pisa,* disponibile all'indirizzo: www.gruppodipisa.it,, 1/2021, 44 ss.; per P. COLASANTE, *Il governo 'riscrive' la legge elettorale della Regione Puglia con la doppia preferenza di genere: profili problematici dell'esercizio del potere sostitutivo sulla potestà legislativa regionale,* in *federalismi.it,* disponibile all'indirizzo www.federalismi.it, 25/2020, la legge regionale pugliese sarebbe stata in realtà direttamente e implicitamente abrogata dalla legge statale di principio e, analogamente L. TRUCCO, *Dal mar Ligure allo Ionio,* cit., per la quale la questione avrebbe potuto più facilmente risolversi ritenendo che i principi posti dalla legge statale siano da considerarsi autoapplicativi con la possibilità che anche l'autorità amministrativa provveda in merito (vedi inoltre ID., *Preferenza di genere e sostituzione legislativa della regione Puglia: quando il fine potrebbe già avere il mezzo*, in *Quad. cost.*, 3/2020, 605 ss; in particolare, in relazione ai dubbi sul ricorso allo strumento del decreto legge cfr. M. COSULICH, Ex malo bonum? *Ovvero del decreto-legge n. 86 del 2020 che introduce la doppia preferenza di genere nelle elezioni regionali pugliesi,* in *federalismi.it – paper,* disponibile all'indirizzo www.federalismi.it, 9 settembre 2020; F. COVINO, *Potere sostitutivo del Governo e doppia preferenza di genere nelle elezioni pugliesi di fini estate,* in *Osservatorio AIC,* disponibile all'indirizzo: www.osservatorioaic.it, 5/2020, in particolare 39 e 40, invece, pur prospettando il dubbio di un *vulnus* al principio costituzionale di leale collaborazione arrecato dal potere sostitutivo statale ritiene tuttavia che nel piano del merito, l'intervento statale abbia certamente valorizzato il principio costituzionale della parità nella rappresentanza e sia quindi da considerarsi, in questa prospettiva, costituzionalmente legittima. Vedi infine T. GROPPI, *"La Costituzione si è mossa",* cit., in particolare 8 ss., la quale evidenzia la difficoltà a sottoporre in via incidentale al giudice costituzionale una questione di costituzionalità relativa a una legge elettorale regionale vigente non adeguata benché non si tratti di un rimedio impossibile da esperire. Inoltre, come il ricorso al potere sostitutivo statale non manchi, nel caso di specie, di far sorgere "qualche inquietudine" in relazione al timore che possa aprirsi un varco nell'autonomia delle Regioni. Il che sembra prospettare l'esigenza di un uso "massimamente oculato" di tale potere e un *self restraint* del governo che deve limitarsi a sanzionare le omissioni di particolare gravità. Tra le quali sembra potersi collocare, secondo l'A. "l'adeguamento a norme statali attuative di principi costituzionali quali quelli dell'art. 51, comma 1, e 117, comma 7, sulla parità nell'accesso alle cariche elettive".

statale in materia elettorale, n. 165 del 2004. A seguito di tale intervento, con d.l. n. 86/2020, convertito in legge n. 98/2020, era stata introdotta *in extremis* nella legge regionale vigente la previsione in base alla quale la seconda preferenza deve essere "riservata a un candidato di sesso diverso dall'altro". In occasione della tornata elettorale del 20 e 21 settembre 2020 per il rinnovo del Consiglio regionale della Regione Puglia[6], pur in presenza del meccanismo della doppia preferenza così introdotto, solo otto consigliere sono però risultate elette su un totale di 50 membri del Consiglio regionale. Un ben magro risultato sul quale, almeno in parte[7], ha pesato la violazione da parte di alcune forze politiche dell'altro principio fondamentale fissato dalla legge statale n. 20 del 2016, quello cioè in base al quale le liste devono essere composte in modo che i candidati dello stesso sesso non eccedano il 60 per cento del totale. In particolare, le liste di *Forza Italia* e di *La Puglia domani* in alcune circoscrizioni non hanno infatti dato alcun seguito a tale principio con la conseguenza che, con la proclamazione avvenuta il 26 ottobre 2020, sono risultati eletti ben sei candidati appartenenti a liste composte in violazione della proporzione 60/40 tra i due sessi prevista dalla legge.

Nell'occasione oggetto di queste brevi riflessioni sembra quindi prospettarsi per la legge elettorale della Regione Puglia un'ulteriore ragione di contrasto con i disposti costituzionali, oltre che, conseguentemente, con quelli della legge statale e dello stesso Statuto regionale quali norme interposte, in tema di promozione di pari opportunità tra donne e uomini nell'accesso alle cariche elettive. In particolare la legge regionale appare viziata nella parte in cui non prevede sanzioni "ripristinatorie", applicabili quindi già in fase di ammissione/esclusione delle liste, in caso di mancato rispetto del richiamato principio di parità di genere nelle liste. La legge regionale pugliese si limita infatti in questo caso a prevedere esclusivamente una di quelle misure sanzionatorie che possono essere ascritte a quelle più blande[8], trattandosi della mera previsione

[6] Come è noto nel corso delle giornate del 20 e 21 settembre scorso si sono svolte contestualmente diverse consultazioni, in un primo momento rinviate a causa dell'emergenza pandemica e successivamente accorpate nell'*election day* del 20 e 21 settembre 2020. Tra queste, oltre al referendum costituzionale confermativo sulla riduzione del numero dei parlamentari, alle elezioni suppletive di due senatori e alle elezioni amministrative, anche quelle per il rinnovo dei consigli di sei Regioni ordinarie (Liguria, Veneto, Marche, Toscana, Campania e Puglia) e di una Regione a Statuto speciale (Valle d'Aosta). https://temi.camera.it/leg18/provvedimento/d-l-2-2009-rinvio-delle-consultazioni-elettorali.html.

[7] Non si deve dimenticare infatti il peso del retaggio "culturale", che sembra aver contribuito anche per la Basilicata al mancato raggiungimento di una percentuale ragionevole di presenza femminile: nelle ultime elezioni, successive all'introduzione della doppia preferenza di genere e alla quota di lista, è presente nel consiglio regionale una sola donna.

[8] Come si ricorda infatti nel Dossier a cura del servizio studi della Camera dei deputati del 4 marzo 2020 (*La partecipazione delle donne alla vita politica e istituzionale,* cit., 13-14), nelle maggior parte dei casi nella legislazione elettorale regionale l'inosservanza del limite nelle candidature di un sesso

di sanzione di natura pecuniaria, per di più eventuale, applicabile infatti nel solo caso in cui liste irrispettose della regola della parità ottengano un risultato elettorale utile e vadano a formare corrispondenti gruppi consiliari. Una sanzione, dunque, che evidentemente non è in grado di incidere su un risultato elettorale che sia raggiunto in dispregio della regola poc'anzi richiamata e finalizzata, a sua volta, a dare corpo al principio di parità di accesso alle cariche elettive quale principio costituzionalmente prescritto.

Di qui l'impugnativa dinnanzi al TAR Puglia da parte di alcuni cittadini/e-elettori/e e rappresentanti di associazioni o componenti di comitati di cittadinanza attiva, del verbale di proclamazione degli eletti al Consiglio regionale pugliese[9]. In particolare, alla luce di quanto rilevato, i ricorrenti hanno provveduto ad individuare tre distinte censure della l. r. n. 2 del 2005 (art. 8, c. 13, terzo periodo e c. 3; art. 10, c. 1; art. 2, c. 9, l.e)). Questa infatti si sarebbe posta non solo in contrasto diretto con la Costituzione agli articoli 51, c.1; 117, c. 7 e 3, c. 2. Ma ulteriori vizi vengono dedotti sia in relazione alla norma statale interposta, cioè la legge quadro statale in materia elettorale (art.4, c.1, lett. c-*bis)*, della legge statale n. 165 del 2004), ponendosi quindi la legge regionale conseguentemente in contrasto con l'art. 122, c. 1 Cost.; sia, infine, con riferimento all'art. 6 dello Statuto della Regione Puglia, quale ulteriore norma interposta, rilevando quindi anche la violazione dell'art. 123 della Costituzione[10]. Con sentenza dello scorso 16 gennaio, n. 95/2021, il TAR Puglia, Bari, sez. III, ha tuttavia respinto il ricorso, ritenendo inoltre che la questione di legittimità costituzionale presentata dai ricorrenti, aspetto centrale e qualificante del ricorso stesso, non sia in grado di superare il vaglio della non manifesta infondatezza.

rispetto all'altro è causa di inammissibilità della lista; solo in Puglia e nel Lazio è causa di riduzione dei rimborsi elettorali, ma nel caso del Lazio tale sanzione si somma all'inammissibilità della lista (cfr. l.r. n. 2/2005, art. 3, c.3). Infine, nella regione Basilicata i candidati eccedenti rispetto alle percentuali prescritte vengono esclusi dalla lista, a partire da quelli collocati in coda (cfr. l. r. n. 20/2018, art. 3, c.3).

[9] In particolare viene dedotta dinnanzi al TAR l'illegittimità delle operazioni elettorali *in parte qua* derivata dall'illegittimità costituzionale della legge elettorale regionale che si è limitata a prevedere una sanzione pecuniaria e non reale, per di più così tenue da non poter neanche fungere da effettivo deterrente. Come si legge infatti nel ricorso la sanzione prevista dalla legge regionale è una mera "decurtazione di somme" la cui applicazione è rimessa alla buona volontà del Presidente del Consiglio che dovrà determinarne l'ammontare con proprio decreto e poi al Consiglio, ossia alla maggioranza, e, in ogni caso, "meramente pecuniaria ed afflittiva" ed applicabile solo *ex post* e "quindi ininfluente rispetto allo svolgimento delle elezioni".

[10] Sul ruolo e la natura vincolante degli Statuti regionali nella tutela delle pari opportunità vedi E. CATELANI, *Statuti regionali e tutela del principio di pari opportunità: prime leggi regionali di attuazione,* in *federalismi.it,* disponibile all'indirizzo www.federalismi.it, 7/2010.

2. Le ragioni del TAR contro l'accoglimento del ricorso

Fin qui i fatti che hanno condotto alla pronuncia del giudice amministrativo. Appare utile, a questo punto, richiamare il percorso argomentativo del TAR Puglia che non manca di destare più di qualche perplessità.

Come ricorda il giudice, la legge n. 165 del 2004, legge quadro statale in materia elettorale, è legge di principio, sulla base di quanto previsto dall'art. 122 della Costituzione che, come è noto, a seguito della riforma costituzionale del 1999, colloca la materia elettorale regionale nell'ambito delle materie concorrenti Stato-Regioni. In conseguenza di tale natura della legge statale, quest'ultima, a detta del giudice, non potrebbe però spingersi ad "invadere" il terreno del dettaglio di esclusiva spettanza regionale. Con la conseguenza che la legge n. 165 del 2004, per poter essere "costituzionalmente compatibile", dovrebbe essere interpretata "come principio rivolto all'indirizzo dei legislatori regionali e non quale norma di dettaglio vincolante sotto ogni profilo attuativo". In altri termini, la natura di legge di "principio" dovrebbe essere intesa, secondo il giudice amministrativo, quale mero "indirizzo" rivolto al legislatore regionale affinché questi intervenga nella direzione indicata dal legislatore statale ma, sembra di comprendere, non si tratterebbe di norma dotata del carattere della piena vincolatività in quanto riconducibile alla ben nota - e invero superata - categoria delle norme cosiddette "programmatiche". In conseguenza di questa lettura dei disposti della legge statale, che il Tribunale ritiene di interpretare in maniera conforme alla Costituzione, non potrebbero quindi essere imposte "nel dettaglio le modalità del rispetto delle c.d. 'quote rosa' nel sistema elettorale regionale".

Oltre ad una lettura, che appare ben poco convincente, del carattere non vincolante della legge di principio statale, sulla quale si tornerà in seguito, per dare conto delle perplessità che certamente destano le conclusioni cui giunge il giudice amministrativo nel caso di specie, sembra utile tuttavia prendere le mosse dalle battute finali della parte motiva della sentenza. In particolare il giudice amministrativo ricorda che gli Uffici elettorali, circoscrizionali e centrali, hanno dovuto ammettere le liste pur se queste non sono state rispettose della proporzione di genere tra le candidature, in alcune circoscrizioni. Ciò proprio a causa della mancata previsione, all'interno della legge elettorale regionale, di un meccanismo che consenta di intervenire *a monte,* cioè in fase di presentazione e di ammissione delle liste stesse, al fine di assicurare il rispetto della regola fissata dall'art. 8, c. 13, 1° e 2° periodo della legge regionale pugliese, relativa al rispetto del rapporto 60/40 tra i sessi all'interno delle liste. In conseguenza di tale carenza della legislazione regionale, il TAR - lungi peraltro dal ritenere necessario intervenire *a valle* - è tuttavia costretto ad ammettere che "di conseguenza, *è rimasta la sproporzione tra i candidati di sesso diverso* e *non sono state garantite le effettive pari opportunità di partecipazione alle*

consultazioni". Il che, in altri termini, equivale a riconoscere il mancato rispetto proprio di quel principio di parità di accesso alle cariche elettive, declinato in termini ormai inequivocabili non solo nell'art. 51 Cost., in particolare, come poc'anzi richiamato, dopo la riforma del 2003, ma anche nel 7° c. dell'art. 117 Cost. che - a detta di alcuni commentatori – sembrerebbe peraltro intervenire in termini persino più stringenti nella prospettiva della rimozione da parte delle leggi regionali di ogni ostacolo che impedisca la piena parità degli uomini e delle donne e della promozione della parità di accesso alle cariche elettive. Principio affermato inoltre nello Statuto della stessa Regione Puglia, all'art. 6, c. 1 e 2[11], nonché, evidentemente nella legge quadro statale in materia elettorale n. 165 del 2004 all'art.4, c.1, lett. c-*bis)*, e, infine, nella stessa legge della Regione Puglia n. 2 del 2005, art. 8, c. 13[12].

Dunque, la mancata previsione di una adeguata sanzione, conseguente alla violazione di una regola volta a declinare sul piano concreto il dettato costituzionale, ridonda inevitabilmente in violazione del principio costituzionale. L'assenza di sanzione finisce infatti, in primo luogo, per rendere ineffettiva tutta la complessa catena di norme che dal livello costituzionale trae linfa e si ramifica poi nelle diverse previsioni statali e regionali poc'anzi richiamate. Ad essere inattuato per tale via è però proprio il precetto costituzionale, non sorretto infatti da un'impalcatura di norme attuative sufficientemente solida. Questa è data non solo da tutte le diverse previsioni volte a fornire contenuti concreti ai principi costituzionalmente prescritti, ma anche da strumenti sanzionatori adeguati, la cui strumentalità rispetto all'esigenza di effettività del principio costituzionale appare evidente. Desta allora non poca meraviglia la conclusione alla quale giunge il Tribunale al termine proprio di un percorso

[11] Così come modificato dalla l. r. Puglia, n. 7 del 2015 (su cui vedi D. CODUTI, *Legge regionale n. 7 del 2015 e caos postelettorale: chi è causa del suo mal pianga sé stesso,* in *federalismi.it,* disponibile all'indirizzo www.federalismi.it, 17/2015). In base a tale previsione, infatti: "1. La Regione garantisce in ogni campo dell'attività politica, sociale, familiare, scolastica, professionale e lavorativa il principio della parità tra i sessi, valorizzando la consultazione degli organismi di parità e pari opportunità istituiti con legge regionale ai sensi degli articoli 3 e 51 della Costituzione italiana. 2. La legge regionale promuove parità di accesso fra donne e uomini alle cariche elettive e pubbliche, allo scopo di favorire l'equilibrio della presenza fra generi".

[12] Secondo il quale, infatti: "Nelle liste di candidati è assicurata la rappresentanza di entrambi i sessi. In ogni lista nessuno dei due sessi può essere rappresentato in misura superiore al 60 per cento; in caso di quoziente frazionario si procede all'unità più vicina. Ai gruppi consiliari formatisi a seguito dell'esito delle elezioni composti dai movimenti e dai partiti politici che abbiano presentato liste non rispettose della proporzione di cui al presente comma è applicata, da parte del Consiglio regionale, in fase di erogazione per la prima annualità, una sanzione fino a un massimo della metà, in misura direttamente proporzionale ai candidati in più rispetto a quello minimo consentito, dei contributi loro assegnati ai sensi dell'articolo 5 della legge regionale 11 gennaio 1994, n. 3 (Norme per il funzionamento dei gruppi consiliari), così come in ultimo sostituito dall'articolo 5 della legge regionale 30 novembre 2012, n. 34 (Riduzione dei costi della politica). Il Presidente del Consiglio regionale determina con proprio decreto l'ammontare della somma".

argomentativo che, mentre da un lato lo conduce inevitabilmente a riconoscere - e non potrebbe essere altrimenti! - che le *"effettive pari opportunità di partecipazione alle consultazioni"* elettorali *"non sono state garantite"*, dall'altro lo porta ad affermare che il ricorso non può essere accolto, né evidentemente sollevata la questione dinnanzi alla Corte costituzionale poiché è *"stabilita la conformità della vigente normativa al parametro costituzionale"*.

3. Su alcune premesse dalle quali muove l'argomentazione del giudice amministrativo difficilmente condivisibili:

3.1. la definizione di un confine certo tra principio e dettaglio nella legislazione statale concorrente…

Alla luce di quanto osservato non può dunque non evidenziarsi come il giudice incorra in un'evidente contraddizione e come la decisione appaia, quindi, ben scarsamente motivata. Le conclusioni alle quali giunge il Tribunale amministrativo pugliese muovono infatti da premesse difficilmente condivisibili e, peraltro, già da tempo superate dalla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, come si tenterà di spiegare nei paragrafi che seguono.

In primo luogo va rilevato, per quel che attiene il valore delle norme di principio statali, che si tratta, come è noto, di questione risalente e complessa, alla quale è possibile in questa sede fare solo un rapido cenno in relazione ai profili di nostro interesse ai fini della vicenda in questione. La prospettazione di una esatta ripartizione di competenze tra lo Stato e le Regioni nelle materie concorrenti, cui la sentenza del Tribunale sembra richiamarsi, sconta una prima evidente difficoltà, dovuta al fatto che qualunque separazione non può che essere "assai incerta e praticamente evanescente"[13]. Questa infatti poggia, a sua volta, sulla distinzione "assai labile e scivolosa tra *principi* e *regole*" su cui, come è noto, ha fatto leva un indirizzo politico-normativo perseguito dal legislatore statale e talvolta avallato anche dal giudice costituzionale, volto "a ridurre fortemente gli spazi dell'autodeterminazione regionale"[14]. Al di là di tale specifico aspetto però, in buona sostanza, può ritenersi che la distinzione tra normativa di principio e normativa di dettaglio sia certamente "artificiosa", rendendo in conseguenza difficile individuare un'esatta linea di confine tra le competenze rispettive dello Stato e delle Regioni, e potendosi parlare, proprio con riferimento a tale distinzione, di "piedi d'argilla del sistema regionale

[13]T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, A. MORELLI, *Lineamenti di diritto regionale,* Giuffré, Milano, 2019, 199. In questo senso vedi anche B. CARAVITA – F. FABRIZZI – A. STERPA, *Lineamenti di diritto costituzionale delle Regioni e degli enti locali,* Giappichelli, Torino, per i quali infatti, "per quanti sforzi si possa fare, i principi fondamentali sfuggono ad astratte e rigide incasellazioni, costituendo espressione del fenomeno della relatività dei valori giuridici"

[14] T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, A. MORELLI, *Lineamenti di diritto regionale,* cit., 199.

italiano"[15]. La richiamata natura della distinzione tra principi e regole ha inoltre comportato che anche la giurisprudenza della Corte costituzionale sia sempre stata inevitabilmente oscillante e "comunque affidata ad apprezzamenti discrezionali modulati sui casi di specie dalla Corte costituzionale"[16].

Quel che è certo, in ogni caso, è, in primo luogo, che alle Regioni è rimesso l'obbligo di rispetto dei principi voluti dal legislatore statale, individuando strumenti concreti per raggiungere obiettivi posti dallo Stato (sent. nn. 390/2004 – 181/2006) o, eventualmente, fissando la salvaguardia di beni costituzionalmente protetti ancora più in alto rispetto alla disciplina posta dallo Stato[17]. Inoltre, appare significativo il fatto che la Corte costituzionale non manchi di intervenire a più riprese nel corso degli anni proprio al fine di ammettere l'invasione dell'ambito riservato alla competenza regionale da parte del legislatore statale quando ad essere in gioco sia proprio la tutela di diritti fondamentali. Ciò conduce quindi la dottrina alla conclusione che l'assetto tra le fonti rimane "per sua vocazione" caratterizzato da fluidità e mobilità poiché "ieri come oggi, il criterio che sta a base dell'assetto costituzionale delle competenze e che orienta tanto la legislazione quanto la stessa giurisprudenza è quello della natura degli interessi in gioco"[18].

Dunque, pur a voler ammettere che la legge statale sia intervenuta con norme di dettaglio nel campo della legge regionale[19], si potrebbe ben ritenere che nel caso in esame "la natura dell'interesse in gioco", rappresentato dall'obiettivo della parità di accesso alle cariche elettive, travalichi senza dubbio la sfera dell'interesse regionale[20]. In questa prospettiva, peraltro, sembra

[15] F. BENELLI, *La competenza concorrente,* in R. BIN – G. FALCON, *Diritto regionale,* Il Mulino, Bologna, 2018, 234.

[16] *Ib.*

[17] Cfr. T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, A. MORELLI, *Lineamenti di diritto regionale*, cit., 205. Possono essere richiamate a tal proposito le sent. nn. 151 del 2011, 244 del 2012 e 86 del 2014. Come si evidenzia in tal caso "non è tuttavia chi non veda come siffatta ultima precisazione, doverosa a giustificazione degli interventi regionali in parola, confermi il carattere fluido e mobile delle relazioni tra gli atti legislativi di Stato e Regioni, risultando assai problematica la posizione di rigide barriere tra di essi".

[18] T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, A. MORELLI, *Lineamenti di diritto regionale*, cit., 206.

[19] Afferma a tal proposito M. COSULICH, *Ex malo bonum?*, cit., 6 che il legislatore del 2016 ha "rivestito il contenuto di dettaglio con forma di principio", ritenendo peraltro che la Regione potrebbe rendere inoperanti tali indicazioni statali semplicemente con un comportamento omissivo. Analogamente G. MAESTRI, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, cit., 272, per il quale, peraltro, non sarebbe stato implausibile un ricorso delle Regioni in via d'azione. Ricorso che tuttavia non c'è stato. Di tutt'altro avviso, con riferimento alla natura di principi fondamentali della doppia preferenza di genere, sembra essere P. COLASANTE, *Il governo "riscrive" la legge elettorale,* cit., 9 ss., su cui vedi *infra,* nota n. 20.

[20] Ritiene inoltre non vi sia alcun dubbio quanto alla natura di norma di principio della doppia preferenza di genere (ma è evidente che lo stesso possa affermarsi anche per l'altro profilo richiesto dalla legge quadro statale e cioè il rapporto 60/40 all'interno delle liste) P. COLASANTE, *Il governo "riscrive" la legge elettorale,* cit., 9 ss. In primo luogo per una considerazione di ordine logico, poiché

essersi mosso anche il legislatore statale in occasione della recente attivazione, per la prima volta, del meccanismo sostitutivo previsto dall'art. 120 Cost. A prescindere da ogni considerazione relativa all'opportunità dell'attivazione in questa occasione della sostituzione[21], appare tuttavia evidente che il governo si sia mosso in questa direzione proprio a partire dal riconoscimento della tutela di esigenze di carattere unitario sottese al rispetto del principio di parità di genere da parte del legislatore regionale. Il che sembra, allora, ancor più rafforzare l'argomento che conduce ad escludere in radice l'interpretazione in base alla quale la normativa statale di principio rappresenterebbe un mero indirizzo rivolto al legislatore regionale e alla sua eventuale "buona volontà" di darvi seguito e la cui assenza non potrebbe, alla luce di tale lettura riduttiva, pregiudicare quindi la legittimità costituzionale della normativa regionale di dettaglio carente sotto questo profilo.

In questa prospettiva, inoltre, appare possibile anche ritenere legittimo il più penetrante intervento del legislatore statale rispetto alla definizione delle esatte modalità attraverso le quali l'obiettivo della parità in materia elettorale debba essere perseguito da parte delle Regioni. Ciò è quanto di fatto accaduto con la legge statale n. 20 del 2016, modificativa della legge quadro statale n. 165 del 2004. Proprio nel campo della legislazione elettorale regionale tali modifiche rappresentano infatti uno dei punti più avanzati di quel percorso incrementale richiamato all'inizio di queste pagine. La legge n. 165 del 2004 ha conosciuto modifiche intervenute a due riprese, nel 2012 e successivamente nel 2016. La prima modifica, con legge n. 215 del 2012, se certamente ha consentito di colmare la lacuna rappresentata dalla totale assenza, nella formulazione originaria, di qualunque sia pur minimo richiamo al principio della parità di accesso alle cariche elettive, ha tuttavia rappresentato un "ritocco" ben poco consistente[22]. Con tale primo intervento riformatore il legislatore si è infatti limitato a prevedere un principio (lett. *c-bis)*, art.4, c. 1 della legge n. 165/2004)

se il principio di parità di genere è già previsto dalla Costituzione i principi fondamentali previsti da altra disposizione costituzionale (cioè l'art. 122 Cost.) si presume debbano essere dotati di un minor tasso di generalità "in quanto necessariamente esplicativi e più puntuali del principio espresso dagli arttt. 51, comma 1 e 117, comma 7, Cost.". Inoltre, consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale è che lo Stato arrivi a disciplinare nel dettaglio le materie di competenza regionale concorrente qualora il contenuto normativo sia "in rapporto di coessenzialità e di necessaria integrazione" con il relativo principio fondamentale. Circostanza che secondo l'A. ricorre con riferimento all'ipotesi della doppia preferenza di genere, vincolo strettamente correlato all'obiettivo del riequilibrio dei sessi, come d'altronde non si può certo negare lo sia anche il vincolo del rispetto del rapporto 60/40 nelle liste. Infine, la distinzione tra dettaglio e principio appare ancor più labile rispetto a misure promozionali la cui intensità deve essere direttamente proporzionale allo squilibrio che si intende compensare.

[21] Sui dubbi espressi in merito dalla dottrina si richiama quanto già riportato *retro* alla nota n. 5.

[22] Così G. MAESTRI, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, cit., 270.

rappresentato dalla "promozione della parità tra uomini e donne nell'accesso alle cariche elettive attraverso la predisposizione di misure che permettano di incentivare l'accesso del genere sottorappresentato alle cariche elettive", riproducendo quindi sostanzialmente le previsioni contenute nell'art. 117, c. 7 della Costituzione. Solo con la successiva novella intervenuta con la legge n. 20 del 2016 (*Modifica all'art. 4 della legge 2 luglio 2004, n. 165, recante disposizioni volte a garantire la parità nella rappresentanza di genere nei consigli regionali*) si è provveduto infine ad introdurre specifiche misure di riequilibrio dei sessi in relazione ai diversi sistemi elettorali previsti dalle Regioni. In particolare, con la modifica dell'art. 4, c. 1, lett. c-*bis)* il legislatore ha provveduto a dettagliare per ogni diverso possibile meccanismo elettorale previsto a livello regionale, le diverse ipotesi attuative del principio della parità di accesso alle cariche elettive[23]. È evidente come debba segnalarsi, in tal caso, la particolare puntualità della legge cornice statale che si spiega, tuttavia, certamente alla luce del fatto che si è all'epoca trattato di misure anticipatorie della successiva revisione costituzionale Renzi-Boschi[24]. Questa avrebbe infatti dovuto comportare anche una modifica dell'art. 122 Cost. con la previsione che "la legge della Repubblica stabilisce, altresì i principi fondamentali per promuovere l'equilibrio tra donne e uomini nella rappresentanza". Le puntuali previsioni della legge n. 20 del 2016 possono dunque considerarsi l'"eredità" di una riforma costituzionale mancata e il frutto, inoltre, "di un radicale cambio di atteggiamento del legislatore"[25], intervenuto anche grazie all'influsso che su di esso ha avuto, come già evidenziato, proprio la giurisprudenza della Corte costituzionale.

Tuttavia la stessa legge quadro statale continua a non essere priva di alcune carenze, rappresentate dall'assenza di previsioni relative alle eventuali sanzioni conseguenti al mancato rispetto della parità di accesso alle cariche elettive.

[23] Secondo quanto attualmente previsto all'art.4, c.1, lett. c-*bis)*, le Regioni disciplinano con legge il sistema di elezione del Presidente della Giunta regionale e dei consiglieri regionali anche nel limite del principio fondamentale di promozione delle pari opportunità tra donne e uomini nell'accesso alle cariche elettive, "disponendo che: 1) qualora la legge elettorale preveda l'espressione di preferenze, in ciascuna lista i candidati siano presenti in modo tale che quelli dello stesso sesso non eccedano il 60 per cento del totale e sia consentita l'espressione di almeno due preferenze, di cui una riservata a un candidato di sesso diverso, pena l'annullamento delle preferenze successive alla prima; 2) qualora siano previste liste senza espressione di preferenze, la legge elettorale disponga l'alternanza tra candidati di sesso diverso, in modo tale che i candidati di un sesso non eccedano il 60 per cento del totale; 3) qualora siano previsti collegi uninominali, la legge elettorale disponga l'equilibrio tra candidature presentate col medesimo simbolo in modo tale che i candidati di un sesso non eccedano il 60 per cento del totale.

[24] In questo senso oltre al già richiamato G. MAESTRI, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, cit., 272, vedi anche A. FALCONE, *Partecipazione politica e riequilibrio di genere nelle Assemblee elettive e negli organi di governo: legislazione e giurisprudenza costituzionale nell'ordinamento italiano,* in *Rivista AIC,* disponibile all'indirizzo: www.rivistaaic.it, 1/2016, 20.

[25] D. TEGA, *La l. 15 febbraio 2016, n. 20: l'ultima tappa verso il riequilibrio della rappresentanza politica,* in *Studium Iuris,* 1/2017, 1.

Queste sono state già in passato segnalate dalla dottrina e probabilmente dovute al modo affrettato con il quale il legislatore si è all'epoca mosso[26]. Se è innegabile quindi, che sarebbe stato preferibile un intervento della legge statale anche in questo ambito, tuttavia è chiaro che si tratti di uno spazio di intervento che spetta ora doverosamente alla legislazione regionale riempire di contenuti. Questi devono essere inoltre evidentemente adeguati allo scopo di assicurare l'effettività del principio costituzionale di parità di accesso, rappresentando la normativa di principio statale il contenuto "minimo", sebbene elastico nella sua estensione, al quale deve accompagnarsi un intervento regionale corrispondente e, in ogni caso, in grado di dare seguito alle prescrizioni costituzionali in materia.

3.2. …e la natura "programmatica" del principio costituzionale riferito alla parità di accesso alle cariche elettive

A ben vedere, infatti, la questione in esame appare più complessa della sola definizione del richiamato rapporto, fluido e oscillante, tra legge statale di principio e legge regionale di dettaglio, su cui fa leva l'argomentazione del giudice amministrativo. Ad essere centrale è piuttosto il tema del riconoscimento della diretta prescrittività dei principi costituzionali in materia di parità di accesso alle cariche elettive. In effetti, il richiamo da parte del TAR alla distinzione tra legge statale di principio e legge regionale di dettaglio sembra essere frutto di un equivoco e rischia di essere inoltre fuorviante, per più di una ragione. In primo luogo perché, come si è appena provveduto a dimostrare, non solo tale distinzione è in realtà evanescente, ma anche perché la Corte costituzionale non ha certo esitato già in passato, ogniqualvolta ad essere in gioco siano i diritti, ad avallare un intervento più incisivo del legislatore statale nei confronti di quello regionale. Inoltre, la legge quadro statale in materia elettorale, come si è appena provveduto a ricordare, è in realtà carente proprio con riferimento al profilo delle sanzioni riferite al mancato rispetto delle regole introdotte a seguito della riforma con legge n. 20 del 2016. Come è stato già da tempo evidenziato in dottrina e poc'anzi richiamato, pur rispondendo la novella del 2016 al meritorio intento di rafforzare i vincoli nei confronti del legislatore al rispetto della parità di genere nell'accesso alle cariche elettive, essa "soffre, però, del limite di non aver previsto alcuna sanzione specifica per il mancato rispetto delle misure di riequilibrio previste, depotenziandone, pertanto,

[26] G. MAESTRI, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, cit., 273; A. FALCONE, *Partecipazione politica e riequilibrio di genere nelle Assemblee elettive e negli organi di governo,* cit., 20; vedi inoltre M. G. RODOMONTE, *L'eguaglianza senza distinzioni di sesso in Italia,* cit., 124.

portata e vincolatività"[27]. In effetti, lo stesso giudice amministrativo nella decisione in commento riconosce che "la norma statale si limita a comminare l'invalidità delle preferenze successive alla prima ogniqualvolta non sia rispettata la regola secondo cui una delle due preferenze (che devono essere assicurate a tutela della parità di genere) non sia stata riservata a candidato di sesso diverso", senza invece nulla prevedere in caso di mancato rispetto, nella presentazione delle liste, del rapporto 60/40. Può allora affermarsi che ben poco dovrebbe e potrebbe incidere, rispetto all'esito della decisione del giudice amministrativo, il fatto che la legislazione di principio statale debba o meno essere considerata quale "norma di dettaglio vincolante sotto ogni profilo attuativo", nulla prevedendo quest'ultima con riferimento a sanzioni reali conseguenti al mancato rispetto della regola 60/40.

Come infatti prospettato già all'inizio di queste riflessioni la vera chiave di lettura della vicenda richiamata dovrebbe essere rappresentata piuttosto dal riconoscimento della prescrittività dei principi costituzionali in materia di parità di accesso alle cariche elettive. In realtà, l'intervento legislativo, comunque collocato nel sistema delle fonti, dovrebbe essere volto a rendere effettivo il principio stesso, traducendo sul piano della concretezza delle previsioni legislative la relativa previsione costituzionale. Pur non essendo espressamente dichiarato, dalle affermazioni del giudice amministrativo sembra invece potersi ricavare proprio l'opposta convinzione che i principi costituzionali di parità di accesso alle cariche elettive, da cui discendono i successivi interventi del legislatore, statale e regionale, non siano prescrizioni comunque direttamente vincolanti sia per l'uno che per l'altro, anche a prescindere dal rapporto intercorrente tra le due categorie di norme, ma che al legislatore ordinario spetti piuttosto un'ampia "discrezionalità attuativa" rispetto alla concretizzazione di "principi di ordine generale", presenti nelle norme costituzionali.

Tale lettura dei disposti costituzionali in materia di parità di genere appare però già da tempo superata, invero già a partire dalla nota sentenza n. 1 del 1956 con la quale la Corte costituzionale non ha dato alcun seguito ad una supposta distinzione tra norme programmatiche non prescrittive e norme invece, direttamente prescrittive. Distinzione inoltre superata anche dalla stessa giurisprudenza amministrativa, come è chiaramente desumibile da numerose decisioni di tribunali amministrativi e del Consiglio di Stato, sia pur nel diverso contesto dell'annullamento in particolare di decreti di nomina di assessori di Giunte regionali, provinciali e comunali confliggenti con il principio dell'equilibrata presenza di entrambi i sessi negli organi esecutivi, pur ricavabile dall'art. 51 Cost. Non si può in questo caso non ricordare come il Consiglio di Stato

[27] A. FALCONE, *Partecipazione politica e riequilibrio di genere nelle Assemblee elettive e negli organi di governo*, cit., 20.

abbia già a suo tempo riconosciuto che "il concetto di norma programmatica non è un indice negativo di qualificazione della disposizione, una sorta di degradazione di determinate norme", ma che tutte le norme sono "pur sempre produttive di invalidità delle leggi successive con esse contrastanti"[28]. Tale affermazione è riferita alle norme che in materia di parità di genere sono contenute nello Statuto regionale e che, oltre a ricordarci il vincolo direttamente derivante per il legislatore regionale anche dal rispetto dei disposti statutari, appaiono certamente riferibili anche, e a maggior ragione, alle previsioni costituzionali. Il superamento dell'idea del carattere meramente programmatico delle norme costituzionali di cui agli artt. 51 e 117, c. 7, Cost. trova poi ulteriore conforto anche in decisioni dei giudici amministrativi regionali che nell'ambito di una giurisprudenza in un primo tempo oscillante hanno tuttavia consentito il progressivo e chiaro emergere dell'idea della diretta applicabilità dei disposti costituzionali anche in assenza di una pur opportuna intermediazione legislativa[29].

Sul piano infine della giurisprudenza costituzionale già a partire dalla decisione n. 4 del 2010 la Corte non ha mancato di sottolineare l'esigenza di interventi promozionali che assicurino l'effettività del principio, ricordando come il quadro costituzionale e statutario richieda "misure specifiche volte a dare effettività ad un principio di eguaglianza astrattamente sancito, ma non compiutamente realizzato nella prassi politica ed elettorale"[30]. Senza inoltre dimenticare che già nella precedente decisione n. 49 del 2003 la Corte costituzionale ha riconosciuto come a seguito delle previsioni costituzionali in materia tale intervento promozionale sia ormai divenuto "doveroso" per il legislatore[31].

[28] Vedi sentenza Consiglio di Stato, sez. V, n. 4502, 27 luglio 2011.

[29] Sia consentito a tal proposito richiamare M. G. RODOMONTE, *Equilibrio di genere, atti politici e stato di diritto nella recente sentenza n. 81 del 2012 sulla equilibrata presenza di donne e di uomini nella Giunta della Regione Campania,* in *federalismi.it,* disponibile all'indirizzo www.federalismi.it, 13/2012, 11-12.

[30] Cfr. punto n. 3.1. cons. dir., sent. C. Cost. n. 4/2010.Per un commento alla sentenza vedi tra gli altri: L. CALIFANO, *L'assenso "coerente" della Consulta alla preferenza di genere,* in *Quad. cost.,* 2/2010, 404 ss.; M. RAVERAIRA, *"Preferenza di genere": Azione positiva o norma antidiscriminatoria?,* in *federalismi.it,* disponibile all'indirizzo www.federalismi.it, 3/2010; G. FERRI, *Le pari opportunità tra donne e uomini nell'accesso alla cariche elettive e la "preferenza di genere" in Campania,* in *le Regioni,* 4/2010, 902 ss.; M. CAIELLI, *La promozione della democrazia paritaria nella legislazione elettorale: un altro "via libera" della Corte costituzionale,* in *Osservatorio sulle fonti, disponibile all'indirizzo:* www.osservatoriosullefonti.it, 1/2010; S. LEONE, *la legittimità della "preferenza di genere": una nuova sconfitta della linea del governo contro la parità,* in *Giur. cost.,* 1/2010, 81 ss.

[31] In particolare secondo la Corte cost. infatti, le norme contenute nella legge cost. n. 2 del 2001, cui si aggiunge "l'analoga, anche se non identica, previsione" dell'art. 117, c. 7 Cost., "pongono l'obiettivo del riequilibrio e stabiliscono come doverosa l'azione promozionale per la parità di accesso alle consultazioni, riferendoli esplicitamente alla legislazione elettorale". Cfr. punto n. 4, cons. dir., sent. C. Cost. n. 49/2003. Sulla richiamata decisione vedi, tra i numerosi commenti, L. CARLASSARE, *La parità di accesso alle cariche elettive nella sentenza n. 49: la fine di un equivoco,* in *Giur. cost.,* 1/2003, 372 ss.; S. MABELLINI, *Equilibrio dei sessi e rappresentanza politica: un* revirement *della Corte, Ib.,* 372

Tale obiettivo appare ancor più chiaro poi, nella successiva decisione della Corte costituzionale n. 81 del 2012 riferita anche in questo caso al tema dell'equilibrio di genere nella Giunta regionale della Campania. Sentenza nella quale il giudice costituzionale giunge in effetti ad affermare che "gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto"[32].

Infine, in un campo diverso da quello dell'intervento giurisprudenziale, non manca chi in dottrina ha evidenziato come proprio il d.l. n. 86 del 2020 con il quale si è per la prima volta dato seguito al potere sostitutivo statale di cui al c. 2 dell'art. 120 Cost., come si è in precedenza fatto cenno, sancisca, "in maniera definitiva" la precettività dell'art. 51, comma 1, e dell'art. 117, comma 7 della Costituzione. Come è stato sostenuto l'intervento sostitutivo "ribadisce che la parità di genere nell'accesso alle cariche elettive non è un puro optional, una norma programmatica che *può* essere implementata dai legislatori regionali, ma una norma precettiva che, ancor più in quanto tradotta dalla legge statale in un principio, deve essere attuata dai legislatori regionali, venendo a costituire uno degli elementi imprescindibili che connotano la Repubblica come Stato unitario"[33].

Sulla base di quanto richiamato in relazione alla giurisprudenza amministrativa e costituzionale e al recente intervento sostitutivo, appare evidente come si ponga quindi un'ipoteca rispetto alla compatibilità con il principio costituzionale della legislazione elettorale regionale caratterizzata dall'assenza di

ss.; M. MONTALTI, *La rappresentanza die sessi in politica diviene "rappresentanza protetta": tra riforme e interpretazione costituzionale,* in *le Regioni,* 2-3/2003, 902 ss.; G. BRUNELLI, *Un* overrulling *in tema di norme elettorali antidiscriminatorie,* in *le Regioni,* 5/2003, 902 ss.; A. DEFFENU, *Parità dei sessi in politica e controllo della Corte: un* revirement *circondato da limiti e precauzioni,* ivi, 918 ss.; M. CAIELLI, *Le azioni positive in materia elettorale: un revirement della Corte costituzionale?,* in *Giur. it,* 2004, 236 ss.

[32] Cfr. sent. 81/2012, cons. dir. 4.2. Tra i commenti alla decisione vedi: R. **DICKMANN,** *L'atto politico questo sconosciuto*, in *forumcostituzionale.it*, 2012; F. BLANDO, *"Atto politico" e "Stato di diritto", nella sentenza n. 81 del 2012 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali,* disponibile all'indirizzo: www.forumcostituzionale.it, 31 ottobre 2012; M. BELLETTI, *"Torniamo allo Statuto"... regionale. La rappresentanza di genere nelle Giunte regionali tra atto politico, atto di alta amministrazione e immediata precettività delle disposizioni statutarie*, in *le Regioni,*5/2012, 1016 ss.; F. BILANCIA, *Ancora sull' "atto politico" e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?*, *Rivista AIC,* disponibile all'indirizzo: www.rivistaaic.it, 4/2012; C. SALAZAR, *Norme staturaie in materia di pari opportunità e il conflitto tra Stato e Regioni,* in *Quad. cost.,* 1/2012, 118 ss.; B. PEZZINI, *Tra politica e giurisdizione: natura (e "genere") dell'atto politico e del suo sindacato giurisdizionale. A proposito del controllo giurisdizionale sul rispetto dell'equilibrio di genere nella composizione del governo,* in *Scritti in onore di Antonio D'Atena,* tomo IV, Giuffré, Milano, 2015, 2453; M.G. RODOMONTE, *Equilibrio di genere,* cit.

[33] T. GROPPI, *"La Costituzione si è mossa",* cit., 16.

norme sanzionatorie reali per il mancato rispetto di regole poste a tutela del principio della parità di genere. Il legislatore, in particolare quello regionale, appare piuttosto chiamato a colmare rapidamente un vuoto normativo che, come si è già evidenziato, rischia altrimenti di ricacciare nel limbo della "programmaticità", erroneamente intesa quale mera "indicazione di massima" per il legislatore, il disposto costituzionale riferito alla parità di accesso alle cariche elettive e le successive norme legislative attuative di quel precetto. In questo senso può certo affermarsi che la decisione del giudice amministrativo di primo grado risulti in stridente contrasto proprio con quel percorso incrementale di riconoscimento del valore precettivo delle norme costituzionali riferite alla parità di accesso alle cariche elettive, ormai indubbiamene consolidato.

4. Qualche breve osservazione finale in merito a una vicenda non ancora conclusa

La vicenda richiamata sembra prospettarsi come la prima tappa di un percorso non concluso che potrebbe portare, auspicabilmente, a esiti diversi da quelli cui è giunto il giudice amministrativo di primo grado. Nel momento in cui scriviamo pende infatti dinnanzi al Consiglio di Stato un nuovo ricorso per "l'annullamento e la riforma" della richiamata sentenza del TAR Puglia.

Sentenza che, chiudendo le porte alla Corte costituzionale, ha quindi impedito che questa potesse "rendere giustizia costituzionale"[34], distorcendo inoltre quella stessa nozione di "filtro" che è alla base del meccanismo incidentale. L'assenza di una "cultura" della giustizia costituzionale ha certamente gravato sull'esito della vicenda, mostrando l'evidente timore del giudice amministrativo per la richiesta di una decisione di tipo additivo alla Corte costituzionale che, tuttavia, appare una soluzione ormai pienamente compatibile con la giurisprudenza costituzionale più recente. Il Consiglio di Stato potrebbe, quindi, certamente decidere di imboccare proprio questa strada, non esclusa, peraltro, anche nell'ipotesi in cui ritenesse di voler seguire l'approccio, errato, del TAR Puglia, della contrapposizione tra norme di principio e norme di dettaglio. Anche in questo caso, infatti, potrebbe essere sollevata la questione di costituzionalità eventualmente sulla norma statale nella parte in cui non prevede un principio esplicito sulle sanzioni. In altri termini, sulla base di quanto si è fin qui tentato di evidenziare, delle due l'una: o è la legge regionale ad essere incostituzionale, come richiesto innanzi al Tar, o lo è la legge statale.

[34] Cfr. G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale,* in *Quest. giust.,* 4/2020, 24 ss. Secondo l'A. (*ivi, 36*),"rendere giustizia costituzionale significa contribuire, anche in misura minima e marginale, a inverare la Costituzione nell'ordinamento, traendola dal rarefatto campo delle norme "superprimarie", per farla diventare materia viva della convivenza sociale, presente negli accordi e nei conflitti, garanzia molecolare di libertà e di eguaglianza nella società civile e nei rapporti tra questa e l'autorità dello Stato.

Appare evidente, in ogni caso, come la vicenda oggetto di queste brevi riflessioni sia la plastica riproposizione di quell' "intreccio" di interventi del legislatore e del giudice, di volta in volta amministrativo e/o costituzionale, che ha fino ad oggi contrassegnato il percorso per l'inveramento dei disposti costituzionali in tema di parità di accesso alle cariche elettive. Proprio all'inizio di queste pagine abbiamo ricordato come il cammino, tutt'altro che lineare, verso la realizzazione del precetto costituzionale, sia stato costellato di continui, reciproci e spesso proficui condizionamenti tra giudice e legislatore che nel corso degli anni hanno consentito la progressiva concretizzazione del principio di parità di accesso[35].

La vicenda, tutt'ora *in fieri,* della legge della Regione Puglia potrebbe quindi, come si è già osservato, rappresentare solo un ulteriore capitolo di un percorso in divenire, reso possibile dalle sollecitazioni provenienti dal "basso" per interventi di modifica della attuale legislazione. Proprio a tal proposito sembra opportuno ricordare come di recente sia stata opportunamente richiamata l'esigenza di un "attivismo" da parte di chi crede nell'esigenza di assicurare la precettività "di tanti, luminosi principi costituzionali". Un attivismo, cioè, che "metta in moto procedimenti che, anche con qualche sforzo interpretativo, possono condurre a dare a tali principi *effettività*, ovvero a renderli capaci di incidere sulla realtà della vita delle persone"[36]. Un attivismo, quindi, che sia anche in grado, per un verso, di superare alcune strettoie procedurali che rendono talvolta arduo oltrepassare le barriere che impediscono di aprire le porte per l'accesso alla Corte costituzionale e di eliminare così alcune "zone d'ombra" che ancora permango nella Costituzione[37]; dall'altro, di fungere da strumento sollecitatorio nei confronti di un legislatore troppo spesso "inattivo" o poco interessato a dare corpo al complesso progetto democratico insito nel principio di eguaglianza perché, forse, scarsamente dialogante con i rappresentati. Il che chiama certo in causa il ruolo giocato dai partiti politici "nello svolgimento dei processi decisionali"[38]. Testimoniando così, una volta ancora, la crisi della politica nel suo ruolo di strumento ineludibile di trasmissione delle domande dalla società al circuito della rappresentanza.

[35] In tema vedi S. LEONE, *Il ruolo dei giudici e della Corte costituzionale nella più recente fase di attuazione del principio costituzionale di parità di genere,* in M. D'AMICO – S. LEONE, *La donna dalla* fragilitas *alla pienezza dei diritti? Un percorso non ancora concluso,* Giuffré, Milano, 2017, 241 ss.

[36] T. GROPPI, *"La Costituzione si è mossa",* cit., 18.

[37] Su cui vedi, da ultimo, T. GROPPI, *Aprire cammini. Il contributo di Piero Calamandrei sulle vie di accesso alla Corte costituzionale,* in AA.VV., *Liber amicorum per Pasquale Costanzo,* in *consultaonline,* disponibile all'indirizzo: www.giurcost.org, 4 aprile 2020.

[38] Vedi le osservazioni in merito al ruolo dei partiti e crisi del principio rappresentativo nel caso ligure e in quello pugliese, che ha poi condotto alla sostituzione governativa, di F. COVINO, *Potere sostitutivo del governo,* cit., 48-49.

D'altro canto, a proposito dell'attivismo dal basso che si è appena richiamato, come è stato ricordato in un recente convegno[39], nel corso del quale si è correttamente dato lustro all'impegno di Rosa Oliva, la cui determinazione ha consentito alla fine degli anni '60 del '900 l'ingresso delle donne in magistratura, non è stato spesso proprio grazie al coraggio di uomini e donne "attivi" che sono state possibili nel nostro Paese svolte epocali? Proprio questa consapevolezza non può, allora, che sollecitare a rimanere sempre vigili ma anche, al tempo stesso, certamente fiduciosi nel futuro di quel "luminoso principio" che è la parità di accesso alle cariche elettive.

[39] Si tratta del Convegno organizzato dall'Associazione dei costituzionalisti, *La parità dei sessi nell'ordinamento costituzionale. Sessant'anni dopo la storica sentenza n. 33 del 1960,* 5 febbraio 2021. Si richiama anche un altro convegno sullo stesso tema *Verso la parità sostanziale: gli ostacoli,* 28 gennaio 2021 che ha visto la presenza e la testimonianza diretta di Rosa Oliva, oggi Presidente dell'Associazione "Rete per la parità".

UN PARLAMENTO *SMART*? (POCHE) LUCI E (MOLTE) OMBRE DEI *LAVORI A DISTANZA*

LUCA DI MAJO*

Sommario

1. Il ruolo del Parlamento italiano nel contesto dell'emergenza epidemiologica. – 2. La partecipazione a distanza (oggi) e la riforma del regolamento della Camera (per il domani). – 3. L'elemento giuridico: l'interpretazione dell'art. 64, c. 3, Cost. e le prescrizioni dei regolamenti parlamentari. – 4. L'elemento politico: la rappresentanza. – 5. Una proposta per un obiettivo comune tra le due posizioni *conservatrice e progressista*, a partire dalla proposta di legge costituzionale A.C. 2452.

Abstract

The health emergency has forced the Italian Parliament to meet in a reduced composition. This mode could have caused a paralysis of parliamentary work, especially in the case of votes requiring qualified majorities or in cases of verification of the quorum. Two reform have been presented to the Chamber of Deputies. The first proposal concerns the amendment of the parliamentary rules and provides for remote voting. The second proposals is a constitutional amendment and provides for the setting up of a special Commission which meets after the declaration of a state of emergency. However, the Constitution and parliamentary rules would require preserving the physical presence of Deputies and Senators. This paper proposes a solution somewhere between doctrine who are in favor of remote meetings and others, on the contrary, who prefers to maintain a conservative position.

Suggerimento di citazione

L. DI MAJO, *Un parlamento smart? (Poche) luci e (molte) ombre dei lavori a distanza*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Ricercatore t.d. lett. *a)* di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università della Campania "L. Vanvitelli". Il contributo rappresenta lo scritto ampliato della relazione tenuta al Convegno Internazionale *Tecnologia e innovazioni: nuovi modi per fare cose nuove?*, organizzata dall'Università di Benevento "Giustino Fortunato", dall'Università Isabel I di Burgos e dalla Fondazione Mondino IRCCS di Pavia. La relazione originaria dalla quale trae spunto il presente approfondimento, confluirà nella raccolta degli atti.

Contatto: luca.dimajo@unicampania.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV – Fascicolo 1/2021
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Il ruolo del Parlamento italiano nel contesto dell'emergenza epidemiologica

Il 31 gennaio 2020, ai sensi dell'art. 7, c. 1, lett. c), e dell'art. 24, c. 1, del d. lgs. n. 1/2018 (c.d. Codice della Protezione Civile)[1], il Governo italiano deliberava lo stato di emergenza a causa della diffusione della pandemia da Covid-19, primo atto formalmente burocratico dal quale si è successivamente dipanata una serie di misure restrittive finalizzate al contrasto del contagio[2].

La limitazione di alcune libertà, tra cui quelle di movimento, hanno inciso anche sull'attività dei parlamentari e del Parlamento, costretto a riunirsi *a scartamento ridotto* in virtù dei provvedimenti deliberati dalle autorità pubbliche e sanitarie che hanno tracciato zone rosse, previsto obblighi di quarantena, divieti di circolazione, restrizione alle frontiere, chiusure degli aeroporti, divieti di assembramento, limitato (se non alle volte anche soppresso) collegamenti e mezzi di trasporto.

Il progressivo sviluppo della pandemia ha coinvolto tutte le Regioni d'Italia, in particolare (durante la prima ondata) quelle del Centro-Nord (Lombardia, Veneto, Piemonte, Emilia-Romagna), e la paventata paralisi del legislativo appariva, giorno dopo giorno, uno scenario sempre meno improbabile, tanto per la positività di alcuni parlamentari, quanto per l'impossibilità per altri di raggiungere fisicamente il Parlamento.

Come noto, il rispetto del principio di continuità degli organi costituzionali, ribadito nella sentenza n. 1/2014[3] e, da ultimo, nella sentenza n. 10/2020[4], ha

[1] Delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 – Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili, Pubblicata nella G.U. n. 26 del 1° febbraio 2020.

[2] Una raccolta di decreti legge, decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, ordinanze dei Ministri e dei Presidenti delle Regioni è disponibile, grazie ad un continuo aggiornamento, sulle riviste scientifiche *Osservatorio sulle fonti*, *Fonti emergenza Covid-19*, a cura di E. LONGO, G. MOBILIO e M. GIANNELLI, disponibile all'indirizzo: *www.osservatoriosullefonti.it*, *Diritti regionali*, *L'emergenza sanitaria da COVID-19. Normativa, atti amministrativi, giurisprudenza e dottrina*, a cura di C. DRIGO e A. MORELLI, disponibile all'indirizzo: *dirittiregionali.it* e *Federalismi.it*, nella sezione Osservatorio emergenza COVID-19, curata da M. MALVICINI, disponibile all'indirizzo: *www.federalismi.it*.

[3] Tra i primi commenti su questo profilo, I.A. NICOTRA, *Giunta delle elezioni della Camera dei deputati: audizioni informali del 22 ottobre 2014 finalizzate alla verifica di profili della sentenza della Corte Costituzionale n. 1 del 2014 che possano rilevare ai fini della verifica dei poteri su base nazionale*, in *Osservatorio AIC*, disponibile all'indirizzo: *www.osservatorioaic.it*, 3, 2014.

[4] Sul punto, cfr. S. CATALANO, *La sentenza n. 10 del 2020 della Corte costituzionale: una inammissibilità per eccessiva manipolatività non convincente,* in *Oservatorio AIC*, disponibile all'indirizzo: *www.osservatorioaic.it*, 4, 2020, A. Di CHIARA, *Dalla non autoapplicatività della normativa di risulta alla eccessiva manipolatività del quesito: andata (e ritorno) delle cause di inammissibilità del referendum elettorale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna*, disponibile all'indirizzo: *www.forumcostituzionale.it*, 17 aprile 2020, N. LUPO, *L'ammissibilità dei referendum abrogativi in materia elettorale, nella strettoia tra (necessaria) auto-applicatività e (moderata) manipolatività*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna*, disponibile all'indirizzo: *www.forumcostituzionale.it*, 5 febbraio 2020, A. RUGGERI, *Ancora in tema di abrogazioni per via referendaria di norme elettorali*, in *Consulta on line*,

fin da subito avviato una profonda riflessione sulla necessità di garantire il regolare funzionamento delle Camere, anche in periodi emergenziali, mantenendo inalterato l'equilibrio dei poteri costituzionali. Equilibrio fortemente compromesso per il ruolo ancora più centrale dell'esecutivo e dei Comitati Tecnico Scientifici[5], ancorché in parte fisiologico per la possibilità di agire tempestivamente e con immediata efficacia.

Invero, anche l'ordine giudiziario è stato posto nelle condizioni di poter riprendere l'attività con modalità c.d. *cartolare* di trattazione delle udienze ai sensi dell'art. 83, c. 5, d. l. n. 18/2020, conv. in l. n. 27/2020, come modificato dal d. l. n. 77/2020. Anche «i Consigli dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane e le Giunte comunali, che non abbiano regolamentato modalità di svolgimento delle sedute in videoconferenza, [hanno iniziato a] riunirsi secondo tali modalità, nel rispetto di criteri di trasparenza e tracciabilità previamente fissati dal Presidente del Consiglio, ove previsto, o dal Sindaco, purché siano individuati sistemi che consentano di identificare con certezza i partecipanti, sia assicurata la regolarità dello svolgimento delle sedute e vengano garantiti lo svolgimento delle funzioni di cui all'articolo 97 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, nonché adeguata pubblicità delle sedute, ove previsto, secondo le modalità individuate da ciascun ente»[6].

Così come, nel quadro delle misure imposte dalla crisi epidemiologica, la Corte costituzionale, da un lato, non ha interrotto i lavori, dall'altro ha predisposto misure ulteriori, moderne ed innovative per garantire la sicurezza dei Giudici e del personale che presta servizio in modalità "2.0"[7].

Questo significa che sia il principio di continuità delle funzioni degli organi costituzionali, sia la libertà dei singoli parlamentari di poter accedere fisicamente al luogo ove si svolge l'attività istituzionale sono due profili protetti dalla Costituzione che vanno valorizzati fino a quando non si scontrano frontalmente con il diritto alla salute.

disponibile all'indirizzo: *www.giurcost.org*, 1, 2020, F. SICURO, *Il referendum elettorale all'esame della Corte costituzionale Prime annotazioni a margine della sentenza n. 10 del 2020*, in *Osservatorio AIC*, disponibile all'indirizzo: *www.osservatorioaic.it*, 2, 2020.

[5] La questione dei limiti dei C.T.S., dei poteri e della scarsa trasparenza delle nomine non è nuova. Cfr., sul punto, A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018.

[6] Invero, l'accostamento tra Parlamento italiano, Parlamento europeo, Consigli regionali e Consigli comunali appare improprio. Sul versante sovranazionale, l'Unione europea ha caratteristiche diverse rispetto alla forma di governo parlamentare, a partire dalla mancanza del rapporto fiduciario tra gli organi istituzionali, fino alle competenze e alle procedure. Sul secondo versante aspetto la giurisprudenza costituzionale più volte ci ha detto che i consigli regionali non sono paragonabili. Oltretutto, mentre l'Europa ha dovuto fare i conti con la materiale impossibilità di circolazione transfrontaliera, mentre in Italia le problematiche relative alla mobilità sono state più contenute.

[7] L'espressione è di P. COSTANZO, *Con l'emergenza decolla la Corte 2.0*, in *Consulta on line*, disponibile all'indirizzo: *www.giurcost.org*, 1, 2020.

La soluzione adottata all'indomani delle restrizioni imposte si è basata su un "*gentlemen's agreement*"[8] tra gruppi e singoli per consentire il prosieguo dei lavori in sicurezza, a ranghi ridotti e nel rispetto dei rapporti di forza tra i diversi raggruppamenti di maggioranza ed opposizione ma ridotti proporzionalmente.

Una prassi per certi versi nuova ma non obbligatoria che ha segnato anche momenti di cedimento[9] e da più parti criticata[10] sia per la eccessiva penalizzazione delle minoranze, quanto per il rischio di verticalizzazione del dibattito parlamentare polarizzato in gran parte sul confronto tra capigruppo e segretari dei partiti, assoggettato dai *leader*, trasferito al di fuori delle aule parlamentari a cui si aggiunge, in casi come questi, la sottrazione del diritto dei parlamentari (che rimane tale anche nei momenti emergenziali) di partecipare ai dibattiti esprimendo la propria posizione. Con il rischio di transitare da una democrazia parlamentare ad una "democrazia del *leader*"[11], in cui il voto diventa un plebiscito che ratifica il volere dei *superiori*.

Peraltro, è una soluzione che non può essere imposta ai singoli parlamentari costringendoli a conformarsi a questa sorta di *autoriduzione*.

La Corte costituzionale ha anche ricordato, sul punto, che una compressione irragionevole «dei diritti e delle prerogative» del singolo parlamentare che non consenta di esercitare il proprio mandato aprirebbe (in teoria) la strada ad un conflitto di attribuzioni[12].

[8] S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, in *Osservatorio AIC*, disponibile all'indirizzo: *www.osservatorioaic*, 2, 2020, 228.

[9] *Ibidem*, 230, ma anche recentemente, in occasione del dibattito in tema di riforma dei cc.dd. *decreti sicurezza*, con la presentazione di 240 ordini del giorno ed una imponente azione di ostruzionismo.

[10] M. VILLONE, *La rappresentanza non si pratica a distanza*, in *Il Manifesto*, 31 marzo 2020.

[11] M. CALISE, *La democrazia del leader*, Roma-Bari, 2016.

[12] Così sembrava per l'ordinanza n. 17/2019, anche se con l'ordinanza n. 60/2020, la Corte non ha rilevato «un irragionevole squilibrio fra le esigenze in gioco nelle procedure parlamentari e, quindi, un *vulnus* delle attribuzioni dei parlamentari grave e manifesto» nella procedura che ha portato all'approvazione la l. n. 160/2019. Sulle questioni, S. CURRERI, *L'occasione persa (prime note sull'ordinanza n. 17/2019 della Corte costituzionale)*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: *www.federalismi.it*, 4, 2020 e, nella stessa rivista, R. DICKMANN, *La Corte dichiara inammissibile il conflitto di attribuzioni contro il testo della legge di bilancio 2019-21 approvata dal Senato e ribadisce che i singoli parlamentari sono poteri dello Stato. (Osservazioni a margine di Corte cost., ord. n. 17 dell'8 febbraio 2019)*, A. LUCARELLI, *La violazione del procedimento legislativo "costituzionale" è una violazione grave e manifesta?*, N. LUPO, *Un'ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzion*e, A. MANZELLA, *L'opposizione in regime di parlamentarismo assoluto*, A. Morrone, *Lucciole per lanterne. La n. 17/2019 e la terra promessa di quote di potere per il singolo parlamentare*, F. SORRENTINO, *La legge di bilancio tra Governo e Corte costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa*. Oltre a quanto segnalato, si consenta un rinvio a L. DI MAJO, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato (a partire da violazioni di «prerogative» e «diritti» dei Parlamentari). Nota ad ordinanza n. 17/2019 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna*, disponibile all'indirizzo: *www.forumcostituzionale.it*, 11 aprile 2019 e, nello stesso senso, in un passaggio di un

Ad ogni modo, se l'obiettivo dichiarato è garantire il proseguimento dei lavori delle Camere, è pur vero che i parlamentari debbono godere delle stesse garanzie e siano protetti alla stessa maniera degli altri lavoratori, così da esercitare il proprio mandato senza mettere a rischio la loro salute, quella dei colleghi, dei collaboratori e del personale tecnico ed amministrativo del Parlamento che governa gli uffici delle Camere.

Questi sono alcuni degli argomenti che hanno indotto a discutere, in particolare alla Camera dei deputati, se ammettere la modalità dei lavori parlamentari a distanza; d'altronde, lo stato di necessità con cui le Istituzioni sono in questo momento costrette a fare i conti suggerisce in qualche modo un cambiamento per "non affrontare burocraticamente le emergenze con le regole dei periodi ordinari. Perché affrontare le emergenze con le regole dei periodi ordinari porta comunque al sacrificio di alcuni principi e valori e gravi disfunzionalità"[13].

Questo significa essere in grado di affrontare questa situazione emergenziale con soluzioni altrettanto di emergenza, cercando un contemperamento tra il valore simbolico della rappresentanza, l'effettività dell'esercizio dell'attività politica e il progresso scientifico-tecnologico.

2. La partecipazione a distanza (oggi) e la riforma del regolamento della Camera (per il domani)

Il 31 marzo 2020 la Giunta per il regolamento della Camera dei Deputati[14], anche su sollecitazione dei Presidenti delle Commissioni permanenti Finanze, Trasporti e Cultura, ha avviato il dibattito sulla partecipazione a distanza nel mentre la prassi andava verso l'applicazione estensiva dell'art. 46, c. 2, R.C., a mente del quale «i Deputati che sono impegnati per incarico avuto dalla Camera, fuori della sua sede, o, se membri del Governo, per ragioni del loro ufficio sono computati come presenti per fissare il numero legale».

La disposizione richiamata ha consentito di computare, ai fini del raggiungimento del numero legale per la validità delle sedute, quei Deputati impossibilitati a raggiungere la sede istituzionale di Montecitorio o perché soggetti alla quarantena obbligatoria, ovvero all'isolamento fiduciario, riducendo sensibilmente il rischio di paralisi del Parlamento.

La Giunta per il regolamento, quindi, ha espresso la necessità di adottare misure straordinarie atte a consentire lo svolgimento delle attività parlamentari e volte, fin dal principio, a concentrare le attività all'esame di atti indifferibili,

saggio pubblicato successivamente, A. MANZELLA, *Elogio dell'Assemblea,* tuttavia, Modena, 2020, 41-43.

[13] A. PANEBIANCO, *Editoriale*, in *Corriere della Sera*, 19 marzo 2020.

[14] https://documenti.camera.it/leg18/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2020/03/31/leg.18.bol0342.data20200331.com15.pdf.

urgenti e comunque connessi all'emergenza da Covid-19 limitando contestualmente la presenza di parlamentari anche per periodi piuttosto prolungati.

Diversamente da quanto accade in Spagna e in Francia, dove le Assemblee elettive si sono già da tempo dotate di strumenti alternativi alla partecipazione *in presenza*, in particolare per quanto concerne l'espressione del voto[15].

Similmente, il Parlamento europeo, pur avendo già in passato sperimentato forme primordiali e circoscritte nel tempo di riunioni a distanza[16], ha previsto modalità di connessioni da remoto ed espressione del voto a partire da un quadro giuridico di riferimento tradizionale e radicato nell'art. 6, c. 1, dell'Atto elettorale del 1976[17] e in alcune disposizioni del regolamento interno del Parlamento UE[18], coniugandovi le innovative ed alternative modalità elettroniche previste dalla decisione del 20 marzo 2020 adottata dall'Ufficio di Presidenza[19].

Rispetto alla prima riunione della Giunta per il regolamento della Camera, la situazione è pressocché cambiata. Da un lato, non sono più vigenti quelle rigide restrizioni che avevano caratterizzato le prime misure di contenimento adottate con decreto legge e con i consequenziali d.P.C.M.[20]; dall'altro lato, tuttavia, non può affatto affermarsi di essersi lasciati alle spalle l'emergenza epidemiologica, tanto che si assiste, con costante quotidianità, alla diffusione di focolai, ancorché circoscritti.

A causa dell'assoluta eccezionalità, della radicale novità della situazione in corso e del prolungarsi per un tempo imprevedibile, alcuni parlamentari hanno presentato una proposta di modifica del regolamento della Camera[21],

[15] Cfr., sul punto, Servizio Studi del Senato, *Emergenza da Covid-19 e attività parlamentare: i casi di Francia, Germania e Spagna (Aggiornato al 6 aprile 2020)*, https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01149312.pdf. Sul punto, cfr. anche il dossier predisposto dal Servizio Studi della Camera dei deputati, *Lo svolgimento delle funzioni dei Parlamenti nazionali e del Parlamento europeo durante l'emergenza COVID-19. Elementi di diritto comparato*, 15 maggio 2020.

[16] A seguito dell'eruzione del vulcano islandese Eyjafjallajökull nel maggio 2010.

[17] «I membri del Parlamento europeo votano individualmente e personalmente. Non possono essere vincolati da istruzioni né ricevere mandato imperativo».

[18] art. 22, art. 25, art. 186, art. 182.

[19] Decisione dell'Ufficio di Presidenza del Parlamento europeo del 20 marzo 2020 che integra la sua decisione del 3 maggio 2004 sulle disposizioni relative alle votazioni per la quale «se il Presidente ritiene che, alla luce della situazione della salute pubblica in relazione all'epidemia di COVID-19, le condizioni di utilizzo del sistema di voto elettronico […] possano rappresentare un rischio per la salute dei Deputati o del personale del Parlamento europeo o che le sistematiche restrizioni di viaggio applicate in alcuni Stati membri impediscano in modo sostanziale l'utilizzo di tale sistema, il Presidente può decidere che, per le votazioni da lui indicate, si utilizzi il sistema alternativo di voto elettronico di cui all'articolo 2 della presente decisione».

[20] Sui primi provvedimenti, cfr. M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*, *Osservatorio emergenza COVID-19*, disponibile all'indirizzo: *www.federalismi.it*, 1, 2020.

[21] «Dopo l'articolo 48-*bis* del Regolamento è inserito il seguente: Art. 48-*ter*. L'Ufficio di Presidenza determina, con propria deliberazione, i casi in cui in ragione di particolari circostanze che impediscano ai deputati lo svolgimento della funzione parlamentare in presenza, possono essere

considerato che la riunione da remoto (in modalità più o meno *mista*) sia lo strumento maggiormente idoneo a garantire il funzionamento del Parlamento e dei suoi organi, così da assicurare il pieno esercizio del mandato parlamentare nel rispetto delle prescrizioni vigenti di natura sanitaria.

Questa disposizione, se approvata, consentirebbe ai parlamentari impossibilitati che lo richiedano di essere *presenti* ai lavori, ancorché *a distanza*.

Invero, la proposta di modifica presenta alcuni punti oscuri nella sua formulazione.

Non è chiaro se la disposizione possa trovare applicazione limitatamente alle situazioni emergenziali ovvero anche durante le riunioni ordinarie. Le «particolari circostanze» che ammettono le riunioni *in deroga*, tanto potrebbero essere interpretate dall'Ufficio di Presidenza come necessità dovute a profili di natura oggettiva (pandemie, catastrofi naturali) quanto a profili di natura soggettiva (disabilità, malattie, gravidanze, ecc.).

Nel primo caso, poi, è possibile che possa essere accolta una interpretazione restrittiva della disposizione in ragione della circoscritta emergenza temporale (i.e. la pandemia) ovvero territoriale (i.e. i violenti terremoti); viceversa, prevalendo le motivazioni di carattere soggettivo, la disposizione troverebbe applicazione anche nel corso delle procedure parlamentari ordinarie.

Consequenzialmente, non appare chiaro se sia stata presa in considerazione la possibilità di esprimere un voto a distanza per tutti, ovvero solo per alcuni.

Due situazioni completamente diverse. Nel primo caso il voto a distanza che coinvolga tutto il Parlamento potrebbe avere un impatto non secondario sull'esercizio del mandato[22]. La seconda ipotesi, pur apparentemente meno problematica, suscita qualche perplessità perché il voto a distanza contemporaneo ad un voto in presenza si risolve in una duplice modalità di scelta espressa non contestuale[23].

Non tutti i parlamentari, quindi, sono posti nella condizione di formarsi una consapevolezza dei fatti per poi esprimere la propria preferenza nello stesso momento.

Sarebbe stato opportuno, a sommesso avviso di chi scrive, un richiamo maggiormente concreto alle «particolari circostanze» che ammetterebbero il

autorizzati la partecipazione alle sedute dell'Assemblea, delle Giunte e delle Commissioni e l'esercizio del voto secondo procedure telematiche che assicurino la personalità, la libertà e la sicurezza del voto. L'Ufficio di Presidenza, verificate le condizioni di cui al comma precedente, autorizza i deputati che ne fanno richiesta specificando i voti e il periodo di tempo in cui il voto può essere espresso secondo tali procedure telematiche».

[22] Su cui, *infra*, par. 4.

[23] Perplessità, invero, non nuove come evidenziava già a tempo A. GRATTERI, *Il valore del voto. Nuove tecnologie e partecipazione elettorale*, Padova, 2005, o più recentemente L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e stato costituzionale*, Torino, 2011.

singolo parlamentare (o più parlamentari) a godere del riconoscimento della presenza alle adunanze assembleari, ancorché *in deroga* (cioè non fisica).

Il carattere particolarmente *aperto* della disposizione in commento rischia di delegare all'Ufficio di Presidenza una interpretazione significativamente ampia delle «particolari circostanze». Concedere o negare la partecipazione a distanza anche al singolo parlamentare potrebbe disallineare i rapporti di forza tra maggioranza ed opposizione, in particolare in quelle Commissioni al Senato nelle quali la composizione delle due anime non è spesso omogenea.

Trattandosi di una modifica che interviene in ambito regolamentare, sarebbe stato opportuno prevedere anche le modalità di svolgimento delle sedute e le modalità di espressione del voto che ad ogni modo, come si ricostruirà successivamente, sembrano molto complesse realizzare.

Ad oggi, non pare essere certi della direzione interpretativa della disposizione che si vuole introdurre: la flessibilità tra una interpretazione che consentirebbe la riunione nei soli casi eccezionali e in cui si riscontrano problemi di sanità e sicurezza pubblica (terremoto, catastrofe naturale) che impediscono lo spostamento e, al contrario, una diversa che vada nel senso opposto (consentire al singolo e in una situazione di normalità di partecipare da remoto) non sembra affatto scontata.

Davanti ad una possibile svolta dal metodo tradizionale dell'organizzazione di parte dei lavori parlamentari emergono due questioni di fondo intimamente connesse alla duplice natura del Parlamento: "una irriducibile politicità […], ma anche una sua irriducibile giuridicità"[24].

3. L'elemento giuridico: l'interpretazione dell'art. 64, c. 3, Cost. e le prescrizioni dei regolamenti parlamentari

Alla luce anche del disposto dell'art. 64, c. 3, Cost., l'emergenza attuale chiede di interrogarsi quanto evolutivamente possa essere interpretata tale norma e in che misura possa declinarsi in termini diversi la prescrizione della *presenza* dei parlamentari durante i lavori della Camera e del Senato.

Si tratta di valutare se la situazione emergenziale in atto giustifichi o meno (e in caso affermativo, in quali casi e in quali termini) un'interpretazione del terzo comma dell'art. 64 Cost. che consenta di considerare presenti ai lavori parlamentari i Deputati (ma anche i Senatori) che partecipano tramite collegamenti in videoconferenza.

[24] A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, 1991, 16.

Sul punto, sono diverse le posizioni tra chi non individua ostacoli costituzionali ai lavori da remoto[25], anche partendo da un punto di vista temperato[26], e chi[27], al contrario, ritiene che la «presenza» debba essere intesa esclusivamente nel suo significato fisico, considerando la trasformazione di parte delle Camere in *Parlamento digitale* qualcosa che comporterebbe una vera e propria "rottura costituzionale"[28].

Secondo i sostenitori della teoria evolutiva, l'art. 64, c. 3, Cost. non potrebbe rimanere stretto nella morsa del quadro costituzionale che lo aveva partorito, poiché i Costituenti non avrebbero potuto immaginare il concetto di «presenza» se non in una dimensione meramente esortativa. Così, l'istituto della missione previsto dall'art. 46, c. 2, R.C., sul quale è stata costruita la primigenia organizzazione emergenziale dei lavori assembleari, sarebbe da considerarsi al di fuori del perimetro interpretativo dell'art. 64 Cost. e quindi limitato nell'applicazione alle sole ipotesi in cui il parlamentare è impegnato, sì, al di fuori della sede istituzionale, ma in esclusiva rappresentanza della Camera di appartenenza.

Sotto questo profilo, per i *progressisti*, l'art. 64, c. 3, Cost. è solo una delle molteplici "pagine aperte"[29] che la Costituzione del 1948 ha riservato per quelle che sarebbero state le evoluzioni tecnologiche che oggi consentono ad

[25] Tra cui M. AINIS, *Meglio distante che latitante*, in *La Repubblica*, 19 marzo 2020, E. CATELANI, *La tecnologia può aiutare a far funzionare il Parlamento e i Prefetti ascoltino le Regioni*, in *Il Dubbio*, 26 marzo 2020, S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, disponibile all'indirizzo: *www.biodiritto.org*, 17 marzo 2020, *Id.*, *Coronavirus, una giornata parlamentare anomala*, in *libertaeguale.it*, 12 marzo 2020, F. CLEMENTI, *Parlamento difeso con il voto a distanza*, in *Il Sole 24 Ore*, 16 marzo 2020, *ID.*, *Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico: problemi, esperienze e prospettive (anche nel tempo del coronavirus). Una prima introduzione*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: *www.federalismi.it*, 6, 2020, S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, cit., I.A. NICOTRA, *L'epidemia da covid-19 e il tempo delle responsabilità*, in *Diritti Regionali*, disponibile all'indirizzo: *www.dirittiregionali.it*, 1, 2020, N. LUPO, *La Costituzione non impedisce il voto "da remoto" dei parlamentari*, in *LUISS open*, disponibile all'indirizzo: *www.open.luiss.it*, 2 aprile 2020, A. PERTICI, *Il Parlamento deve riunirsi*, in *Huffingtonpost.it*, 18 marzo 2020.

[26] R. DICKMANN, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: *www.federalismi.it*, 8, 2020.

[27] Tra i tanti, R. CALVANO, *Brevi note su emergenza COVID e voto dei parlamentari a distanza. Rappresentanza politica, tra effettività e realtà virtuale*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: *www.federalismi.it*, 21, 2020, 45 ss., V. LIPPOLIS, *Voto a distanza no grazie. La presenza in Aula resta essenziale*, in *Il Dubbio*, 1° aprile 2020, C. SBAILÒ, *Parlamento on line? Garantiamo la possibilità di violare il regolamento*, in *Leformiche.net*, P. PISICCHIO, *Voto a distanza? Per la Costituzione son on.li, non online*, in *Il Dubbio*, 18 marzo 2020, M. VILLONE, *La rappresentanza non si pratica a distanza*, cit.

[28] Ha avanzato questa ipotesi M. LUCIANI durante un intervento in un dibattito *on-line* organizzato dall'On. Brescia, *Parlamento aperto: a distanza o in presenza?*, 3 aprile 2020.

[29] L'espressione è di A. BARBERA, *Le tre pagine lasciate aperte dal Costituente*, in *Quad. reg.,* 1-2, 2007, 57 – 61, sebbene utilizzata in un contesto oggettivo diverso.

un parlamentare di non essere *fisicamente* presente «in Aula», ma connesso da remoto.

Così, né potrebbe sostenersi che il testo costituzionale non si esponga all'evoluzione del tempo, tanto da considerarsi pietrificato innanzi a quella obiezione, apparentemente insormontabile, per cui la presenza sia soltanto quella *materiale*, cioè fisica.

Come sembrerebbe, il problema non è però tanto il raggiungimento del numero legale per il quale sopperisce l'interpretazione estensiva dell'art. 46, c. 2, R.C., quanto in tutte quelle ipotesi[30] di variazione dei *quorum* deliberativi diversi rispetto alla maggioranza semplice che sarebbe molto complesso assicurare.

Il possibile blocco dei lavori parlamentari, ancorché limitato a tali ipotesi, suggerirebbe effettivamente la ricerca di vie alternative che passino attraverso una interpretazione evolutiva dell'art. 64, c. 3, Cost. e delle altre disposizioni regolamentari che richiedono, direttamente o indirettamente, la sola presenza fisica.

Invero, diverse disposizioni regolamentari deporrebbero a favore dei *conservatori*[31], sebbene due in particolare indicherebbero il *favor* per la presenza fisica piuttosto che per quella telematica perché collocate nel Capo XVI del regolamento della Camera in tema di esame dei progetti di legge in sede referente, proprio nell'ambito della procedura che ha da sempre conosciuto una corsia preferenziale.

Il richiamo espresso dell'art. 72, c. 1 e 76, c. 3, R.C. alla «[in] Aula»[32] lascerebbe intendere come luogo ideale dello svolgimento dei lavori parlamentari proprio "l'arena democratica, un luogo in grado di concorrere alla determinazione ed attuazione dell'indirizzo politico"[33], la sede fisica nella quale decorre gran parte delle procedure.

L'annuncio «in Aula» del progetto di legge cui segue l'esame nella Commissione referente competente per materia è il momento preliminare e non soltanto simbolico della funzione legislativa del Parlamento alla quale ogni singolo parlamentare partecipa non come presenza meramente formale, ma come attore principale e titolare di diritti e prerogative esercitabili durante tutto l'arco

[30] Come, in esempio, lo scostamento del bilancio ex art. 81, c. 2, Cost., votato proprio nella seduta del 26 novembre 2020, sarebbe stato a rischio qualora si fosse accesso un focolaio all'interno anche solo di uno dei due rami del Parlamento. Ma basti pensare anche al procedimento di revisione costituzionale ex art. 138 Cost.

[31] Artt. 31, 49, 50, 60, 61, 46, c. 2, R.C.

[32] Peraltro, l'utilizzo della lettera maiuscola non può essere considerato casuale. Parimenti è previsto nell'art. 107, c. 2, R.S.

[33] A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, 34.

della procedura normativa (e non solo)[34], come la presentazione di emendamenti che nel Senato, ai sensi degli artt. 126-*bis*, c. 2-*quinquies*, 128, c. 4, e 144-*bis*, c. 5 (per la legge europea), deve avvenire «in Aula» allo stesso modo come nella eventuale verifica del numero legale (art. 107, c. 2, R.S.).

Ma le stesse votazioni elettroniche, ai sensi dell'allegato *Testo deliberato dal Consiglio di Presidenza del Senato del 2008*, prevede l'installazione «in Aula» dei terminali e l'obbligo della «registrazione della presenza in Aula dei Senatori in occasione delle verifiche del numero legale delle votazioni qualificate».

A corredo, altresì le disposizioni che concernono il regolare e ordinato svolgimento della seduta (art. 68 R.S. in caso di tumulti), prevedendo l'assegnazione di posti riservati «in Aula» al Segretario Generale del Senato ovvero al personale del Senato (art. 58, c. 2, R.S.) e la *call* per alcuni Senatori presenti «in Aula» a ricoprire le funzioni di Segretario (art. 11, c. 2, R.S.), consegnano una visione ideale di Assemblea nella quale i rapporti debbano svolgersi più sul piano reale che sulla piattaforma digitale.

Una caratteristica essenziale del funzionamento della forma di governo parlamentare, pertanto, si radicherebbe nello svolgimento delle sedute *nelle* Aule parlamentari *nelle* quali sono presenti fisicamente i parlamentari chiamati a svolgere funzioni regolamentari assegnate, prerogative e diritti.

Anche sul profilo più propriamente costituzionale, le obiezioni allo svolgimento dei lavori parlamentari da remoto si irrobustiscono di alcuni elementi.

Nell'art. 64, c. 3, Cost., pur nella possibilità già all'epoca esistente di far ricorso a strumenti *illo tempore* tecnologicamente avanzati come telefono, telegramma, telefax attraverso i quali i parlamentari avrebbero potuto esprimere il proprio orientamento, manca una *finestra sul futuro* simile alla clausola contenuta nell'art. 15 Cost. («ogni altra forma di comunicazione») che chiaramente apre ad una interpretazione non solo adeguatrice, ma anche evolutiva perché in quel caso l'apertura è dentro la norma costituzionale[35].

In aggiunta, non v'è dubbio che qualora dovesse accogliersi l'idea dei lavori da remoto, non appare facilmente superabile la difficoltà di conciliare i caratteri indefettibili del voto (di qualunque voto) indicati dall'art. 48 Cost. e le modalità di garantire quei principi nell'ambito di sistemi di votazione telematici a prescindere da quale che sia il sistema di votazione prescelto che non pare tutelare i «diritti» e le «prerogative» essenziali dei parlamentari, incomprimibili secondo recenti pronunce della Corte costituzionale.

[34] Diversi spunti anche da M.C. GRISOLIA, *Alcune riflessioni sugli attuali assetti della forma di governo*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo: *www.rivistaaic.it*, 3, 2019, in part. 370 – 375.

[35] Nello stesso senso anche M. LUCIANI nell'Intervento al convegno organizzato il 3 aprile 2020 dall'On.le Brescia.

La Consulta, chiamata a giudicare la legittimità costituzionale delle leggi elettorali, ha avuto l'occasione di chiarire alcuni aspetti in tema di connotati del diritto di voto.

In tema di sindacato della legislazione elettorale, in esempio, l'eguaglianza del voto che la persona è chiamata ad esprimere nell'elezione di organi politici riflette l'eguale dignità di tutti i cittadini e rappresenta una particolare applicazione del principio fondamentale di eguaglianza, sancito dall'art. 3 Cost.

L'eguaglianza del voto diventa quindi un connotato della rappresentanza particolarmente incisivo e mutuabile anche nell'ambito delle procedure parlamentari. In tutti i casi in cui il parlamentare esercita le funzioni costituzionalmente riconosciute di deliberazione, indirizzo e controllo attraverso quegli istituti che *vivono* soprattutto di momenti deliberativi, come la votazione di una legge, di una mozione, di un ordine del giorno, si pone sullo stesso piano di chi esprime la scelta per l'uno o per l'altro candidato.

Le stesse caratteristiche del diritto di voto sono funzionali ad assicurare la parità di condizione dei parlamentari e il corretto funzionamento degli organi costituzionali (direttamente o indirettamente) nel momento in cui essi, attraverso la scelta, danno concreto contenuto alla sovranità popolare[36] espressa a mezzo dei «diritti» e delle «prerogative» riconosciute dalla stessa Corte quali elementi caratterizzanti la natura più intima della funzione parlamentare[37].

Il principio di eguaglianza tra i parlamentari si ricava dalle funzioni degli stessi e dall'insieme dei diritti e delle prerogative che gli spettano nell'ambito della funzione legislativa parlamentare (tra cui, per l'appunto, il diritto di voto), come evidenziato anche dalla stessa Corte costituzionale nell'ordinanza n. 17/2019 dove, pur non ammettendo il conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato, ha indicato una serie di «diritti e prerogative» che spettano ad ogni singolo parlamentare in considerazione della sua funzione di rappresentanza e che non possono essere esercitate, per lo più, se non attraverso il voto.

A partire da questa tesi, emergerebbero così due profili critici.

In primo luogo, il voto per delega sottrae la personalità e verticalizza quello che dovrebbe essere il senso del confronto collettivo[38] e di una scelta propria e consapevole a favore della disciplina di gruppo[39] perché esporrebbe maggiormente il parlamentare all'imposizione eteronoma dei vertici, non potendo

[36] C. cost., 12 aprile 1973, n. 39.

[37] C. cost., 16 giugno 2016, n. 149 e 8 febbraio 2019, n. 17.

[38] G. ZAGREBELSKY, *Una riflessione sulla democrazia,* in AA.VV., *Argomenti per il dissenso: Costituzione, Democrazia, Antifascismo*, Torino, 1994, 24-25, pur riferendosi alla democrazia diretta, enfatizza questo profilo, rilevando come la mancanza del "tempo" per la discussione collettiva "non è democrazia perché, come è facilmente comprensibile", distrugge il contesto collettivo" che rimane quindi un elemento primario per il confronto democratico delle idee.

[39] E, di riflesso, anche del partito, sebbene «il parlamentare è libero di votare secondo gli indirizzi del suo partito, ma è anche libero di sottrarsene» (C. cost., 7 marzo 1964, n. 14).

conoscere il grado di condivisione o avversione degli altri componenti del gruppo parlamentare rispetto all'indirizzo politico del partito conforme o difforme.

Parimenti e in secondo luogo, il voto telematico, pur con tutte le cautele del caso (riconoscimento a mezzo di *body scanner*, firma digitale della scheda, ricezione e invio tramite PEC, a mezzo di impronta) difficilmente riuscirebbe a garantire la contestualità del voto dei singoli parlamentari nello spazio delle operazioni di voto che non può essere temporalmente troppo compresso a causa delle operazioni di riconoscimento preliminare e per esprimere la preferenza[40].

Complesso anche individuare il meccanismo che garantirebbe la segretezza del voto, mettendo a riparo la scelta del parlamentare non soltanto da *ingombranti* presenze che potrebbero aleggiare nella stanza del voto o da parte di chi gestisce il *server*[41], ma anche da incursioni di *hacker* in grado oggi di forzare i più sofisticati sistemi *hardware* e linea *proxy*.

4. L'elemento politico: la rappresentanza

La rappresentanza politica si pone quale presupposto necessario per la democrazia[42], da un lato "diversa rispetto alle forme classiche della Grecia antica (immaginata come un cerchio composto dai cittadini della *polis* uguali innanzi alla legge e attraverso la legge)"[43], dall'altro più vicina all'attuale idea di democrazia per quel che concerne la modalità di formazione della volontà dell'organo rappresentativo, l'indirizzo politico, l'esercizio del diritto di voto e la necessità di portare in Parlamento le istanze del corpo elettorale che, proprio nel momento della grande emergenza e nella drastica riduzione dei suoi diritti fondamentali, non può ridursi ad una mera rappresentazione della dialettica politico-parlamentare.

In tutte le sfumature in cui è stata approfondita, la rappresentanza è stata considerata in una prospettiva dinamica[44], mosaico di rapporti, scambi,

[40] Se si immagina una procedura simile all'art. 2, c. 1, lett. a), b), c), d), e) della Decisione dell'Ufficio di Presidenza del Parlamento dell'Unione europea, si può facilmente comprendere come lo svolgimento delle operazioni preliminari, della verifica della regolarità del voto e della registrazione del processo verbale rischiano di rendere dilatata qualsiasi seduta ordinaria.

[41] Sul profilo della *personalità*, cfr. L. CUOCOLO, *Voto elettronico e postdemocrazia nel diritto costituzionale comparato*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, 255-271.

[42] Nello stesso senso G. FERRARA, *Democrazia e rappresentanza politica*, in L. CHIEFFI (a cura di) *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, èlites al potere*. Atti del convegno di Caserta, 6-7 maggio 2005, Torino, 2006.

[43] D. FISICHELLA, *L'altro potere. Tecnocrazia e gruppi di pressione*, Bari, 1997. Nello stesso senso anche M. BARBERIS, *Populismo digitale. Come internet sta uccidendo la democrazia*, Milano, 2020, 49 ss. Sul punto, cfr. anche F. PALLANTE, *Contro la democrazia diretta*, Torino, 2020, 21-28.

[44] Come ci ricorda A. BARBERA, *I Parlamenti*, Roma-Bari, 2019, 54, "[…] la rappresentanza non è solo 'specchio' del paese, ma è anche la tecnica per trasformare gli orientamenti popolari in decisioni

"attività"[45] di soggetti e di forze operanti nella società[46], "espressione di sintesi delle differenze sociali, nella de-cifratura delle divergenti opinioni, nella loro finale con-fusione per una decisione unitaria"[47].

La possibilità di esercitare il mandato da parte dei parlamentari è connaturata ad un'attività *dinamica* che si arricchisce di colloqui, discorsi, intese dentro e fuori l'«Aula» per "cercare appoggi in colleghi portatori di istanze affini, fa pressione sugli apparati che elaborano i provvedimenti, chiede il sostegno del gruppo dirigente del partito di appartenenza, organizza la pressione dal basso con appelli e petizioni, cerca accesso alla stampa nazionale e locale, prende qualsiasi altra iniziativa utile al fine. Questo è la carne e il sangue di una funzione di rappresentanza politica, che di sicuro non si pratica a distanza"[48].

Non possono nascondersi le difficoltà di un organo collegiale così vasto e ampio per commisurare grado e qualità della partecipazione alla presenza. Tanto è vero che le sedi più consone a cui si può applicare la partecipazione a distanza sono esclusivamente quelle ristrette come le Assemblee regionali o comunali, ovvero i Collegi degli organi giudiziari. In questi casi, peraltro, la conoscenza tra i soggetti partecipanti alle riunioni è maggiore rispetto a quella tra due parlamentari che siedono nei lati opposti dell'emiciclo.

Il rapporto interpersonale nella dialettica politica è un profilo non secondario per una maggiore consapevolezza della volontà che si forma a seguito del confronto e del dibattito in tutte le Assemblee elettive, nelle quali "la presenza dà così alla rappresentanza un carattere di permanenza"[49].

La consultazione reciproca è un elemento essenziale ed indefettibile per l'attività parlamentare e per la concretizzazione delle istanze elettorali e dei bisogni del popolo.

In situazioni di questo genere, il rapporto tra maggioranza ed opposizione è determinante per consentire uno sviluppo pacifico, adeguato ed armonico della vita parlamentare in vista della formazione della volontà parlamentare.

delle istituzioni (non «appareil photographique», ma «transformateur d'éenergie, secondo Duverger, 1988»". Secondo F. PALLANTE, *Contro la democrazia diretta*, Torino, 2020, p. 22, la rappresentanza è "un'azione". Ancora, G. PASQUINO, *Tipologie di Parlamenti democratici*, in *ID.*, *Partiti, Istituzioni, Democrazie*, Bologna, 2014, 202, richiama "l'attenzione sul fatto che un Parlamento non è soltanto un'assemblea *ricettiva/reattiva* esposta a pressioni esogene. In aggiunta può diventare un'assemblea *attiva* che prende iniziative, che ha una dinamica endogena, che elabora output qualche volta in risposta agli input, altre volte sotto forma di decisioni formulate con autonomia dinamica interna".

[45] A.F. BENTLEY, *The process of government*, tr. it. a cura di P.H. ODEGARD, Milano, 1983, 271.

[46] Nello stesso senso, A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, trad. it. a cura di G. CANDELORO, Milano, 1999, D. TRUMAN, *The governmental process. Political interest and public opinion*, New York, 1971, *passim*.

[47] A. MANZELLA, *Elogio dell'Assemblea*, tuttavia, 17, Modena, 2020.

[48] M. VILLONE, *La rappresentanza non si pratica a distanza*, cit.

[49] P. ROSANVALLON, *La legittimità democratica. Imparzialità, riflessività, prossimità*, trad. it. A cura di F. DOMENICALI, Torino, 2015, 252.

La presenza è, poi, tanto più importante nei momenti di emergenza quando il Parlamento deve controllare e contribuire ad orientare l'operato del Governo. Una presenza che consentirebbe di recuperare quella centralità ed autorevolezza erosa dalla "ondata di populismo"[50], da anni ed anni di "antiparlamentarismo endemicamente ricorrente"[51] e di delegittimazione che hanno portato ad una disaffezione dal voto e dalla partecipazione alla vita politica[52].

Il principio di continuità non va salvaguardato soltanto in astratto, ma va garantito in concreto attraverso l'esercizio del mandato parlamentare in presenza che rinvigorisce il significato di rappresentanza politica, naturalmente con tutti gli accorgimenti necessari per garantire la sicurezza ed evitare che il contagio si propaghi.

La presenza «in Aula», la partecipazione attiva alle funzioni legislative, di indirizzo e di controllo è il cuore del funzionamento della forma di governo parlamentare e l'esercizio più genuino del libero mandato che termina con l'espressione della volontà ultima del singolo parlamentare.

Il voto «in Aula» non è che l'apice di un processo di formazione della consapevolezza da parte dei singoli parlamentari attraverso la dialettica e il mutamento di opinione che si realizza all'interno di un contesto dialogico prima ancora che dialettico.

La stessa Corte costituzionale, sul punto, fornisce chiare indicazioni sull'esercizio *in concreto* del mandato parlamentare che caratterizza, di riflesso, il contenuto concettuale della rappresentanza politica.

Con l'ordinanza n. 60/2020 sostiene infatti che le procedure parlamentari devono assicurare un ragionevole equilibrio tra le esigenze in gioco, altrimenti non è lontana l'ipotesi di un intervento *ristoratore* attraverso il conflitto di attribuzione sollevato dai singoli parlamentari[53]. E in particolare, per il

[50] M. BARBERIS, *Populismo digitale. Come internet sta uccidendo la democrazia*, cit.

[51] A. BARBERA, *I Parlamenti*, cit., 100. Il 7 giugno 2013, Beppe Grillo affermava senza mezze misure che "il Parlamento potrebbe chiudere domani, nessuno se ne accorgerebbe. È un simulacro, un monumento ai caduti, la tomba maleodorante della seconda Repubblica", a cui faceva eco Gianroberto Casaleggio, secondo il quale "il peso delle decisioni si sposterà sul cittadino togliendo la delega al Parlamento, i tempi non si possono sapere ma è ineluttabile" (fonte, il Blog delle Stelle).

[52] È pur vero, tuttavia, come afferma anche N. LUPO, *Audizione resa il 5 novembre 2020 presso l'Ufficio di Presidenza della Commissione Affari costituzionali del Senato nella prima seduta dedicata all'affare assegnato n. 588, "Sulle modalità più efficaci per l'esercizio delle prerogative costituzionali del Parlamento nell'ambito di un'emergenza dichiarata": Come evitare l'auto-emarginazione del Parlamento nell'emergenza attuale*, cit., 9, che "Nel porsi questo tema, peraltro, bisogna avere la consapevolezza che l'emarginazione del Parlamento non nasce certo dalla pandemia e discende, in larga parte, dalla sua mancata capacità di auto-riforma, a livello sia costituzionale, sia sub-costituzionale: si può perciò parlare, con riferimento agli ultimi tre decenni, di un processo di auto-emarginazione delle Camere".

[53] Cfr. M. ARMANNO, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato come strumento di verifica della regolarità del procedimento legislativo e l'invalicabile soglia del controllo di ammissibilità*, in *Osservatorio AIC*, disponibile all'indirizzo: *www.osservatorioaic.it*, 4, 2020, R. DICKMANN, *Ancora in tema di legittimazione al conflitto di attribuzione dei singoli membri delle Camere… ma non dei gruppi*

procedimento legislativo, occorre operare un necessario bilanciamento tra le originarie ragioni di valorizzazione del dibattito e della discussione, da un lato, ed efficienza e tempestività delle decisioni parlamentari, dall'altro. Il che avviene attraverso un procedimento nel quale i soggetti attivi devono essere messi in condizione di esprimere e perseguire gli interessi che rappresentano, assicurando alla maggioranza il diritto di decidere e alle minoranze di esercitare i propri diritti oppositori.

Invero, già l'ordinanza n. 17/2019 aveva in qualche modo valorizzato l'insieme di quei «diritti e prerogative» del singolo parlamentare riconosciute dalla Costituzione e dai regolamenti parlamentari come funzionali all'esercizio della rappresentanza politica, anche in funzione di garanzia della centralità del Parlamento[54].

Pur riconoscendo «una sfera di prerogative che spettano al singolo parlamentare, diverse e distinte da quelle che gli spettano in quanto componente dell'Assemblea»[55], non può nascondersi che le stesse incidono profondamente sulla discussione[56] assembleare attorno al procedimento normativo, ampliandone la portata in negativo o in positivo, "anche quando il dibattito sembra scontato. Nei moderni Parlamenti e 'post-partitici', il 'riporto' di posizioni e ragioni già dibattute e addirittura decise in sede extraparlamentare, le sottopone ugualmente infatti ad un confronto nuovo, le incapsula nelle regole del contraddittorio, le consegna ad una realtà giuridica più duratura del confronto di opinioni del giorno per giorno, le rende, in un certo senso e in un certo tempo, irreversibili, nel farsi della politica del Paese"[57].

Si tratta pur sempre di una serie di «diritti», come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale in un passaggio chiave dell'ordinanza n. 17/2019 che non fornisce, come detto, un elenco chiuso, ma ne individua alcuni («diritto di parola, proposta, di voto») che ben possono essere considerati l'anima dell'attività del singolo parlamentare nelle funzioni complessive legislative, di indirizzo e di controllo.

È la stessa Corte costituzionale a riconoscerlo, riconducendo parte delle prerogative al «diritto» di partecipare alle discussioni e alle deliberazioni

parlamentari (nota a Corte cost., ord. 26 marzo 2020, n. 60), in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna*, disponibile all'indirizzo: *www.forumcostituzionale.it*, 16 aprile 2020.

[54] Sul punto, cfr. E. CATELANI, *Manutenzione dei regolamenti parlamentari come strumenti di inizio di una mediazione politica*, in *Costituzionalismo.it*, disponibile all'indirizzo: *www.costituzionalismo.it*, 1, 2017.

[55] C. cost., n. 17/2019.

[56] Lo stesso M. BARBERIS, *Populismo digitale. Come internet sta uccidendo la democrazia*, cit., p. 32, parlando della rappresentanza, evidenzia che "i Parlamentari sono eletti a due fini: esprimere una volontà del popolo che senza di loro non esisterebbe, e deliberare, ossia discutere e prendere decisioni in nome del popolo".

[57] A. MANZELLA, *Elogio dell'Assemblea*, cit., 38.

esprimendo voti ed opinioni (art. 68 Cost.), di presentare progetti di legge, riservato dalla Costituzione a «ciascun membro delle Camere» (art. 71, c. 1, Cost.), fino al potere di proporre modifiche al testo in discussione attraverso la presentazione di emendamenti tanto in Commissione quanto «in Aula», ma sempre *in presenza*.

Tali attribuzioni integrano veri e propri «diritti» del parlamentare *uti singolo* e, allo stesso tempo, quale rappresentante della Nazione ex art. 67 Cost. (e quindi espressione finale, quantomeno potenziale, della volontà di un singolo potere)[58], in grado di esercitare una serie di attribuzioni costituzionalmente riconosciute tali «da esprimere una volontà in sé stessa definitiva e conclusa, che soddisfa quanto previsto dall'art. 37, primo comma, della legge n. 87 del 1953»[59].

5. Una proposta per un obiettivo comune tra le due anime *conservatrice e progressista*, a partire dalla proposta di legge costituzionale A.C. 2452

Tra le righe delle posizioni apparentemente antitetiche, si scorge l'obiettivo comune di "consentire al Parlamento di svolgere il proprio ruolo [attraverso] le coordinate minime valevoli per qualsiasi condizione di emergenza"[60] che possono già rinvenirsi, in parte, nell'art. 78 Cost.[61] e nella interpretazione classica del concetto di *presenza*.

Pur nel perimetro interpretativo tracciato che suggerirebbe una preferenza per i lavori parlamentari *in presenza*, non può non riconoscersi che accettare una riunione di Camere composte da *pochi eletti* e con parlamentari a cui si *consiglia* di non accedere «in Aula» per non compromettere l'equilibrio della composizione riproporzionata al ribasso, rispetto alla imposta (più che condivisa) *autoriduzione*, equivale a ridurre il Parlamento ad una posizione *di contorno* rispetto alle decisioni governative.

Dinnanzi a modalità convenzionali inadeguate per la tradizione storica dell'Istituzione parlamentare e per gli stessi componenti, sarebbe opportuno ricercare un punto di caduta comune tra *conservatori* e *progressisti* accomunati,

[58] Così anche S. CURRERI, *Sul conflitto di attribuzioni del singolo parlamentare a tutela del «giusto procedimento legislativo»: tanto tuonò che piovve?*, in *Quad. cost.*, 2, 2016, 370, in cui specifica che le attribuzioni che la Costituzione riserva al singolo parlamentare "connesse al suo *status* di rappresentante della Nazione, ancor prima che membro del Parlamento [sono] tanto più meritevoli di tutela quando esse potrebbero dipendere dalla volontà della maggioranza, non sempre immune da logiche di appartenenza politica, tanto più a causa della natura conflittuale del nostro bi(tri)polarismo".

[59] C. cost., n. 17/2019.

[60] A. PATRONI GRIFFI, *Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid-19: qualche annotazione*, in G. DE MINICO, M. VILLONE (a cura di), *Stato di diritto – Emergenza - Tecnologia*, in *Consulta on line*, e-book, disponibile all'indirizzo: *www.giurcost.org*, 41.

[61] A. PATRONI GRIFFI, *Art. 78 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Padova, 2006.

è bene dirlo, dall'obiettivo di salvaguardare il prestigio e il ruolo non solo simbolico del Parlamento, ma anche operativo, magari *accogliendo* la tecnologia senza snaturare la rappresentanza politica e la genuina formazione della volontà parlamentare.

Se questo è l'obiettivo comune, la strada di una piena valorizzazione delle possibilità che i regolamenti parlamentari oggi offrono per un lavoro decentrato è percorribile in due modi attraverso alcune *varianti* alla proposta di legge costituzionale A.C. 2452, ma nel solco tracciato dalla interpretazione conservatrice dell'art. 64, c. 3, Cost. e salvaguardando quelle disposizioni regolamentari che pretendono «in Aula» il parlamentare, confermando il "primato di posizione"[62] dell'Assemblea.

Il necessario bilanciamento tra la salvaguardia dei valori anche simbolici della vita di una democrazia e la garanzia del diritto alla salute si esprimono nell'ambito dell'autonomia parlamentare, in una prospettiva di valorizzazione interpretativa delle norme costituzionali e regolamentari, ancorché nell'ambito delle stesse indicazioni giurisprudenziali che ammettono la discrezionalità organizzativa delle Camere limitatamente alla modalità di verifica del numero legale della seduta[63] o delle votazioni[64].

La problematica qui affrontata tocca un nervo scoperto sul quale la migliore dottrina si è subito interrogata fin dal principio della crisi sanitaria: l'introduzione[65] o meno[66] di una norma *emergenziale* in Costituzione.

Se, come sembra, alcune disposizioni dei regolamenti parlamentari non ammettono la possibilità di surrogare la presenza personale con quella telematica del parlamentare – salvo una vera e propria "reingegnerizzazione"[67] dei

[62] A. MANZELLA, *Elogio dell'Assemblea*, tuttavia, cit., 49.

[63] C. cost., 29 marzo 1984, n. 78.

[64] C. cost., 2 novembre 1996, n. 379. Su questo aspetto, N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari E perché ammettere tale voto richiede una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, in *Osservatorio AIC*, disponibile all'indirizzo: *www.osservatorioaic.it*, 3, 2020, 6.

[65] Come, per l'appunto, l'A.C. 2452, *Proposta di revisione costituzionale, Introduzione degli articoli 55-bis e 55-ter della Costituzione*, concernenti la dichiarazione dello stato di emergenza e l'istituzione di una Commissione parlamentare speciale per l'esercizio delle funzioni delle Camere.

[66] Tra tutti, esprime perplessità G. DE MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza?*, in G. DE MINICO, M. VILLONE (a cura di), *Stato di diritto. Emergenza. Tecnologia*, cit., 21-40.

[67] N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari E perché ammettere tale voto richiede una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, cit., 8-10, ma anche *Id.*, *Audizione resa il 5 novembre 2020 presso l'Ufficio di Presidenza della Commissione Affari costituzionali del Senato nella prima seduta dedicata all'affare assegnato n. 588, "Sulle modalità più efficaci per l'esercizio delle prerogative costituzionali del Parlamento nell'ambito di un'emergenza dichiarata": Come evitare l'auto-emarginazione del Parlamento nell'emergenza attuale*, in *Osservatorio AIC*, disponibile all'indirizzo: *www.osservatorioaic.it*, 6, 2020, 7.

regolamenti stessi[68] –, fermo restando il duplice obiettivo di conservare in Parlamento tanto i rapporti di forza quanto la distanza interpersonale, sarebbe opportuno provare a sfruttare gli strumenti procedurali interni già in vigore, sebbene la previsione di varianti rispetto alle ordinarie procedure parlamentari sembrerebbero richiedere per lo meno una norma costituzionale parzialmente derogante a quelle di pari rango e parlamentari che caratterizzano il bicameralismo paritario.

Tra le variegate ed interessanti proposte alternative[69] da percorrere durante l'emergenza, a sommesso avviso di chi scrive, la prima *variante* si porrebbe *in mezzo al guado*, ovverossia in tutte quelle ipotesi in cui la tecnologia è in grado di semplificare ed accompagnare la ritualità ordinaria delle sedute, tanto in Aula quanto in Commissione, a partire da una implementazione dei lavori nelle Commissioni competenti per materia e dal potenziamento dell'istruttoria normativa, considerando la centralità assunta dai *parlamentini* a partire dal dopoguerra[70] ed in continuità con le aspirazioni dei Costituenti[71].

L'attuazione di questa strada richiederebbe – come poc'anzi accennato – un preliminare adeguamento costituzionale, introducendo deroghe

[68] Invero particolarmente complessa alla luce delle ultime vicende politico-istituzionali e della priorità che oggi assumono temi non rinviabili come la gestione della pandemia e dei fondi provenienti dal *Recovery Fund*.

[69] Tra le tante, non solo quelle proposte durante il Convegno organizzato dall'On.le Brescia il 27 marzo e il 3 aprile 2020, ma anche R. CALVANO, *Brevi note su emergenza COVID e voto dei parlamentari a distanza. Rappresentanza politica, tra effettività e realtà virtuale*, cit., S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, cit., M. MANETTI, *Audizione di Michela Manetti davanti alla Commissione Affari Costituzionali del Senato 17 novembre 2020*, in *Astrid on line*, disponibile all'indirizzo: *www.astrid-online.it*, R. MICCÙ, *Audizione resa il 19 novembre 2020 nell'ambito dell'esame del Disegno di legge n. 1834 recante "Istituzione della Commissione parlamentare sull'emergenza epidemiologica da COVID-19", in Osservatorio AIC*, disponibile all'indirizzo: *www.osservatorioaic.it*, 6, 2020, 29-38, N. LUPO, *Audizione resa il 5 novembre 2020 presso l'Ufficio di Presidenza della Commissione Affari costituzionali del Senato nella prima seduta dedicata all'affare assegnato n. 588, "Sulle modalità più efficaci per l'esercizio delle prerogative costituzionali del Parlamento nell'ambito di un'emergenza dichiarata": Come evitare l'auto-emarginazione del Parlamento nell'emergenza attuale*, cit., in part. 14 ss., G. RIVOSECCHI, *Audizione resa nella seduta del 19 novembre 2020 davanti alla Commissione 1ª (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica sull'affare assegnato ai sensi dell'art. 34, comma 1, reg. Sen., «Modalità più efficaci per l'esercizio delle prerogative costituzionali del Parlamento nell'ambito di un'emergenza dichiarata» (n. 588), in relazione al disegno di legge n. 1834 (Pagano) recante «Istituzione della Commissione parlamentare sull'emergenza epidemiologica da COVID-19: Divisione dei poteri e controllo parlamentare ai tempi del coronavirus»*, 62-83.

[70] Così L. ELIA, *Le Commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, in *Arch. giur. Serafini*, 1961, XXIX, E. GIANFRANCESCO, *Parlamento e regolamenti parlamentari in epoca fascista*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2008.

[71] Ricorda infatti M. COTTA, *Il Parlamento nella prima Repubblica*, in G. PASQUINO (a cura di), *La politica italiana. Dizionario critico 1945-95*, Roma-Bari, 1995, 82, che "una seconda scelta, che ha invece caratterizzato significativamente il nuovo Parlamento, è stata quella di dare forte rilievo alle Commissioni specializzate sino a consentire ad esse di operare sul piano legislativo come veri e propri Parlamenti in miniatura".

temporalmente limitate ad una deliberazione dello stato di emergenza da parte delle Camere, anche a maggioranza dei due terzi come già previsto dall'art. 52-*bis* della proposta di modifica costituzionale A.C. 2452.

Tuttavia, proprio in riferimento al progetto di legge, dal tenore[72] dell'art. 55-*ter* non si comprende se la c.d. *Commissione speciale* attragga l'integrale attività parlamentare, ovvero soltanto i provvedimenti strettamente consequenziali alla gestione dello stato di emergenza, considerando che è rimessa alla discrezionalità della stessa Commissione «quali disegni di legge esaminare» e quali leggi «ritenga indifferibili e urgenti [da approvare] in deroga all'articolo 72 della Costituzione».

Alla luce della prassi particolarmente *dinamica* dei provvedimenti *alluvionali* susseguitesi in tema di contrasto alla diffusione del Covid-19, sembra molto difficile immaginare che una singola Commissione composta «da un numero di membri pari a un decimo dei componenti di ciascuna Camera» possa coniugare entrambe le funzioni assegnate dalla proposta riforma, concentrando su essa quasi l'integrale attività parlamentare soprattutto nelle fasi più delicate delle emergenze[73]. Oltre ad estromettere – in fatto e in diritto – tutti i parlamentari non componenti la *Commissione speciale* non soltanto per *soli* due mesi, come dimostrato dalla durata incalcolabile della crisi sanitaria da coronavirus.

Peraltro, nelle fasi complesse della gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, i provvedimenti normativi hanno interessato per lo più ambiti sanitari, economici, lavorativi, della giustizia, anche accorpati in un unico decreto legge (come, i.e., il d. l. n. 23/2020).

Elementi che suggeriscono di riconsiderare, almeno in parte, un così drastico accentramento in favore di una sola *Commissione speciale*, la cui prassi sarebbe allo stato imprevedibile alla luce delle facoltà concesse e della discrezionalità assegnata in circostanze molto delicate, anche sovraccaricandola di gravosi lavori con *personale* ridotto «pari a un decimo dei componenti di ciascuna Camera» (art. 53-*ter*, c. 1 della proposta).

Così, in luogo della *Commissione speciale* e fermo restando anche deroghe e limiti previsti nella proposta di modifica costituzionale A.C. 2452, un Parlamento che lavori attraverso le Commissioni permanenti potrebbe essere una soluzione di compromesso anche rispetto alle problematiche qui richiamate in tema di riunioni a distanza.

[72] *Introduzione degli articoli 55-bis e 55-ter della Costituzione, concernenti la dichiarazione dello stato di emergenza e l'istituzione di una Commissione parlamentare speciale per l'esercizio delle funzioni delle Camere*, assegnata alla I Commissione Affari Costituzionali ma, ad oggi, ancora in attesa di essere discussa.

[73] Considerando, altresì, la riduzione del numero dei parlamentari che inciderebbe ulteriormente al ribasso nella composizione quantitativa della Commissione speciale.

Le Commissioni permanenti potrebbero riunirsi in sede legislativa congiuntamente tra i componenti di Camera e Senato, nella sede della prima e con applicazione delle disposizioni regolamentari relative alle riunioni del Parlamento in seduta comune (art. 35, R.C.), considerando l'emiciclo della Camera dei deputati la sede maggiormente idonea a garantire il distanziamento tra i componenti delle *Commissioni bicamerali congiunte*.

La prospettazione di tante bicamerali permanenti, con riserva all'Aula della sola fase delle dichiarazioni di voto e consentendo l'accesso all'emiciclo di Palazzo Montecitorio ai soli parlamentari che richiedono di intervenire nelle fasi previste dall'art. 85, c. 7, R.C. (con gli altri collegati in remoto dalle postazioni predisposte nei due Palazzi, sfruttando così anche l'Aula di Palazzo Madama), consentirebbe alle stesse Commissioni competenti per materia di votare il provvedimento finale a conclusioni delle rituali procedure.

L'istruttoria potrebbe così compiersi nell'ambito delle Commissioni anche attraverso le audizioni di esperti collegati da remoto, in considerazione che gli artt. 79, c. 3, 144, 147, c. 2, R.C. non rappresentano un ostacolo all'apertura alle sedute a distanza, in particolare per il supporto tecnico-scientifico fornito dalle *expertise*.

In questo caso, a partire dalla modalità proposta dal progetto di legge costituzionale A.C. 2452, potrebbe aversi una mutazione temporanea delle Commissioni permanenti, da monocamerali a *congiunte*, chiamate ad approvare i provvedimenti non soltanto e non per forza strettamente necessari per la gestione delle crisi pandemiche, ma per un periodo di tempo limitato relativo alla durata dello stato di emergenza.

In tal modo, previa introduzione nel regolamento della Camera dei Deputati – e per quanto di competenza, relativamente alle funzioni eventualmente assegnategli, in quello del Senato – di un «Capo» dedicato esclusivamente agli «stati di emergenza», sarebbe aggirato il rischio di un accentramento progressivo delle funzioni ad un solo organismo e salvaguardata la parità di funzioni dei parlamentari.

Una soluzione del genere consentirebbe la prosecuzione dei lavori parlamentari in modalità sicura e *smart* limitatamente ai periodi emergenziali, anche coerentemente in vista della possibile valorizzazione delle funzioni del Parlamento in seduta comune[74] e tenuto conto che la "assoluta esigenza dell'esercizio 'collettivo' della funzione *quanto meno legislativa* (art. 70) […] è indice che – quale che sia la retorica corrente – non esiste 'autonomia separata' di ciascuna

[74] Il testo di legge di *Razionalizzazione del parlamentarismo attraverso la valorizzazione del Parlamento in seduta Comune per la definizione dell'indirizzo politico nazionale, l'introduzione della sfiducia costruttiva e di nuovi elementi di differenziazione di Camera e Senato*, è disponibile su *Federalismi.it – Documentazione*, 27, 2020. Alla Camera è stato altresì depositato anche il progetto di legge A.C. 2179, *Modifiche alla parte II della Costituzione per il superamento del bicameralismo paritario*.

Camera. Nell'ambito del procedimento legislativo vi sono fasi interne e alterne di uno stesso percorso 'parlamentare': che non può essere segmentato, se non per esigenze pratiche […] anche se è frammentato nel tempo e nelle sedi"[75].

Rispetto alle funzioni di indirizzo e di controllo, l'utilizzo degli strumenti da remoto appare invero maggiormente idoneo a consentire la programmazione di attività *miste*, magari sfruttando l'emiciclo del Senato: in questi casi, salvaguardano la presenza degli esponenti del Governo *controinteressati* rispetto ai parlamentari interroganti, ammettere esclusivamente questi ultimi, così da rispettare le vigenti regole sanitarie, riservando il collegamento da remoto a chi vorrà seguire i lavori dalle proprie postazioni.

A partire dalla previsione di deroghe temporalmente limitate, la norma costituzionale di natura *emergenziale* dovrebbe consentire uno smistamento dei lavori parlamentari a partire dalle funzioni: la funzione legislativa si svolgerebbe alla Camera, mentre le funzioni di indirizzo e di controllo al Senato secondo le modalità sopra suggerite[76].

Una *variante* del genere, pur aprendo limitatamente alla tecnologia in Parlamento, non si risolve in una sorta di "integralismo della fisicità ed unicità della sede"[77] ma rafforza l'idea di un Parlamento centrale e non marginalizzato durante le fasi critiche di gestione delle emergenze, consentendo a tutti i rappresentanti della Nazione di riunirsi nel medesimo luogo fino al momento deliberativo che giunge a conclusione del percorso di co(n)decisione frutto dell'incontro/scontro tra orientamenti, posizioni e scelte che devono trovare la piena realizzazione nel medesimo luogo attraverso scambi, confronti diretti e un "dialogo paritario tra i suoi componenti: senza di esso, ciascuna parte rimarrebbe nel buio della sua 'verità'"[78].

Un bicameralismo paritario parzialmente diverso rispetto a quanto conosciuto, dove la parità delle funzioni costituzionalmente attribuite si esercita in modalità diverse, anche in luoghi diversi, ma preservando la collegialità e l'eguaglianza dei «diritti», delle «prerogative» e delle attribuzioni costituzionali riservate ai singoli parlamentari.

Se, al contrario, si vuole insistere sulla Commissione speciale e sulle riunioni a distanza, allora sarebbe opportuno prevedere almeno la seconda *variante*: slegare preliminarmente i provvedimenti direttamente connessi alla gestione della crisi che investe l'intero territorio nazionale dall'attività ordinaria, assegnando al nuovo organismo soltanto i provvedimenti «strettamente collegati»,

[75] A. MANZELLA, *Elogio dell'Assemblea*, cit., 26, 35, 36.

[76] Camera e Senato, in questo caso, intese come *sedi fisiche* per lo svolgimento dei lavori parlamentari.

[77] Espressione utilizzata da S. CECCANTI nel convegno del 27 marzo 2020 organizzato dall'On. Giuseppe Brescia, *Parlamento aperto: a distanza o in presenza?*

[78] A. MANZELLA, *Elogio dell'Assemblea*, cit., 35.

riducendo il rischio di un eccessivo accentramento ingiustificato quando la natura dei provvedimenti da adottare è completamente avulsa dalla crisi in corso.

La partecipazione a distanza (da remoto) non assurgerebbe, in entrambi i casi, a modalità ordinaria ma rimarrebbe una eccezionalità, un correttivo eventuale che accompagna senza sostituire la tradizionale dinamica parlamentare, laddove, come ci ricorda autorevole dottrina, "il metodo del dibattito e della conseguente deliberazione collegiale"[79], irrealizzabile – a sommesso avviso di chi scrive – attraverso forme di collegamenti a distanza, rimane uno degli elementi caratterizzanti e ricorrenti di tutti *i Parlamenti*.

[79] A. BARBERA, *I Parlamenti*, cit., 2019, 5.

TRAFFICO (*SMUGGLING*) DI MIGRANTI: UNA MIRATA SINTESI DELLE *LINEE GUIDA* DELLA COMMISSIONE SULLA DIRETTIVA SUL FAVOREGGIAMENTO

GIUSEPPE LICASTRO*

Sommario

1. Introduzione. – 2. Le osservazioni presentate dalla Commissione. – 3. La raccomandazione di politica generale. – 4. Una *chiosa*…

Abstract

This note discusses of smuggling of migrants. This note discusses of the Facilitation Directive, in particular: 'Commission Guidance on the implementation of EU rules on definition and prevention of the facilitation of unauthorised entry, transit and residence'

Suggerimento di citazione

G. LICASTRO, *Traffico (*smuggling*) di migranti: una mirata sintesi delle Linee guida della Commissione sulla Direttiva sul favoreggiamento*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Dottore in Giurisprudenza (Istituto di Studi Europei *Alcide De Gasperi* di Roma, esperto). Contatto: g_licastro@virgilio.it.

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 1/2021
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

«Is human smuggling being criminalised to tackle organised crime, to protect states against irregular entry, and/or to protect migrants themselves? Current legislative and policy practice has demonstrated considerable lack of legal certainty and ambiguity regarding the concrete aims behind the criminalisation of human smuggling as well as regarding the main elements of the smuggling offences. This ambiguity – which is at times inextricably linked to attempts towards over-criminalisation – poses significant challenges to fundamental rights and the rule of law, as well as to bonds of solidarity and mutual assistance within democratic societies»[1]

1. Introduzione

La Commissione ha pubblicato degli orientamenti[2] tesi a fornire un valido indirizzo sull'interpretazione della direttiva sul favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali[3], che - si puntualizza giustamente nell'introduzione - non pregiudicano la competenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, «competente per l'interpretazione autentica del diritto dell'UE» (ovviamente[4]).

Appare vantaggioso proporre una mirata sintesi.

La formulazione degli orientamenti è stata ritenuta necessaria al fine di superare le problematiche che sono state evidenziate nel corso del tempo,

[1] Cfr. V. MITSILEGAS, *The Criminalisation of Human Smuggling as Preventive Justice*, in V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 29. Cfr. anche (*rectius* parimenti), V. MITSILEGAS, *The Normative Foundations of the Criminalisation of Human Smuggling. Exploring the Fault Lines between European and International Law*, *Queen Mary School of Law*, *Legal Studies Research Paper*, No. 294/2018, p. 18, disponibile (nella raccolta, annualità 2018) all'indirizzo: https://www.qmul.ac.uk/law/research/wps/2018-wps/.

[2] Cfr. la Comunicazione in GUUE C 323 del 1° ottobre 2020, p. 1 ss. I primi commenti di: A. MARLETTA, *The Commission 'Guidance' on facilitation and humanitarian assistance to migrants*, in *EU Law Analysis*, 29 settembre 2020, disponibile all'indirizzo: http://eulawanalysis.blogspot.com/2020/09/the-commission-guidance-on-facilitation.html; A. PITRONE, *La questione irrisolta del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali degli stranieri*, in *I* Post *di AISDUE*, II (2020), *Focus "La proposta di Patto su immigrazione e asilo"*, n. 3, 5 novembre 2020, p. 29 ss., specie p. 34 ss., disponibile all'indirizzo: https://www.aisdue.eu/web/wp-content/uploads/2020/11/Post-Anna-Pitrone-Focus-formattatorevpdf.pdf.

[3] Cfr. Direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, in GUUE L 328 del 5 dicembre 2002, pp. 17-18. Sulla direttiva, v., anche, M. CARTA, *La disciplina del traffico di migranti: prospettive di riforma nel sistema UE*, in *federalismi*.it, 16 novembre 2016, p. 1 ss., specie p. 11 ss., disponibile all'indirizzo: https://federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=32737.

[4] Da richiamare, in tale contesto, taluni rilievi di J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2013, p. 571, nel quadro della disamina degli *atti atipici*: «Vi sono poi denominazioni aggiunte a quella di 'Comunicazione' o che la sostituiscono: in particolare, la Commissione ha preso l'abitudine di chiamare 'orientamenti' o 'linee guida' (*guidelines* in inglese) certi testi da essa prodotti […]» in determinati settori (si menziona il settore della concorrenza). La «Commissione ha esteso tale prassi [anche] ad altri settori, […]. Quello che conta, in primo luogo, è esaminare fino a che punto un tale testo 'mira a produrre effetti vincolanti'; solo la Corte può deciderlo in modo autoritativo, quando esamina la ricevibilità di un ricorso contro l'atto, oppure quando risponde ad un rinvio pregiudiziale riguardo agli effetti dell'atto […]. La Corte esamina tutti gli elementi del testo e del contesto nel quale ha avuto origine per dedurne, se del caso, l'intenzione della Commissione. Le osservazioni della Commissione stessa nel corso di una procedura dinanzi alla Corte sono ovviamente molto importanti, però esse non vincolano la Corte nel suo giudizio. […]».

attraverso un processo di valutazione della Commissione sul *Facilitators Package*[5], consultazioni con la società civile e le agenzie dell'Unione, nonché una risoluzione del Parlamento europeo[6], problematiche concernenti comportamenti che mirano a «prestare assistenza umanitaria», posto che l'art. 1, par. 1, lett. *a* della direttiva sul favoreggiamento, dispone l'adozione (da parte degli Stati membri) di adeguate sanzioni «nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti una persona che non sia cittadino di uno Stato membro ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa all'ingresso o al transito degli stranieri», ma, al contempo, al successivo par. 2 prevede la possibilità di *non adottare* sanzioni riguardanti comportamenti che mirano proprio a prestare (ai migranti) assistenza umanitaria.

Fondamentalmente, si cerca di superare le problematiche che, sempre più evidenti e, verosimilmente, pungenti, suscitano uno stato di preoccupazione per le ONG e le persone che si adoperano a fornire assistenza umanitaria, «anche nell'ambito di operazioni di ricerca e soccorso in mare»[7].

2. Le osservazioni presentate dalla Commissione

Dal punto di vista giuridico, le osservazioni presentate dalla Commissione appaiono, *prima facie*, utili e opportune. Appare utile il quadro giuridico

[5] Cfr. il doc. SWD(2017) 117 final, del 22 marzo 2017, *REFIT EVALUATION of the EU legal framework against facilitation of unauthorised entry, transit and residence: the Facilitators Package (Directive 2002/90/EC and Framework Decision 2002/946/JHA)*, p. 1 ss. Sulla revisione (futura) di tale *pacchetto*, v. C.M. RICCI, *Criminalising Solidarity? Smugglers, Migrants and Rescuers in the Reform of the 'Facilitators' Package'*, in V. MITSILEGAS, V. MORENO-LAX, N. VAVOULA (eds), *Securitising Asylum Flows. Deflection, Criminalisation and Challenges for Human Rights*, Leiden/Boston, Brill, 2020, p. 34 ss.

[6] Cfr. la Risoluzione del 5 luglio 2018 su orientamenti destinati agli Stati membri al fine di prevenire la configurazione come reato dell'assistenza umanitaria *(2018/2769(RSP))*, disponibile all'indirizzo: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0314_IT.html.

[7] Sembra utile menzionare in tale contesto la problematica del *fattore di attrazione*, che uno studio, del mese di novembre del 2019, concernente le operazioni di *Search and Rescue* delle ONG, ha avuto modo di smentire…: cfr. lo studio condotto da E. CUSUMANO e M. VILLA, *Sea Rescue NGOs: a Pull Factor of Irregular Migration?*, *Policy Briefs*, 2019/22, Migration Policy Centre, European University Institute, disponibile all'indirizzo: https://cadmus.eui.eu/handle/1814/65024. *Per incidens*: peraltro, tale stato di preoccupazione, sembra avvalorato da un recente lavoro della dottrina penalistica, concernente la nascita e il successivo sviluppo del diritto penale dell'immigrazione; il lavoro suddivide in tre fasi storiche la "vicenda" della criminalizzazione del migrante irregolare: ebbene, si sostiene che la terza fase - iniziata nel 2017, tuttora in corso - si caratterizza, poiché i «destinatari della risposta penale non sono tanto gli stranieri irregolari, quanto piuttosto i membri delle ONG che operano i soccorsi in mare», cfr. più diffusamente, L. MASERA, *Il diritto penale "dei nemici" – La disciplina in materia di immigrazione irregolare*, Atti VIII° convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (Siracusa, 25-26 ottobre 2019), in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, p. 807, specie p. 825 ss. (in argomento, sul *diritto penale "dei nemici"*, v. la monografia di L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 1 ss., specie p. 25 ss.).

delineato nel documento, che si concentra su determinati elementi (plausibilmente) considerati elementi chiave della disciplina, ossia l'elemento del vantaggio finanziario o materiale e l'elemento umanitario.

Si pone infatti all'attenzione, richiamando l'art. 3 del Protocollo sullo *smuggling* di migranti, allegato alla Convenzione di Palermo del 2000[8], l'elemento del «vantaggio finanziario o materiale», da ottenere, direttamente o indirettamente, dall'ingresso irregolare «di una persona in uno Stato Parte di cui la persona» non risulta essere «cittadina o residente permanente», nonché richiamando un *issue paper*[9] dell'United Nations Office on Drugs and Crime, dal titolo *The Concept of "Financial or Other Material Benefit" in the Smuggling of Migrants Protocol*, del 2017, che rappresenta tale elemento quale «finalità» del traffico di migranti; si precisa - richiamando ancora l'*issue paper* - che il protocollo sullo *smuggling* «non impedisce agli Stati di introdurre fattispecie di reato al di fuori del suo ambito di applicazione» (si menziona, ad esempio, anche il favoreggiamento dell'ingresso), ma, «esso non intende né può essere utilizzato come base giuridica per perseguire chi agisce per motivi umanitari», inoltre si richiama la *Legislative guides for the implementation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocol Thereto* del 2004[10], che aveva analizzato tale profilo, affermando l'esclusione, dal riferimento del vantaggio finanziario o materiale, i «gruppi che agiscono con motivazioni puramente politiche o sociali».

Tale quadro giuridico pone (poi) all'attenzione la disciplina prevista dall'Unione, specie il *pacchetto sul favoreggiamento* (*repetita iuvant*, ossia la menzionata direttiva 2002/90/CE e la decisione quadro 2002/946/GAI[11] sulla repressione penale del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali), che si prefigge l'obiettivo di dare il proprio contributo per contrastare, tanto la migrazione irregolare sanzionando l'attività di

[8] Il testo disponibile all'indirizzo: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf. Sul Protocollo, v. (però) un datato contributo di A.T. GALLAGHER, *Trafficking, smuggling and human rights: tricks and treaties*, in *Forced Migration review*, (12) january 2012, p. 25 ss. (disponibile all'indirizzo: https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/development-induced-displacement/gallagher.pdf), nonché A.T. GALLAGHER, F. DAVID, *The International Law of Migrant Smuggling*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2014, p. 21 ss.

[9] Disponibile all'indirizzo: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Migrant-Smuggling/Issue-Papers/UNODC_Issue_Paper_The_Profit_Element_in_the_Smuggling_of_Migrants_Protocol.pdf.

[10] Disponibile all'indirizzo: https://www.unodc.org/pdf/crime/legislative_guides/Legislative%20guides_Full%20version.pdf.

[11] Cfr. GUUE L 328 del 5 dicembre 2002, p. 1 ss.

favoreggiamento connessa all'attraversamento irregolare delle frontiere[12], quanto le reti delle organizzazioni criminali, colpevoli di mettere in pericolo vite umane.

Si osserva una maggiore *ampiezza* di contenuto del reato di favoreggiamento previsto dalla direttiva (2002/90/CE) rispetto al Protocollo sullo *smuggling*, «nella misura in cui il reato di favoreggiamento» non risulta (essere) collegato al vantaggio finanziario. Si osserva altresì che lo scopo di lucro, unitamente «alla perpetrazione da parte di un'organizzazione criminale o al fatto che il reato» espone a rischio la vita delle persone che ne sono vittime, figura nell'elenco delle circostanze aggravanti della decisione quadro (2002/946/GAI).

Tuttavia, si puntualizza che la direttiva sul favoreggiamento prevede la possibilità di non adottare sanzioni riguardo ai comportamenti finalizzati a prestare assistenza umanitaria, utilizzando - si badi bene - la legislazione e le prassi nazionali conformi allo scopo di prestare assistenza umanitaria: si fornisce[13], infatti, un quadro sintetico, verosimilmente esemplificativo, concernente lo stato della legislazione nazionale in materia, mettendo in evidenza che solo nella legislazione nazionale di otto Stati membri - Belgio, Croazia, Finlandia, Francia, Grecia, Italia[14], Malta, Spagna - è stata contemplata la prestazione di

[12] Sulla nozione di *frontiera* nel diritto internazionale, v., anche, S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare: diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, Napoli, Jovene, 2012, p. 34 ss. (nonché, ID., *Diritto di asilo e contrasto dell'immigrazione irregolare via mare*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, Cedam, 2011, p. 241 ss.). Sulla *gestione* delle frontiere esterne UE, v. la recentissima monografia di D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 2020. Sul tema delle frontiere (sia consentita la digressione), v.: le considerazioni di S. CASSESE, *Stato in trasformazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2016, p. 27 ss. (disponibile all'indirizzo: https://images.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/10/Stato-in-trasformazione1.pdf), specie la disamina di una delle "peculiarità" dello Stato nazione, ossia il territorio («L'idea di nazione è associata a un territorio delimitato da una frontiera, un confine, entro il quale si esercita la sovranità dello Stato […]», *ibidem*, p. 28 ss.; sull'elemento *territoriale*, appare altresì interessante richiamare lo studio di P. COSTA, *Riflessioni su alcuni aspetti teorici della territorialità*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2013, disponibile all'indirizzo: www.costituzionalismo.it, che *rievoca* (anche) il pensiero di H. KELSEN e T. PERASSI. Riguardo il pensiero dell'illustre giurista HANS KELSEN, in argomento, v. anche l'opera *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Edizioni di Comunità, 1952, particolarmente p. 211 ss., si tratta della traduzione di SERGIO COTTA e GIUSEPPINO TREVES del volume dal titolo *General Theory of Law and State*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1945); dal punto (di vista) della geopolitica, v. M. GRAZIANO, *Frontiere*, Bologna, il Mulino, 2017.

[13] Si richiama lo studio dell'European Union Agency for Fundamental Rights, *Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them*, 2014, disponibile all'indirizzo: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-criminalisation-of-migrants_en.pdf.

[14] In argomento, sembra confacente (qui) richiamare un rilievo manifestato dalla dottrina penalistica: «Vero è che l'art. 1.2 della Direttiva [sul favoreggiamento] riconosce la facoltà per gli stati membri di 'non adottare sanzioni riguardo ai comportamenti di cui al paragrafo 1, lettera a) applicando la legislazione e la prassi nazionali nei casi in cui essi abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata'; ma l'Italia […] si è fin qui guardata bene dall'approfittare di questa facoltà: il secondo comma dell'art. 12 Tuimm [il Testo Unico immigrazione] limita infatti la rilevanza della

«qualche forma di assistenza umanitaria come causa di non punibilità relativa al reato di favoreggiamento dell'ingresso e/o del transito illegale».

Si procede (infine) a delineare l'ambito di applicazione della direttiva sul favoreggiamento. Si formula una interpretazione della direttiva volta a non consentire la criminalizzazione delle attività umanitarie «obbligatorie per legge» (*infra*) - comportamenti da valutare caso per caso, considerando tutte le circostanze specifiche -, assistenza umanitaria obbligatoria per legge, si badi bene, da non intendere e qualificare come reato (*infra*).

scriminante del fattore umanitario alle sole ' attività di soccorso e assistenza […] prestate *in Italia* nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno *comunque presenti nel territorio* dello Stato '»: cfr. A. SPENA, Smuggling *umanitario e scriminanti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, p. 1863, corsivo originale (in questo contributo l'Autore si interroga, nel caso prospettato - invero abbastanza noto… -, sulla possibilità di *collocare* l'operato della ONG nel quadro della disciplina di cui all'art. 12 del Testo Unico immigrazione o «considerarlo scriminato, o comunque penalmente lecito», *ivi*, p. 1859 ss. Una disamina articolata e puntuale, un contributo davvero interessante nell'ambito della «retorica dello *smuggling* umanitario, utilizzata […] da una parte dell'opinione pubblica per criminalizzare l'operato delle ONG attive nel Mar Mediterraneo nel salvataggio di migranti in *distress*», *ibidem*). Sull'art. 12 del Testo Unico immigrazione (peraltro, disponibile all'indirizzo: https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:1998-07-25;286!vig=), v., ancora, A. SPENA, *Migrant Smuggling: a Normative and Phenomenological View from Italy*, in V. MILITELLO, A. SPENA, *Between Criminalization and Protection. The Italian Way of Dealing with Migrant Smuggling and Trafficking within the European and International Context*, Leiden/Boston, Brill, 2019, p. 8 ss., p. 24 ss., specie pp. 29-35 nonché p. 35 ss. il par. 1.6.1 che reca il titolo… *Rescue and Humanitarian Smuggling*, p. 42 ss., da ultimo, v. M. MINETTI, *The Facilitators Package, Penal Populism and the Rule of Law: Lessons from Italy*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2020, p. 335 ss., specie la terza sezione del contributo, S. ZIRULIA, *Non c'è* smuggling *senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in *Sistema penale*, 22 ottobre 2020 (pubblicato successivamente in *Diritto penale contemporaneo - Riv. trim.*, (3) 2020, p. 143 ss., disponibile all'indirizzo: https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC_Riv_Trim_3_2020_Zirulia.pdf), p. 1 ss., p. 6 ss., specie la prosecuzione del contributo, p. 21 ss., disponibile all'indirizzo: https://sistemapenale.it/pdf_contenuti/1603317540_zirulia-2020a-smuggling-ingiusto-profitto-illegittimita-favoreggiamento-immigrazione-clandestina.pdf (incidentalmente: da ultimo, ancora, sull'art. 12 del Testo Unico immigrazione, sembra interessante far presente una recentissima ordinanza del Tribunale di Bologna (composizione collegiale) che ha *elevato* questione di legittimità costituzionale sull'art. 12, co. 3 lett. *d* del Testo Unico immigrazione, cfr. S. ZIRULIA, *Alla Corte Costituzionale la questione della proporzionalità della pena prevista per il favoreggiamento aggravato dell'immigrazione irregolare*, in *Sistema penale*, 7 dicembre 2020, disponibile all'indirizzo: https://www.sistemapenale.it/it/scheda/alla-corte-costituzionale-la-questione-della-proporzionalita-della-pena-prevista-per-il-favoreggiamento-aggravato-dellimmigrazione-irregolare: l'Autore (ovviamente S. ZIRULIA) evidenzia che si tratta «della prima volta in cui la questione della proporzionalità delle severe sanzioni penali previste per il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare viene portata all'attenzione della Consulta, così aprendo un varco al sindacato di costituzionalità sulla disciplina attuativa, nel nostro ordinamento, degli obblighi europei di incriminazione dello *smuggling of migrants*; una disciplina da più voci ritenuta foriera degli eccessi sanzionatori, al punto da essere spesso evocata con espressioni quali 'criminalizzazione della solidarietà' o '*délit de solidarité*'»). Da menzionare, in tale contesto, la *censura* manifestata da M. LAWLOR, UN Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, v.: *Italy: UN expert condemns 'criminalization' of those saving lives in the Mediterranean*, 8 ottobre 2020, disponibile all'indirizzo: https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26361&LangID=E.

Si formula - in particolare - *l'*orientamento davvero significativo di questi tempi, che attiene alle operazioni di ricerca e soccorso in mare svolte dalle ONG[15] o da altri attori non statali, inteso proprio a non consentire la criminalizzazione delle operazioni svolte conformemente al quadro normativo (nonché alla disciplina giuridica) applicabile: il riferimento, plausibilmente *rectius* opportunamente, afferisce alle disposizioni del diritto internazionale del mare (nonché ai principi di diritto internazionale consuetudinario), posto che, nel corso dell'esposizione di questo orientamento, si richiamano le pertinenti convenzioni marittime - United Nations Convention on the Law of the Sea, International Convention for the Safety of Life at Sea, International Convention on Maritime Search and Rescue - nonché talune risoluzioni del *Maritime Safety Committee* dell'International Maritime Organization.

Da registrare che, nella raccomandazione (UE) 2020/1365 della Commissione volta a sollecitare la cooperazione tra gli Stati membri (in modo particolare, ai fini dello scambio di determinate informazioni) riguardo alle operazioni di *Search and Rescue* effettuate da navi di proprietà privata o gestite da privati, il quinto *considerando* richiama gli orientamenti (sulla direttiva) sul favoreggiamento, sottolineando la necessità di «evitare di criminalizzare coloro che danno assistenza umanitaria alle persone in pericolo in mare»[16].

3. La raccomandazione di politica generale

Si formula (per chiudere) una raccomandazione di politica generale diretta a li Stati membri: giovarsi della possibilità contemplata dalla direttiva, che consente di distinguere, dunque differenziare, i comportamenti mirati all'assistenza umanitaria da quelli (invece) volti a favorire l'ingresso o il transito irregolari. Tale possibilità, permette di dare contenuto-contenuti alla definizione di principio *attività umanitarie obbligatorie per legge* (*supra*), superare quindi le difficoltà di valutare caso per caso i comportamenti mirati all'assistenza umanitaria considerando tutte le circostanze specifiche, e, al contempo, consente di non qualificare *rectius* configurare come reato questi comportamenti, le

[15] Per una indagine sulla specifica «capacity of international maritime and human rights law instruments to apply also to SAR activities conducted by NGOs», v. G. BEVILACQUA, *Italy Versus NGOs: The Controversial Interpretation and Implementation of Search and Rescue Obligations in the Context of Migration at Sea*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2018, p. 11 ss., p. 15 ss., specie p. 18 ss. (si tratta di uno dei contributi che figurano nel *Symposium: Search and Rescue: Balancing Humanitarian and Security Reasons*, proprio dell'*Italian Yearbook*, 2018, p. 3 ss.; ove di interesse, la registrazione video del *workshop* dal titolo *Under Pressure*, tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, 18-19 novembre 2019, in occasione della presentazione del *Yearbook*, disponibile all'indirizzo: https://webmagazine.unitn.it/evento/giurisprudenza/69328/workshop-under-pressure).

[16] Cfr. la Raccomandazione (UE) 2020/1365 della Commissione, del 23 settembre 2020, in GUUE L 317 del 1° ottobre 2020, p. 23 ss.

condotte. Una significativa possibilità contemplata dalla direttiva (per quanto concerne il nostro Paese, circa tale possibilità, si potrebbe "prendere spunto" dalla giurisprudenza, alla luce di taluni orientamenti giurisprudenziali[17]: da menzionare - appare qui proprio confacente - una richiesta di archiviazione formulata dalla Procura di Palermo - accolta dal GIP - concernente due distinti eventi *Search and Rescue* portati a termine dall'imbarcazione *Golfo Azzurro* ONG *Proactiva Open Arms* sbarcata (poi) nel porto di Lampedusa, ritenuto - appunto da *Golfo Azzurro* - un *place of safety*[18], difatti, nella motivazione, ovviamente della richiesta di archiviazione, figura una significativa rassegna giuridica, operata dal PM, che richiama (anche) talune disposizioni della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, della Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare, della Convenzione internazionale sulla ricerca e soccorso in mare, che appare funzionale all'*apertura* all'*osservanza* degli obblighi discendenti dalle convenzioni internazionali…: si tende a mettere in luce, la portata della scriminante di cui all'art. 51, comma 1, del codice penale[19]; altresì da menzionare - però, con particolare risalto - l'emblematico, noto caso della capitana *Rackete*, che, secondo la dottrina penalistica, appare, "*esportabile*" «anche ai casi di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (reato per il quale, si noti, Rackete risulta pure indagata). […]»[20]).

[17] V. la casistica efficacemente richiamata da S. ZIRULIA, *Non c'è* smuggling *senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, cit. *supra*, nota 14, p. 9 ss., specie p. 12 ss.

[18] Sul *place of safety*, v., anche, P. TURRINI, *Between a «GoBack!» and a Hard (to Find) Place (of Safety): On the Rules and Standards of Disembarkation of People Rescued at Sea*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2018, p. 29 ss., specie p. 32 ss. (disponibile all'indirizzo: http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2019/11/Turrini-IYIL-Vol-28-pp-29-46.pdf).

[19] Così (all'epoca), nella mia breve e mirata notazione (di commento), che figura, unitamente al testo della suddetta richiesta di archiviazione, nella seguente pag. (web) de *Giurisprudenza penale web*, 10/2018, disponibile all'indirizzo: https://www.giurisprudenzapenale.com/2018/10/01/una-breve-e-mirata-notazione-contra-la-criminalizzazione-delle-ong-una-rilevante-apertura-allosservanza-degli-obblighi-discendenti-dalle-convenzioni-internazionali/.

[20] Sul caso *Rackete*, v., ancora S. ZIRULIA, *Non c'è* smuggling *senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, cit. *supra*, nota 14, più diffusamente pp. 16-17, che, *conclude* (la disamina), con una significativa constatazione sull'applicabilità della scriminante di cui all'art. 51 c.p.: «oggigiorno l'applicabilità della scriminante dell'adempimento del dovere di soccorso alle operazioni di *search and rescue* poste in essere alle ONG nel Mediterraneo gode altresì di un'ulteriore conferma dotata dell'autorevole sigillo nomofilattico della Corte di Cassazione», *ibidem*, specificatamente p. 17; da ultimo, v. taluni rilievi di L. MAGI, *L'obbligo internazionale del comandante di soccorrere i naufraghi e il diritto ad un porto di rifugio*, in *Riv. dir. int.*, 2020, p. 691 ss., specie p. 704 ss. Da menzionare (altresì: v., appunto, cit. *supra*, nota 14), il rammarico, circa tale posizione di indagata della capitana *Rackete*, manifestato da M. LAWLOR, UN Special Rapporteur on the situation of human rights defenders. Sulla sentenza della Cassazione penale, sez. III, 20 febbraio 2020, sul caso *Rackete*, v., la seguente pag. (web) della rubrica *Giurisprudenza di legittimità* de *Archivio Penale*, (1) 2020, che contiene (anche) la memoria difensiva per la capitana, di A. GAMBERINI e L. MARINO, disponibile all'indirizzo: http://www.archiviopenale.it/caso-sea-watch--cass-sez-iii-20-febbraio-2020-(cc-19-dicembre-2020)-con-commento-di-

4. Una *chiosa*…

Tuttavia, non sembra azzardato *chiosare* che l'*azione* della Commissione avrebbe potuto essere più incisiva nel formulare *l'*orientamento che attiene alle operazioni di ricerca e soccorso in mare svolte dalle ONG o da altri attori non statali, orientamento inteso proprio a non consentire la criminalizzazione delle operazioni svolte conformemente al «quadro normativo applicabile»: la formula di chiusura adottata, ossia la «criminalizzazione delle organizzazioni non governative o di altri attori non statali che svolgono operazioni di ricerca e soccorso nel rispetto del quadro normativo applicabile costituisce pertanto una violazione del diritto internazionale e di conseguenza *non è permessa dal diritto dell'UE*»[21], appare piuttosto *debole*… avrebbe potuto esplicitare la conformità *rectius* la *corrispondenza* sul piano (del rispetto) del diritto e dei principi dell'UE (vale la pena di menzionare che la Commissione, nel corso della formulazione dell'orientamento, al punto 3. *Ambito di applicazione dell'articolo 1 della direttiva sul favoreggiamento*, ha richiamato un principio, sancito anche dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS), secondo cui, in forza «del diritto internazionale del mare, gli Stati hanno l'obbligo di imporre ai comandanti delle navi battenti la loro bandiera, nella misura in cui possono farlo senza grave pericolo per la nave, l'equipaggio o i passeggeri, di prestare assistenza alle persone e alle imbarcazioni in pericolo in mare», un obbligo che - si badi bene - secondo la dottrina «è generale e si applica a tutte le imbarcazioni, in tutte le zone marine e con riferimento a qualsiasi persona», quindi, anche alle navi private delle ONG…,[22]; la dottrina precisa che tale obbligo, previsto all'art. 98, par. 1, dalla suddetta Convenzione, «è rivolto agli Stati, e riguarda i comandanti delle imbarcazioni solo indirettamente, nella misura in cui lo Stato porrà poi in essere una normativa nazionale che imponga al comandante delle navi che battono la sua bandiera l'obbligo di soccorso»[23].

Tuttavia, appare significativo notare che al *considerando* n. 14 del noto Regolamento (UE) n. 656/2014 concernente però disposizioni sulla sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia FRONTEX[24], si richiede, ai sensi del diritto

c-morselli-e-memoria-difensiva-di-a-gamberini-l-marino/contenuti/11126; da ultimo, v. M. STARITA, *Dovere di soccorso in mare, diritto internazionale e cause di esclusione dell'illiceità penale*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, ottobre 2020, pp. 1-3, disponibile all'indirizzo: http://www.adimblog.com/wp-content/uploads/2020/10/ADiM-Blog-Ottobre-2020-Analisi-Opinioni-M.pdf.

[21] Corsivo aggiunto.

[22] Cfr. I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2017, p. 1 ss., specificatamente pp. 9-11.

[23] *Ibidem*, p. 11, in nota si menzionano gli artt. 489 e 1113 del codice della navigazione.

[24] Cfr. GUUE L 189 del 27 giugno 2014, p. 93 ss.

internazionale, proprio, agli Stati, di (far) rispettare l'obbligo di prestare assistenza alle persone in pericolo in mare, con riferimento, ovviamente, ai comandanti delle navi battenti la loro bandiera, inoltre, sembra confacente aggiungere, a titolo esemplificativo, che detto regolamento, prevede, al *considerando* n. 8, il rispetto, ovviamente da parte degli Stati membri, degli obblighi contemplati, tra gli altri strumenti internazionali ivi richiamati, dalla suddetta Convenzione e dalle Convenzioni internazionali per la salvaguardia della vita umana in mare e sulla ricerca e il salvataggio marittimo, nel corso delle operazioni di sorveglianza della frontiera marittima, nonché - quale completamento del *quadro normativo applicabile*, per riprendere la locuzione che figura nella formulazione dell'orientamento della Commissione (*supra*), oltreché rappresentare una sorta di "modello" di paragone - prevede, al *considerando* n. 10, il rispetto dei principi generali dell'Unione, nonché delle disposizioni dell'*acquis* in materia di asilo[25], specie la Direttiva 2013/32/UE sulle procedure comuni per il riconoscimento e la revoca dello *status* di protezione internazionale[26], per

[25] Sulla disciplina dell'asilo (in chiave ricostruttiva), v. la monografia di F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione Europea*, Bari, Caccuci, 2012, specie p. 133 ss.; altresì ID., *Asylum Law in the European Union*, London/New York, Routledge, 2015, specie p. 129 ss. Da nominare (ove di interesse), talune proposte di modifica in materia (ovviamente con riferimento al momento in cui si scrive), presentate di recente (v., altresì, le note successive): la proposta di regolamento *sulla gestione dell'asilo e della migrazione e che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e la proposta di regolamento (UE) XXX/XXX [Fondo Asilo e migrazione]*, doc. COM(2020) 610 final, del 23 settembre 2020, p. 1 ss. (che abroga il regolamento (UE) n. 604/2013… il noto regolamento denominato *Dublino* [III]); la proposta di regolamento che *introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817*, doc. COM(2020) 612 final, del 23 settembre 2020, p. 1 ss.; la proposta di regolamento *concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo*, doc. COM(2020) 613 final, del 23 settembre 2020, p. 1 ss. (che abroga la direttiva 2001/55/CE… la nota direttiva denominata *protezione temporanea*); la proposta modificata di regolamento che *istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) XXX/XXX [regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione] e del regolamento (UE) XXX/XXX [regolamento sul reinsediamento], per l'identificazione di cittadini di paesi terzi o apolidi il cui soggiorno è irregolare e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, e che modifica i regolamenti (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/818*, doc. COM(2020) 614 final, del 23 settembre 2020, p. 1 ss.

[26] Cfr. GUUE L 180 del 29 giugno 2013, p. 60 ss. Da menzionare, che, nella proposta di modifica nonché di abrogazione (*rectius* sostituzione) di tale direttiva con una proposta di *regolamento* che *stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE* (la nota direttiva *procedure*), si *ribadisce* (però) al *considerando* n. 7 l'*ambito di applicazione*… cfr. doc. COM(2016) 467 final, del 13 luglio 2016, p. 22: «[…] a tutte le domande di protezione internazionale fatte nel territorio degli Stati membri, compreso alle frontiere esterne, nelle acque territoriali o nelle zone di transito, e alla revoca della protezione internazionale»; (ove di interesse) si ritiene, comunque, confacente "far presente" la successiva proposta *modificata* di regolamento che *stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE*, cfr. doc. COM(2020) 611 final, del 23 settembre 2020, p. 1 ss., specie p. 21 ss.: tale proposta modificata di regolamento, non ha apportato modifiche tantomeno abrogato detto *considerando* n. 7, tantomeno abrogato l'art. 2, par. 1 (della proposta di regolamento doc. COM(2016) 467

quanto concerne le domande di protezione internazionale presentate nel territorio, anche alla frontiera, nelle acque territoriali[27] o nelle zone di transito degli Stati membri, al *considerando* n. 12, il rispetto del principio di non-respingimento definito nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[28]).

final, cit., *supra*), che prevede: «Il presente regolamento si applica a tutte le domande di protezione internazionale fatte nel territorio degli Stati membri, compreso alle frontiere esterne, nelle acque territoriali o nelle zone di transito, e alla revoca della protezione internazionale»; *per incidens*: tale proposta modificata di regolamento, si propone di apportare modifiche, però, mirate, (ovviamente contenute nel doc. COM del 2016, cit., *supra*), ad es., la procedura di asilo alla frontiera, v., il nuovo art. 41 del doc. COM(2020) 611 final, cit., *supra*, p. 14 ss.

[27] …invero, nell'allegato del datato documento di lavoro della Commissione (correva l'anno 2007…), dal titolo *Study on the international law instruments in relation to illegal immigration by sea*, al punto 10 e al punto 11 della sez. 4.2.2. *Le contrôle et la surveillance dans la mer territoriale*, con riferimento al rispetto degli obblighi di protezione, si considerava…: «10. Quant aux obligations en matière de protection qui découlent pour les États côtiers du droit communautaire, il convient de se référer aux Articles 3 des Directives 2003/9/CE ("normes d'accueil") et 2005/85/CE ("procédures d'asile" [in GUUE L 326 del 13 dicembre 2005, p. 13 ss.]) ainsi que du Règlement 343/2003 ("Dublin II"). En effet, il ressort de ces dispositions que les instruments communautaires en matière d'asile s'appliquent aux demandes d'asile introduites à la frontière ou sur le territoire d'un État membre. *Il en résulte que le champ d'application du droit communautaire en matière d'asile s'étend également à la mer territoriale des États membres.* 11. *Dès lors, les États membres concernés sont obligés, en vertu de la Directive 2005/85/CE, de garantir aux personnes interceptées ou secourues dans leurs eaux territoriales qui expriment la volonté de demander l'asile un accès effectif à une procédure d'examen appropriée, c.-à-d. de leur accorder la possibilité de déposer une demande auprès des autorités compétentes dès leur débarquement*», cfr. doc. SEC(2007) 691, del 15 maggio 2007, p. 13 (corsivo aggiunto; disponibile all'indirizzo: https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/2/2007/EN/SEC-2007-691-1-EN-MAIN-PART-1.PDF). Detto documento - sia consentito di aggiungere - rappresenta una sorta di "modello" *ulteriore* di paragone… ("*per incidens*": peraltro, successivamente, nella proposta di *rifusione* della direttiva 2005/85/CE si esplicitava: «La proposta prevede una serie di garanzie dirette a migliorare l'accesso alle procedure d'asilo. In primo luogo, include esplicitamente nell'ambito di applicazione della direttiva le acque territoriali […]», cfr. doc. COM(2009) 554 definitivo, del 21 ottobre 2009, p. 6, altresì, v. *ivi*, il *considerando* n. 19 e l'art. 3, par. 1, rispettivamente: pp. 14-15; p. 24).

[28] Cfr. GUUE C 202 del 7 giugno 2016, p. 389 ss.

NORME PER IL RIORDINO DELLA GEOGRAFIA COMUNALE NELLA RECENTE LEGISLAZIONE DELLE REGIONI ORDINARIE (2014-2020)

GIACOMO MENEGUS*

Sommario

1. Introduzione. – 2. Rassegna delle novità nella legislazione regionale ordinaria a seguito della legge Delrio (l. n. 54/2014). – 3. Nodi problematici e tendenze ricorrenti: alcune osservazioni.

Abstract

The paper aims to review the recent amendments (2014-2020) to regional laws on territorial reorganisation, with a focus on procedural simplification. It highlights that quora for the validity of the referenda on municipal mergers, which are required by many regional laws, are still a major issue in territorial reorganisation.

Suggerimento di citazione

G. MENEGUS, *Norme per il riordino della geografia comunale nella recente legislazione delle regioni ordinarie (2014-2020)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale all'Università di Macerata.
Contatto: giacomo.menegus@unimc.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 1/2021
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Introduzione

L'esigenza di un riordino della geografia comunale italiana – frutto di vicende storiche anche molto risalenti – è da tempo oggetto di un ampio dibattito scientifico che, giovandosi anche del concorso di discipline diverse dalle scienze giuridiche[1], ha messo in luce come la ridotta dimensione di molti comuni italiani non consenta agli stessi di disporre degli strumenti e delle risorse necessari per far fronte adeguatamente alle esigenze dei cittadini e dei territori di riferimento. Alle riflessioni in sede scientifica hanno peraltro corrisposto, almeno a partire dagli anni '90 del secolo scorso (l. n. 142/1990), ripetuti sforzi da parte dello Stato e delle Regioni per ridurre la frammentazione e la polverizzazione comunale, specie attraverso il ricorso alla fusione dei comuni più piccoli[2].

Nel complesso degli interventi in materia – accumunati dal preliminare rifiuto di approcci di riforma "dall'alto" – si possono riconoscere almeno tre distinte direttrici: la prima è quella segnata dalla previsione di *incentivi di carattere finanziario* per le fusioni, che assumono in genere la forma di contributi straordinari al nuovo comune; la seconda è quella della predisposizione di *strumenti di garanzia per le comunità originarie* che decidono di procedere alla fusione; la terza è, infine, quella della *semplificazione dei procedimenti di fusione*.

Lungo la prima direttrice si colloca, innanzitutto, l'art. 15, c. 3, d.lgs. n. 267/2000 (Testo Unico degli Enti Locali), nel quale si dispone che, per i dieci anni successivi alla fusione, lo Stato eroghi al nuovo ente *contributi straordinari* commisurati ad una quota dei trasferimenti spettanti ai comuni preesistenti alla fusione. Questa quota è stata poi fissata, a partire dal 2013, nel 20% dei trasferimenti erariali attribuiti per l'anno 2010, accresciuta al 40% nel 2016, al 50% nel 2017, arrivando da ultimo a toccare il 60% dei trasferimenti erariali attribuiti per l'anno 2010 (nel limite massimo di 2 milioni del contributo per ciascun beneficiario) a partire dal 2018[3].

A queste previsioni si sono aggiunte poi altre *misure a carattere finanziario (in senso lato)*, tra le quali si possono ricordare l'allentamento dei vincoli relativi alle assunzioni e la possibilità di mantenere per un certo lasso di tempo

[1] Si veda, da ultimo, il dibattito a carattere interdisciplinare sul tema: *La dimensione "ottima" del Comune - Fusioni, unioni, gestione unificata delle funzioni*, organizzato dall'Università Ca' Foscari di Venezia, 22 maggio 2020 (la registrazione del convegno è disponibile al seguente indirizzo: https://www.youtube.com/watch?v=1hMr0thCV1c).

[2] Cfr., *ex pluribus*, L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, il Mulino, Bologna, 2018, 78 ss.; nonché G. COLOMBINI, V. MANZETTI, *I comuni e la Costituzione*, in M. DEGNI (a cura di), *Rapporto Ca' Foscari sui comuni 2020. Il governo locale: esperienze in Italia e Europa*, Castelvecchi, Roma, 2020, 188 ss. Per un quadro di sintesi aggiornato e un bilancio dell'esperienza, cfr. M. DE DONNO, C. TUBERTINI, *Frammentazione comunale e contrasto allo spopolamento: la prospettiva italiana*, in *Ist. fed.*, n. 2/2020, 297-305.

[3] Per un efficace quadro di sintesi si v. Camera dei Deputati. Servizio studi, *Unioni e fusioni di comuni*, XVIII Leg., 30 aprile 2020, disponibile al seguente indirizzo: https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1105809.pdf?_1614954932001.

tributi e tariffe differenziati per ciascuno dei territori dei comuni preesistenti alla fusione. La legge Delrio (l. n. 56/2014) ha inoltre previsto, tra le altre cose: la possibilità che il nuovo comune utilizzi i margini di indebitamento concessi anche ad uno solo dei comuni preesistenti, anche nell'ipotesi in cui dall'unificazione dei bilanci non risultino possibili ulteriori spazi di indebitamento (comma 119); l'attenuazione (o deroga temporanea) dell'obbligo di esercizio associato delle funzioni comunali fondamentali, previsto per i comuni con meno di 5.000 abitanti (comma 121); la permanenza dei benefici già stabiliti dall'Unione europea e dalle leggi statali in favore dei territori che hanno aderito alla fusione; e, infine, l'esenzione da oneri fiscali del trasferimento della proprietà dei beni mobili e immobili dai comuni estinti al nuovo comune (comma 128).

Venendo alla seconda direttrice individuata *supra* – quella delle disposizioni volte rispondere alle ricorrenti preoccupazioni in termini di "perdita di rappresentanza" da parte dei cittadini dei comuni che si fondono – va ricordato *in primis* l'art. 16 TUEL, che prevede la possibile istituzione di *municipi* nei territori delle comunità di origine o di alcune di esse (con la possibilità che gli organi di questi siano eletti a suffragio universale), cui vanno sommate alcune disposizioni recentemente introdotte dalla legge n. 56/2014, quali la possibilità che lo statuto del nuovo comune preveda *forme particolari di collegamento* tra l'ente locale sorto dalla fusione e le comunità che appartenevano ai comuni originari (comma 116); o ancora la possibilità – introdotta pure al fine di accelerare il procedimento – che i comuni che hanno dato avvio al percorso di fusione definiscano preventivamente lo statuto del nuovo ente, al quale viene attribuito il compito (prima consegnato alla legge regionale) di definire le *forme di partecipazione e di decentramento dei servizi delle diverse comunità* (comma 117). Sempre in quest'ambito si inscrive, infine, anche la permanenza delle norme di maggior favore previste per comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti e per le unioni di comuni, che continuano ad applicarsi anche al nuovo comune frutto della fusione di comuni con meno di 5.000 abitanti (comma 118).

Nell'ambito di queste due prime direttrici di intervento, il ruolo principale è svolto dallo Stato, benché non manchino previsioni di incentivi finanziari da parte di diverse Regioni[4]. Rispetto alla terza direttrice – quella della semplificazione dei procedimenti di fusione – è invece centrale il ruolo svolto dalle Regioni[5].

[4] Cfr. M. DE DONNO, *Le Regioni e le politiche di riordino territoriale locale: unioni, fusioni e altre forme associative tra comuni*, in *Astrid-Rassegna*, n. 19/2015, spec. 26 ss.

[5] Cfr., per un quadro d'insieme, R. FILIPPINI, A. MAGLIERI, *Il procedimento legislativo di fusione di Comuni nelle leggi regionali*, in *Ist. fed.*, n. 2/2015, spec. 320 ss.; nonché, in un'ottica più ampia, M. DE DONNO, *Le Regioni e le politiche di riordino territoriale locale,* cit.

Ai sensi degli artt. 133, comma 2, e 117, comma 4, Cost., la competenza in materia di modificazione delle circoscrizioni comunali e istituzione di nuovi comuni spetta infatti in via esclusiva alle Regioni, che, da un lato, sono chiamate a dettare, con propria legge generale, la disciplina del relativo procedimento (ivi inclusa la consultazione delle popolazioni interessate tramite *referendum*) e, dall'altro, devono sancire, con una propria legge-provvedimento, l'istituzione del nuovo comune o la modifica del territorio comunale (o della relativa denominazione). Una singolare eccezione in quest'ambito interamente affidato alla legislazione regionale è costituita dalla cd. *fusione per incorporazione*[6], la cui speciale disciplina – dettata dall'art. 1, comma 130, l. n. 56/2014 –, benché evidentemente incostituzionale, è stata fatta salva dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 50 del 2015[7]. La peculiarità della norma è data dal fatto che, in questo caso, le «popolazioni interessate sono sentite (…) mediante referendum consultivo comunale, svolto secondo le discipline regionali e prima che i consigli comunali deliberino l'avvio della procedura di richiesta alla regione di incorporazione».

Alla luce del quadro descritto, il presente contributo si propone di registrare gli interventi più recenti sul fronte della semplificazione del procedimento di fusione (terza direttrice di intervento), nell'ambito del quale, si è visto, le Regioni ordinarie dispongono di potestà esclusiva (*rectius* residuale). Quale termine iniziale per l'indagine si è scelto di individuare la legge Delrio del 2014, che costituisce l'ultimo e più significativo intervento organico di promozione delle fusioni a livello nazionale. Dopo una rassegna delle diverse leggi regionali negli anni 2014-2020 (par. 2), si tenteranno di individuare alcune tendenze comuni e le principali problematiche, per poi svolgere alcune considerazioni conclusive di carattere più generale (par. 3).

2. Rassegna delle novità nella legislazione regionale ordinaria a seguito della legge Delrio (l. n. 54/2014)

Sono nove (Calabria, Emilia-Romagna, Lazio, Liguria, Lombardia, Molise, Piemonte, Umbria e Veneto) le Regioni ordinarie intervenute sulla propria legislazione in materia di variazioni territoriali dei comuni nei sei anni che vanno dal 2014 al 2020. Si tratta di operazioni che hanno portata e rilievo molto diversi tra loro, dal momento che accanto a revisioni ampie e organiche si possono riscontrare semplici operazioni di riordino, come pure modifiche particolarmente puntuali, che vanno a novellare anche una singola disposizione.

[6] Cfr. C. TUBERTINI, *Le norme in materia di unioni e fusioni*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 8-9/2014, 794 ss.

[7] Su questo specifico profilo, cfr. C. TOMMASI, *Fusione e incorporazione alla luce della sentenza n. 50 del 2015 della Corte costituzionale*, in *Ist. fed.*, n. 2/2015, 447 ss.

Quest'ultimo è il caso, ad esempio, dell'unico intervento legislativo della Regione Calabria, effettuato con la l. reg. n. 9/2016[8]: in un'ottica di favore per l'aggregazione dei piccoli comuni calabresi, il legislatore regionale ha proceduto a rimuovere il *quorum* costitutivo precedentemente richiesto dall'art. 44, l. reg. n. 13/1983 per il *referendum* consultivo obbligatorio *ex* art. 133 Cost., disponendo così che, affinché possa ritenersi accolta la proposta di variazione territoriale, sia sufficiente la maggioranza dei voti espressi dall'«intero bacino elettorale» (ossia il semplice *quorum* deliberativo)[9].

Più articolato il percorso riformatore dell'Emilia-Romagna, tradizionalmente attenta ai problemi del riordino territoriale[10]: si parte con alcune limitate modifiche alla disciplina generale, contenuta nella l. reg. Emilia-Romagna 8 luglio 1996, n. 24 s.m.i.[11], realizzate con l'art. 25 della l. reg. n. 17/2014[12], seguite l'anno successivo dagli artt. 9 e 76 l. reg. n. 13/2015[13], in virtù dei quali si introduce anche una nuova disposizione per l'*Incentivazione delle fusioni di Comuni* (art. 18-*bis* l. reg. n. 24/1996).

Con la l. reg. n. 15/2016[14] – recante "Norme di promozione dei percorsi associativi: ambiti ottimali, unioni, fusioni e incorporazioni di comuni" – sono invece rivisti diversi aspetti del procedimento di fusione e dello svolgimento dei relativi *referendum* consultivi.

[8] Cfr. l. reg. 1° marzo 2016, n. 9, recante "Modifiche ed integrazioni all'articolo 44 della legge regionale 5 aprile 1983, n. 13, recante: «Norme di attuazione dello Statuto per l'iniziativa legislativa popolare e per i referendum»", in B.U.R. 2 marzo 2016, n. 24.

[9] Non sono mancate di recente ulteriori proposte di modifica più organiche; si v. Proposta di Legge n. 244/10^ di iniziativa dei consiglieri Franco Sergio e Orlandino Greco recante: "Disposizioni in materia di riordino territoriale delle circoscrizioni comunali – Modifiche alla l.r. 13/1983", disponibile al seguente link: http://www.consiglioregionale.calabria.it/upload/versioni_atti/PL10/PL%20244_X%20II%20Commissione.pdf.

[10] In tema si v., ad es., i contributi raccolti nel fasc. n. 1 del 2012 della rivista *Istituzioni del Federalismo*, dedicato al tema "Dall'unione alla fusione dei comuni", e in part. A. PIRANI, *Le fusioni di Comuni: dal livello nazionale all'esperienza dell'Emilia-Romagna*, in *Ist. fed.*, n. 1/2012, 37 ss. e A. MAGLIERI, *La Valle del Samoggia verso la fusione*, ivi, 99 ss.; e anche A. PIAZZA, *Fusioni di Comuni in Emilia-Romagna: chi inizia il percorso e chi lo conclude?,* in *Ist. fed.*, n. 4/2016, 1069 ss.;

[11] L. reg. 8 luglio 1996 n. 24, recante "Norme in materia di riordino territoriale e di sostegno alle Unioni e alle fusioni di Comuni", in B.U.R. n. 80 del 12 luglio 1996.

[12] L. reg. 18 luglio 2014, n. 17, recante "Legge finanziaria regionale adottata a norma dell'articolo 40 della legge regionale 15 novembre 2001, n. 40 in coincidenza con l'approvazione della legge di assestamento del bilancio di previsione per l'esercizio finanziario 2014 e del bilancio pluriennale 2014-2016. Primo provvedimento generale di variazione", in B.U.R. n. 219 del 18 luglio 2014. L'art. 25 introduce due disposizioni in tema di propaganda referendaria e salvaguardia dei progetti di legge di fusione decaduti con la fine della legislatura.

[13] L. reg. 30 luglio 2015, n. 13, recante "Riforma del sistema di governo regionale e locale e disposizioni su Città metropolitana di Bologna, province, comuni e loro unioni"

[14] L. reg. 29 luglio 2016, n. 15 recante "Norme di promozione dei percorsi associativi: ambiti ottimali, unioni, fusioni e incorporazioni di comuni", in B.U.R. del 29 luglio 2016, n. 238.

In primo luogo, si è adeguata la normativa regionale alla nuova disciplina per la fusione per incorporazione dettata dall'art. 1, comma 130, l. n. 56/2014, introducendo un *Art. 8 bis - Procedimento di fusione per incorporazione* (aggiunto dall'art. 3 l. reg. n. 15/2016). Si sono poi dettate regole piuttosto complesse per le fusioni (cfr. *Art. 12 - Procedure per lo svolgimento del referendum consultivo regionale*, al quale l'art. 5 l. reg. n. 15/2016 ha aggiunto i commi 9-*ter*, 9-*quater*, 9-*quinquies*, 9-*sexies*, 9-*septies*), che prevedono diverse conseguenze procedurali a seconda che l'esito delle consultazioni referendarie nei diversi comuni che hanno avviato il percorso di fusione sia positivo o negativo. Più precisamente, se «i voti complessivi sul referendum per la fusione sono contrari alla fusione stessa e contestualmente l'esito è sfavorevole almeno nella metà dei Comuni interessati», l'*iter* legislativo per la costituzione del nuovo comune si arresta (comma 9-*ter*). Quando invece: «a) i voti complessivi sul referendum sono favorevoli alla fusione ma nella maggioranza dei Comuni prevale il voto contrario; b) i voti complessivi sul referendum sono favorevoli alla fusione ma il numero dei Comuni favorevoli è uguale a quello dei contrari; c) i voti complessivi sul referendum sono sfavorevoli alla fusione ma nella maggioranza dei Comuni prevale il voto favorevole», la legge regionale riformata richiede un ulteriore passaggio attraverso i Consigli comunali di quei comuni in cui la popolazione si è espressa a sfavore, i quali devono rendere un parere sulla fusione a maggioranza qualificata (commi 9-*quater*, 9-*quinquies*, 9-*sexies*). Negli altri casi, l'Assemblea legislativa può procedere direttamente all'approvazione della legge. Chiudono l'intervento riformatore alcune disposizioni "minori", tra le quali vanno segnalate, la possibilità di accorpare le operazioni referendarie con altri appuntamenti elettorali (art. 12, c. 5-*bis*, l. reg. 24/1996) e l'istituzione di un *Osservatorio regionale delle fusioni* (art. 14-*bis*, l. reg. 24/1996).

Assai più modeste sono le modifiche introdotte dalla Regione Lazio, la quale peraltro inserisce tali disposizioni in leggi *omnibus*[15], ragion per cui risulta complesso cogliere la stessa *ratio* dell'intervento. Ad ogni modo, l'impressione è che il legislatore regionale, dopo aver rimosso il *quorum* di validità per ogni variazione territoriale (l. reg. n. 7/2014), sia tornato parzialmente sui suoi passi prevedendo (l. reg. n. 12/2016), per i «casi di referendum per l'istituzione sul territorio della Regione di un nuovo comune per distacco di una o più frazioni o borgate», un *quorum* costitutivo (art. 7, c. 2-*bis*, l. reg. n. 19/1980), cui

[15] Cfr. art. 2, comma 145, lett. a), l. reg. 14 luglio 2014, n. 7, recante "Misure finalizzate al miglioramento della funzionalità della Regione: Disposizioni di razionalizzazione e di semplificazione dell'ordinamento regionale nonché interventi per lo sviluppo e la competitività dei territori e a sostegno delle famiglie", in B.U.R. n. 56 del 15 luglio 2014; nonché art. 35, comma 1, lett. a), l. reg. 10 agosto 2016, n. 12, recante "Disposizioni per la semplificazione, la competitività e lo sviluppo della Regione", in B.U.R. del 11 agosto 2016, n. 64 s.o. n. 2, – art. 35, comma 1, lett. a).

si accompagna pure un *quorum* deliberativo («il quesito sottoposto a referendum è dichiarato accolto qualora la maggioranza dei voti validamente espressi sia favorevole ad esso»). L'intento del legislatore sembra quindi quella di rendere più difficile un'ulteriore frammentazione amministrativa.

La riforma della Regione Liguria, che ha invece adottato una nuova legge (l. reg. n. 12/2020[16]), è invece ispirata principalmente ad esigenze di riordino complessivo della materia (almeno per la parte che ci interessa), senza particolari innovazioni rispetto alla disciplina pregressa, racchiusa nella l. reg. n. 44/1977. Fa eccezione il solo adeguamento alla l. n. 56/2014 per quanto riguarda la fusione per incorporazione.

Nel periodo di tempo considerato, la Regione Lombardia ha adottato due leggi in materia: con la prima ha provveduto all'adeguamento della disciplina esistente alle innovazioni della legge Delrio (l. reg. n. 20/2015); con la seconda ha realizzato una più ampia e organica revisione delle procedure in materia di istituzione di nuovi comuni, di modifica delle circoscrizioni e delle denominazioni comunali (l. reg. n. 17/2017)[17]. Sono diversi gli elementi di interesse di questo secondo provvedimento: in primo luogo, vi è l'introduzione di un *Confronto preliminare con la popolazione e le parti sociali ed economiche da parte dei comuni interessati* (art. 7-*bis*, l. reg. n. 29/2006, come modificata dalla l. reg. n. 17/2017), che può essere attivato, con le modalità descritte dal medesimo articolo, dai comuni (ovvero dagli stessi cittadini ai sensi dell'art. 7-*ter*) che intendano sollecitare la presentazione di un progetto di legge in materia da parte del Presidente della Giunta regionale (cui spetta l'iniziativa legislativa). Al confronto – che si svolge intorno alla proposta di modificazione sulla base di una serie di elementi puntualmente indicati dalla legge – può seguire, laddove non vi siano osservazioni da parte degli uffici regionali competenti, l'indizione di un *Referendum consultivo comunale* (art. 7-*quater*), preliminare rispetto all'avvio dell'*iter legis* di variazione territoriale. All'esito delle operazioni referendarie (per le quali non è previsto un *quorum* costitutivo), i Consigli comunali dei comuni interessati, deliberando a maggioranza assoluta dei loro componenti, possono presentare richiesta al Presidente della Giunta regionale per la promozione della relativa procedura di variazione territoriale e per la presentazione del relativo progetto di legge (art. 7-*sexies*). A questo punto, il Presidente può quindi agire di conseguenza (art. 7-*septies*), previa valutazione degli esiti del *referendum* comunale, e il Consiglio regionale può decidere «di

[16] L. reg. 6 luglio 2020, n. 12, recante "Norme per l'attuazione dello statuto in materia di iniziativa popolare e referendum e procedure per l'istituzione di nuovi comuni e per la modificazione delle circoscrizioni e delle denominazioni comunali", in B.U.R. n. 6 del 15 luglio 2020.

[17] Sul tema delle fusioni nella Regione Lombardia, cfr. G.C. RICCIARDI, A. VENTURI (a cura di), *Unioni e fusioni di Comuni. Elementi teorici e prassi operative - La fusione di Comuni come procedimento complesso*, Vol. II, Maggioli, Rimini, 2020.

assumere, in luogo dell'effettuazione del referendum consultivo regionale (…) i referendum consultivi effettuati dai comuni interessati» (art. 9).

Si estende in questo modo a tutte le variazioni territoriali disciplinate dalla legge regionale la possibilità di ricorrere alla formula introdotta dalla l. n. 56/2014 per le fusioni per incorporazione, anticipando così lo svolgimento delle consultazioni al livello comunale e alleggerendo al contempo il procedimento legislativo regionale.

La legge lombarda detta altresì una nuova disciplina dei *referendum* consultivi regionali (art. 9-*ter*), che si segnala, da un lato, per le modalità di selezione delle popolazioni interessate, particolarmente rispettose della giurisprudenza costituzionale sul punto[18]; dall'altro, per aver richiesto il solo *quorum* deliberativo («maggioranza dei voti validi favorevolmente espressi»), precisando al contempo che i «risultati del referendum sono valutati sulla base sia del risultato complessivo sia degli esiti distinti per ciascuna parte del territorio diversamente interessata». Si introducono, infine, *consultazioni in forma semplificata* «qualora i residenti aventi diritto al voto siano in numero non superiore a cinquanta alla data di presentazione del progetto di legge» (art. 9-*quinquies*).

Una previsione per certi versi analoga era stata introdotta un anno prima dalla Regione Molise, che all'art. 2, l. reg. n. 35/1975, per come modificato dalla l. reg. n. 4/2016, dispone che: «Qualora i residenti aventi diritto al voto siano in numero non superiore al cinque per cento rispetto al totale della popolazione del Comune, il Consiglio regionale, se ne ravvisa la necessità, delibera di effettuare la consultazione della popolazione interessata secondo la modalità semplificata». A ben vedere, tuttavia, si tratta di una norma che non favorisce le fusioni, ma che semplifica i procedimenti di scorporo di porzioni ridotte dei comuni e va comunque ad inserirsi in una legge complessivamente non incline a promuovere le aggregazioni. Basti osservare che per l'approvazione del *referendum* consultivo è richiesta la concorrenza del *quorum* costitutivo (maggioranza assoluta degli aventi diritto) e di un *quorum* deliberativo (maggioranza semplice dei votanti): non stupisce pertanto che – pur a fronte di una significativa frammentazione territoriale (con ben 71 comuni "piccolissimi" sotto i 1000 abitanti) – non vi sia stata mai alcuna fusione.

Un'altra regione che tradizionalmente si confronta con una spiccata polverizzazione e frammentazione della geografia comunale è il Piemonte, i cui 1181 comuni (molti dei quali contano poche decine di abitanti) rivelano plasticamente la storica applicazione al territorio sabaudo del principio di matrice francese per cui ad ogni comunità deve corrispondere un municipio. Negli ultimi 6 anni non vi sono stati però interventi particolarmente innovativi sul

[18] In tema, sia consentito il rinvio a G. MENEGUS, *Le "popolazioni interessate" nelle variazioni territoriali dei Comuni: una questione di ragionevolezza*, in *Le Regioni*, n. 1/2020, 120 ss.

fronte del procedimento: la l. reg. n. 26/2015[19] si limita ad adeguare la normativa esistente alle innovazioni della legge n. 56/2014, operando poi altre piccole correzioni formali.

Più complessa e dibattuta la modifica apportata dalla Regione Umbria nel 2014 alla l. reg. 16 febbraio 2010, n. 14, recante "Disciplina degli istituti di partecipazione alle funzioni delle istituzioni regionali (Iniziativa legislativa e referendaria, diritto di petizione e consultazione)", nella quale è disciplinato pure il *referendum* consultivo *ex* art. 133, c. 2, Cost. La discussione della legge regionale n. 2/2014 si è intrecciata infatti con il percorso di fusione – il primo in assoluto nella regione umbra – avviato da alcuni comuni dell'Alto Orvietano (Fabro, Ficulle, Montegabbione, Monteleone d'Orvieto e Parrano) ed emerge chiaramente dal dibattito in Consiglio regionale come le modifiche proposte alla legge regionale siano in parte condizionate dalla volontà di semplificare il processo di aggregazione in discussione.

Tra le innovazioni più rilevanti vi è, in particolare, la decisione di svincolare le regole per la convocazione dei *referendum* consultivi da quelle previste per i diversi *referendum* abrogativi, che tendevano a evitare la sovrapposizione delle consultazioni con altre votazioni e prevedevano margini temporali troppo esigui per la convocazione stessa. A questa norma si aggiunge poi l'abbassamento del *quorum* deliberativo, che inizialmente richiedeva addirittura la maggioranza assoluta dei votanti (cui si somma peraltro la sopravvivenza del *quorum* costitutivo). È giusto il caso di segnalare che, nonostante queste innovazioni, i menzionati *referendum* non hanno avuto esito positivo e il processo di aggregazione si è arrestato.

Chiude questa rassegna la Regione Veneto, che è intervenuta per ben due volte negli ultimi anni a modificare la propria disciplina delle variazioni territoriali (ripartita tra le leggi regionali n. 1/1973 s.m.i e n. 25/1992 s.m.i.). Tra le due modifiche legislative (l. reg. n. 2/2017[20] e n. 3/2020[21]), la più rilevante è senz'altro la seconda, la quale segna – almeno nelle intenzioni del legislatore

[19] L. reg. 22 dicembre 2015, n. 26, recante "Disposizioni collegate alla manovra finanziaria per l'anno 2015", in B.U.R. n. 50 del 23 dicembre 2015, n. 2° suppl. Sulle fusioni nell'esperienza piemontese, cfr. R. MEDDA, *Il procedimento di fusione tra comuni nell'esperienza piemontese: problematiche e prospettive*, in *Il Piemonte della Autonomie*, n. 2/2019, disponibile al seguente link: http://piemonteautonomie.cr.piemonte.it/cms/index.php/il-procedimento-di-fusione-tra-comuni-nell-esperienza-piemontese-problematiche-e-prospettive.

[20] L. reg. 27 gennaio 2017, n. 2, recante "Modifiche della legge regionale 24 dicembre 1992, n. 25 «Norme in materia di variazioni provinciali e comunali» e successive modifiche", in B.U.R. n. 14 del 6 giugno 2017.

[21] L. reg. 30 gennaio 2020, n. 3, recante "Modifiche alla legge regionale 24 dicembre 1992, n. 25 «Norme in materia di variazioni provinciali e comunali» e disposizioni correlate di modifica della legge regionale 27 aprile 2012, n. 18 «Disciplina dell'esercizio associato di funzioni e servizi comunali»", in B.U.R. n. 15 del 4 febbraio 2020.

regionale – un importante rilancio del processo di riordino della geografia territoriale veneta.

Sul fronte delle fusioni di comuni, si prevede infatti una semplificazione delle regole che presiedono alle operazioni referendarie, con un abbassamento del *quorum* costitutivo nei casi in cui vi siano significative percentuali di aventi diritto iscritti all'AIRE (Anagrafe degli Italiani Residenti all'Estero), circostanza che riguarda molti comuni del Bellunese e delle prealpi venete. Più precisamente, la «percentuale di partecipazione è ridefinita: a) nella misura del 40 per cento, ove gli iscritti all'AIRE siano superiori al 10 per cento degli aventi diritto al voto; b) nella misura del 35 per cento, ove gli iscritti all'AIRE siano superiori al 15 per cento degli aventi diritto al voto; c) nella misura del 30 per cento, ove gli iscritti all'AIRE siano superiori al 20 per cento degli aventi diritto al voto» (art. 6, c. 5-*bis*, l. reg. n. 25/1992). Pur volendo mantenere i *quorum* costitutivo e deliberativo, il legislatore veneto cerca comunque di agevolare i processi aggregativi e prevede che «se per almeno uno dei comuni il referendum è validamente svolto (…) ed è stata raggiunta la maggioranza dei voti validamente espressi, gli esiti del referendum sono comunque sottoposti alla valutazione del legislatore con riferimento anche ai comuni per i quali ha partecipato al referendum una percentuale di aventi diritto al voto inferiore di non più di cinque punti percentuali rispetto a quella prevista dal presente comma ed è stata conseguita la maggioranza dei voti validamente espressi» (art. 6, c. 5-*ter*).

Si reintroduce, inoltre, la predisposizione di un *Programma regionale di revisione delle circoscrizioni comunali e delle fusioni dei Comuni* (art. 10-*bis*, l. reg. n. 25/1992), che dev'essere elaborato dalla Giunta, previo parere della Consiglio delle autonomie locali, e approvato dal Consiglio. Un programma analogo era invero già previsto dalla normativa precedente, ma non era mai stato adottato. L'eventuale conformità al Programma della fusione proposta determina uno snellimento dell'*iter*, che non richiede il giudizio di meritevolezza da parte del Consiglio sull'opportunità della variazione territoriale, altrimenti necessario per legge (art. 5, l. reg. n. 25/1992). Il superamento automatico del giudizio di meritevolezza si ha anche quando «il progetto di legge, di iniziativa legislativa degli enti locali, riguardi l'iniziativa di fusione tra: a) comuni contigui che abbiano approvato, con deliberazioni assunte all'unanimità dei consiglieri votanti, l'iniziativa di fusione; b) comuni che sono parte della stessa unione di comuni da almeno tre anni; c) comuni che esercitano da almeno cinque anni forme di esercizio associato di funzioni e di servizi diverse dalle unioni di comuni» (art. 5, c. 1, l. reg. n. 25/1992).

Un'ultima novità che merita di essere segnalata è la previsione dello svolgimento di *Sondaggi della popolazione e delle parti sociali ed economiche da parte dei comuni interessati* al procedimento di fusione (art. 7-*ter*, l. reg. 25/1992).

Più che sollecitare un confronto e l'informazione delle popolazioni e delle parti sociali sulla fusione (finalità invece perseguita dal confronto preliminare previsto nella legislazione lombarda), il sondaggio sembra esclusivamente rivolto a saggiare le possibilità di successo del percorso di aggregazione.

3. Nodi problematici e tendenze ricorrenti: alcune osservazioni

Attraverso l'esame degli interventi legislativi regionali passati in rassegna si possono cogliere alcune tendenze comuni.

In primo luogo, risulta ricorrente in molte delle recenti leggi regionali (Emilia-Romagna, Liguria, Lombardia, Piemonte, Veneto) un adeguamento alla disciplina della fusione per incorporazione introdotta dalla l. n. 56/2014.

Si tratta di operazioni senz'altro apprezzabili alla luce della necessità di coordinare la legislazione regionale preesistente alla nuova disciplina speciale di provenienza statale; un coordinamento che altrimenti sarebbe stato rimesso *in toto* all'attività interpretativa dei vari attori pubblici che intervengono nel procedimento di fusione per incorporazione, con il rischio dell'insorgere di incertezze e difformità potenzialmente deleterie per l'obiettivo di riordino territoriale. È interessante peraltro la scelta lombarda di estendere il procedimento "semplificato" anche alle altre tipologie di fusione: si tratterà di verificare sulla scorta della prassi dei prossimi anni quanto questa scelta sarà in grado di incidere effettivamente sui percorsi aggregativi dei comuni lombardi.

Una seconda tendenza che pare possibile rintracciare in alcune leggi regionali è quella a un rafforzamento delle fasi preliminari all'avvio del percorso di fusione. Particolarmente rilevante, anche per l'apprezzabile intento di una più ampia informazione delle popolazioni interessate, è il confronto previsto dalla legge lombarda, ma anche la Regione Veneto prevede lo svolgimento di sondaggi presso le popolazioni interessate. Considerata l'importanza della decisione sulla fusione per le comunità interessate, stupisce tuttavia che la previsione di percorsi di informazione e confronto preliminari al voto non abbia trovato una maggiore diffusione.

Gli interventi più significativi si hanno, ad ogni modo, soprattutto con riguardo alle regole per lo svolgimento dei *referendum* consultivi: pur con misure anche piuttosto differenti tra loro, quasi tutte le Regioni considerate sono apparse propense a semplificare le procedure, introdurre una maggiore flessibilità nel procedimento e abbassare o eliminare i *quorum* (costitutivi e deliberativi), laddove previsti dalla precedente normativa. Per quanto anche queste iniziative siano in via generale apprezzabili nell'ottica di promozione del riordino territoriale, è proprio in quest'ambito che i legislatori regionali mostrano le maggiori incertezze e contraddizioni, che si riflettono spesso in normative poco chiare.

Occorre ricordare che la consultazione delle popolazioni interessate prevista ai sensi dell'art. 133, c. 2, Cost.[22] – da realizzarsi per costante giurisprudenza costituzionale attraverso *referendum* – ha natura *meramente consultiva* e pertanto non dovrebbe vincolare la Regione a conformarsi agli esiti della consultazione. Sul punto la giurisprudenza costituzionale è chiara (si vedano, da ultimo, le sentenze nn. 2/2018 e 214/2019)[23] e concorde la dottrina maggioritaria[24], che pure non si è particolarmente soffermata sul problema. La *ratio* dell'art. 133, c. 2, Cost. risiede d'altronde nella necessità di garantire, da una parte, il «principio di partecipazione delle comunità locali a talune fondamentali decisioni che le riguardano» (Corte cost., sent. n. 453/1989), espressione del più generale principio autonomistico di cui all'art. 5 Cost.; e dall'altra parte, nell'esigenza di non rimettere *in toto* alle popolazioni le scelte sulla geografia amministrativa regionale, che dovrebbero implicare anche la considerazione di ragioni di efficienza e funzionalità dell'amministrazione comunale, come pure elementi di razionale organizzazione ed efficace gestione dei servizi. In definitiva, lo scopo perseguito dalla norma costituzionale è quello di assicurare la partecipazione delle popolazioni, segnando così uno scarto notevole rispetto all'esperienza del regime fascista (durante la quale si provvedeva con decisioni di stampo autoritario all'accorpamento di più comuni), ma al contempo lasciare al livello di governo superiore, la Regione, la valutazione complessiva sull'opportunità della modifica.

Ciò premesso, nella legislazione regionale ricorre spesso la previsione di *quorum* costitutivi e deliberativi, attraverso i quali il legislatore regionale *sembrerebbe* auto-vincolarsi (in misura più o meno stringente) nella propria valutazione dei risultati delle consultazioni. Il condizionale è d'obbligo perché in molte leggi regionali non emerge neppure con chiarezza quali siano le conseguenze giuridiche del raggiungimento o meno dei diversi *quorum* previsti.

[22] Cfr, *ex pluribus*, C. MAINARDIS, *Art. 133*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, 1144 ss.

[23] Nelle quali si scioglie definitivamente l'interrogativo che rimasto senza una chiara risposta nella sent. n. 433/1995, in cui si affermava che: «La lettura del secondo comma dell'art. 133 della Costituzione è chiara ed univoca: la consultazione delle popolazioni interessate è richiesta sia per l'istituzione di nuovi Comuni, sia per la modificazione delle loro circoscrizioni; i lavori preparatori ne danno conferma, offrendo semmai argomento per discutere, ferma l'obbligatorietà della consultazione, quale sia il peso effettivo da riconoscere alla volontà espressa dagli interessati» (v. *Cons. diritto*, punto 4).

[24] Cfr., tra gli altri, M. PEDRAZZA GORLERO, *Incertezze costruttive nel procedimento di variazione territoriale dei Comuni (A proposito del giudizio di meritevolezza previsto dall'art. 25, I comma, L. R. Veneto 12 gennaio 1973 n. 1)*, ora in ID., *Congetture costituzionali*, ESI, Napoli 2015, 665 ss.; nonché E. FERIOLI, *Commento all'art. 133*, in *Commentario alla Costituzione Italiana*, Torino, Utet, 2006, 2548 ss., in part. 2554. Di diverso avviso C. TUBERTINI, *Il procedimento di variazione del territorio comunale tra giudice amministrativo e giudice costituzionale: pienezza ed effettività della tutela?,* in *Le Regioni*, n. 3/2018, 521 ss.

Con una breve ricognizione "a volo d'uccello", si può osservare che in alcune leggi il raggiungimento del *quorum* è collegato all'approvazione o meno del quesito ("accolto" o "respinto"), con conseguenze meramente procedurali: è il caso delle Regioni Abruzzo[25], Piemonte[26] e Umbria[27] (che prevede un duplice *quorum*), le quali dispongono che, se il quesito è approvato, deve essere obbligatoriamente avviato l'*iter* legislativo entro un certo termine[28].

Risulta assai meno chiara le legge molisana, che prima prevede un duplice *quorum* deliberativo e costitutivo per determinare se il quesito è "accolto" (art. 14, c. 2, l. reg. n. 35/1975); poi dispone che anche in mancanza del *quorum* costitutivo l'obbligo di consultazione si considera assolto (art. 14, c. 3); e infine vieta la riproposizione del *referendum* con esito negativo prima di tre anni (art. 16). Analoghe perplessità sollevano le discipline laziale e ligure: la prima prevede un *quorum* deliberativo, che però pare funzionale solo a definire se il quesito è da reputarsi "accolto" (art. 7, l. reg. n. 19/1980), visto che il Consiglio è comunque chiamato a deliberare (art. 10); la seconda pare perseguire attraverso la previsione di *quorum* un'analoga distinzione tra "accolto" e "respinto" (artt. 52 e 53, l. n. 2/2020), salvo poi discorrere di "validità" del *referendum* (art. 54, c. 4).

Un quadro piuttosto intricato si riscontra anche nella legislazione veneta, ove – al di là delle novità di cui si è detto *supra* – è previsto un duplice *quorum*, deliberativo e costitutivo (art. 6, c. 5 e 5-*bis*, l. reg. n. 25/1992 e art. 20, c. 4, l. reg. 1/1973). Quest'ultimo tuttavia è stato inizialmente introdotto nel 2002[29] con un rinvio alla disciplina del *referendum* abrogativo regionale, che pare poco consentanea al *referendum* di natura consultiva. Ne deriva, anche in questo caso, una scarsa trasparenza nelle conseguenze giuridiche derivanti dal raggiungimento o meno dei vari *quorum,* di cui si è avuto occasione di parlare in altre sedi con riferimento al caso del *referendum* per la separazione di Mestre e Venezia[30].

[25] Art. 30, l. reg. 19 dicembre 2007, n. 44, recante "Disciplina del referendum abrogativo, consultivo e dell'iniziativa legislativa".

[26] Combinato disposto degli artt. 33 e 36, l. reg. 16 gennaio 1973, n. 4.

[27] Art. 48, l. reg. 16 febbraio 2010, n. 14.

[28] Restando peraltro nella facoltà del Presidente della Giunta di avviare comunque l'*iter* anche in caso di esito negativo.

[29] L. reg. 28 giugno 2002, n. 13, recante "Modifiche della legge regionale 12 gennaio 1973, n. 1 «Norme sull'iniziativa popolare per le leggi ed i regolamenti regionali sul referendum abrogativo e sui referendum consultivi regionali e successive modificazioni e integrazioni»", in B.U.R. n. 65 del 2 luglio 2002.

[30] Sia consentito rinviare a G. MENEGUS, *Note sparse sul quinto referendum per la separazione tra Mestre e Venezia*, in *Le Regioni*, n. 3/2020, 703 ss.; nonché a G. MENEGUS, R. BIN, *Sul quorum nei referendum per le variazioni territoriali dei comuni. Il caso veneziano non è affatto banale*, in *laCostituzione.info*, 10 ottobre 2020.

Nel complesso, emerge una tensione irrisolta tra la natura meramente consultiva del *referendum* e l'esigenza di tenere in adeguata considerazione la volontà delle popolazioni interessate delle modifiche territoriali; tra la necessità di semplificare la geografia territoriale e la volontà di non procedere ad accorpamenti contro il volere dei cittadini. Una tensione che si traduce in discipline contraddittorie o poco comprensibili, che certo non giovano al chiaro e corretto svolgimento dei percorsi di riordino territoriale e finiscono anzi spesso per tramutarsi in un ostacolo ingombrante per l'esito positivo di molte variazioni territoriali.

L'errore prospettico che pare potersi ravvisare nelle leggi regionali che prevedono *quorum* per i *referendum* consultivi non sta invero nella legittima aspirazione del legislatore a tener conto della volontà delle popolazioni interessate alla variazione territoriale. I comuni non sono infatti solo erogatori di servizi – come invece talora si tende a sostenere, con troppa leggerezza – ma anche e soprattutto sede fondamentale di democrazia e partecipazione per i cittadini e le comunità, nonché espressione di identità locali che affondano la propria storia in tempi anche molto antichi. È pertanto condivisibile che la volontà delle relative popolazioni riceva sempre una adeguata considerazione, come d'altronde richiede la Costituzione.

Il problema sta piuttosto nella tendenza a vincolare, *in via generale* e *preventiva*, la valutazione del legislatore regionale esclusivamente a questo fattore, impedendo che l'esito della consultazione possa essere considerato insieme ad un insieme più ampio e complesso di elementi. Il risultato è innanzitutto che tale vincolo – pur auto-imposto – finisce per trasferire la decisione sulla variazione territoriale dalla Regione alle popolazioni interessate in violazione del dettato costituzionale (perlomeno quando il vincolo derivante dal raggiungimento del *quorum* o meno è chiaramente stabilito); inoltre, e non meno rilevante, va sottolineato che il vincolo in esame è anche idoneo – specie laddove le conseguenze giuridiche derivanti dal raggiungimento di una certa soglia di votanti non sono chiaramente individuate dalla legge – ad alterare e confondere la volontà dei cittadini chiamati al voto.

Assai più lineare e chiara, nonché – è il caso di ribadirlo – conforme a Costituzione sarebbe la scelta di eliminare ogni sorta di *quorum,* o tutt'al più limitarsi a prevedere semplificazioni procedurali qualora la partecipazione alla consultazione e il consenso sulla variazione territoriale risultino elevati. In questo caso, il legislatore rimarrebbe comunque libero di dare assoluta preferenza, ai fini della decisione finale, alla volontà delle popolazioni interessate per come emersa dai *referendum* (la quale peraltro conserva pur sempre un significativo peso politico).

D'altra parte, questa impostazione è già presente in alcune leggi regionali: si pensi ai casi della Toscana, delle Marche, della Puglia e, pur con significative

eccezioni, dell'Emilia-Romagna. Se poi ci si colloca nella prospettiva di favorire le fusioni, è evidente come *almeno* l'eliminazione del *quorum* costitutivo abbia il pregio di spingere i cittadini interessati ad esprimere il proprio orientamento rispetto alla modifica proposta e al contempo non faccia pesare sull'esito del procedimento di accorpamento la mancata partecipazione di quanti non hanno modo di intervenire alla votazione (perché ad esempio residenti all'estero) oppure non nutrono alcun interesse in proposito. Non pare un caso, d'altra parte, che le Regioni nelle quali è previsto un duplice *quorum* (Basilicata, Molise, Umbria) non si siano mai realizzate fusioni in epoca repubblicana.

In conclusione, si può osservare che, seppure non siano mancati negli anni successivi alla legge Delrio gli sforzi da parte delle Regioni per semplificare i procedimenti di fusione dei comuni più piccoli, la strada da percorrere per un riordino efficace della geografia comunale italiana è ancora lunga. Accanto a Regioni particolarmente attive nel promuovere il riordino territoriale – tra le quali si segnalano in particolare Emilia-Romagna, Lombardia, Veneto, Piemonte e Toscana – ve ne sono altre che mostrano un certo disinteresse, benché non siano affatto estranee al problema della frammentazione e polverizzazione comunale: è il caso soprattutto del Molise, del Lazio e, in parte, della Basilicata. Vi è poi la questione dello svolgimento dei *referendum* e dei *quorum* rispetto alla quale permangono, come si è visto, ancora troppe incertezze.

IL RUOLO DELLA LEGGE REGIONALE NELLA DEFINIZIONE DEI RAPPORTI P.A. – ENTI DEL TERZO SETTORE. LA "PRIMOGENITURA" DELLA REGIONE TOSCANA CON LA L. 22 LUGLIO 2020, N. 65

FRANCESCO SANCHINI*

Sommario

1. Terzo settore e legge regionale: considerazioni introduttive. – 2. I rapporti 'p.a. – enti del Terzo settore' fra codice del Terzo settore e codice dei contratti pubblici: l'articolata cornice giuridico-interpretativa di riferimento. – 3. Giudizio in via principale e contributo della Corte costituzionale nella definizione della latitudine applicativa degli strumenti di "coinvolgimento attivo" degli enti del Terzo settore. – 4. Il ruolo della legge regionale: la "primogenitura" della Regione Toscana con la l. 22 luglio 2020, n. 65. – 5. Osservazioni conclusive: l'apporto della fonte legislativa regionale all'attuazione del programma costituzionale di favore per il Terzo settore.

Abstract

The essay analyzes the role that regional law has in defining the relationships between public administrations and Third sector organizations. Having clarified the complex legal framework of reference based on legislative decree 3 July 2017, n. 117, code of public contracts and interpretation of jurisprudence and doctrine, the analysis focuses in particular on the law 22 July 2020, n. 65 of the Tuscany Region, which was the first to adopt a specific regional legislation on the subject. This discipline will be studied, in particular, in the light of constitutional provisions and of the important clarifications of constitutional jurisprudence, which has intervened several times on this particularly important matter for the implementation of the principle of horizontal subsidiarity.

Suggerimento di citazione

F. SANCHINI, *Il ruolo della legge regionale nella definizione dei rapporti p.a. – enti del Terzo settore. La "primogenitura" della Regione Toscana con la l. 22 luglio 2020, n. 65*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Assegnista di Ricerca in Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Firenze.
Contatto: francesco.sanchini@unifi.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 1/2021
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Terzo settore e legge regionale: considerazioni introduttive

Il Terzo settore rappresenta una realtà la cui legittimazione dal punto di vista costituzionale, pur non esplicitata testualmente dalla Carta, trova probabilmente pochi eguali tra i fenomeni sociali quanto alla rilevanza dei principi implicati.

Dalla solidarietà al pluralismo sociale, dall'eguaglianza sostanziale alla sussidiarietà orizzontale, esso costituisce una delle più spontanee manifestazioni della dimensione relazionale e associata dell'uomo spinto da finalità meramente altruistiche.

L'attitudine di tale esperienza a far fronte alle più diverse situazioni di bisogno rende l'idea di come il suo ambito operativo intercetti i più variegati settori di attività – sociale, sanitaria, educativa e culturale – concorrendo in tal modo al pieno sviluppo della persona umana.

Alla stregua di simili caratteristiche il legislatore nazionale, con l'intento di approntare una regolamentazione unitaria[1] che ha poi trovato la sua espressione "massima" nell'approvazione del codice del Terzo settore[2], ha inteso superare quella parcellizzazione di discipline che aveva nel tempo finito per minare la chiarezza del quadro giuridico di riferimento[3] e rischiato, consequenzialmente, di compromettere la capacità della risposta normativa nel dare effettiva attuazione a principi costituzionali di primaria importanza.

Non casualmente, invero, il citato codice si propone quale provvedimento attuativo di una serie di precetti espressi dalla Carta – e, segnatamente, degli artt. 2, 3, 4, 9, 18, 118, comma 4 Cost.[4] – riconoscendosi in tal modo quale "fonte di rilevanza costituzionale"[5].

[1] Legge 16 luglio 2016, n. 106, recante "Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale", con commento di L. GORI, E. ROSSI, *La legge delega n. 106 del 2016 di riforma del Terzo settore*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2016, pp. 2 ss.

[2] D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 recante "Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106". Per un approfondimento su tale disciplina e sulla più ampia riforma del Terzo settore si vedano, fra gli altri, i contributi di A. MAZZULLO, *Il nuovo codice del Terzo settore*, Torino, 2017; A. FICI (a cura di), *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale*, Napoli, 2018; M. GORGONI (a cura di), *Il codice del Terzo settore*, Pisa, 2018; P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2018; C. CONTESSA, D. SIMEOLI, I. VOLPE (a cura di), *Codice del Terzo settore*, Piacenza, 2019; F. DONATI, F. SANCHINI (a cura di), *Il codice del Terzo settore. Commento al d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 e ai decreti attuativi*, Milano, 2019.

[3] Su tale aspetto, *ex multis*, E. ROSSI, *Profili evolutivi della legislazione del Terzo settore*, in A. FICI, E. ROSSI, G. SEPIO, P. VENTURI (a cura di), *Dalla parte del Terzo settore. La riforma letta dei suoi protagonisti*, Bari-Roma, pp. 65 ss.

[4] Art. 1, comma 1, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117.

[5] Così, F. DONATI, *La dimensione costituzionale ed europea del Terzo settore*, in F. DONATI, F. SANCHINI (a cura di), *Il Codice del Terzo settore. Commento al d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 e ai decreti attuativi*, cit., p. 18.

È allora agevole comprendere come un fenomeno così complesso (anche) dal punto di vista degli ambiti d'azione interessati ponga il non semplice problema di comprendere la relativa collocazione sul piano del riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni.

Al riguardo giova ricordare che, ben prima delle recenti innovazioni normative, in dottrina[6] era stata evidenziata la rilevanza che un'esperienza estremamente variegata come quella in analisi poteva avere su tale delicato versante, sviluppandosi stimolanti riflessioni sui settori di competenza potenzialmente interessati.

Difatti, malgrado la Corte costituzionale nella fondamentale pronuncia n. 75 del 1992 avesse ormai da tempo segnalato esigenze di uniformità tali giustificare un trattamento quanto più uniforme sul territorio nazionale di alcune delle più importanti forme di manifestazione del Terzo settore[7], gli spazi di intervento della fonte legislativa regionale sono parsi per la verità significativi, anche se di non sempre immediato e agevole discernimento[8].

Così, mentre la competenza esclusiva statale è stata per lo più individuata con riguardo alle materie dell'ordinamento civile (per gli aspetti organizzativo-strutturali degli enti), della tutela della concorrenza (a cagione dell'eventuale incidenza, anche solo indiretta, su un certo assetto di mercato delle attività svolte), del sistema tributario (stante il regime di vantaggio da sempre riservato in proposito al Terzo settore) e dei livelli essenziali delle prestazioni (visto il contributo offerto nella loro stessa erogazione dagli organismi solidaristici)[9], non è sfuggito un diverso e variegato atteggiarsi delle competenze regionali, specie nell'ambito dei settori di attività di interesse generale di volta in volta considerati.

Circostanza, questa, ribadita da ultimo pure dal giudice costituzionale, per il quale le attività d'interesse generale entro cui operano gli enti del Terzo settore risultano connesse a settori alquanto differenziati, non potendo tale fenomeno definirsi come una "materia" in senso proprio.

[6] Ci si riferisce in particolare al contributo di A. SIMONCINI, *Il terzo settore e il nuovo Titolo V della Costituzione*, in E. A. FERIOLI (a cura di), *Sussidiarietà e politiche sociali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, 2004, pp. 69 ss.

[7] Corte costituzionale, sentenza 28 febbraio 1992, n. 75, Considerato in diritto, punto 2, secondo la quale "come schema generale di azione nella vita di relazione, basato sui valori costituzionali primari della libertà individuale e della solidarietà sociale, il volontariato esige che siano stabilite, da parte del legislatore statale, le condizioni necessarie affinché sia garantito uno svolgimento dello stesso il più possibile uniforme su tutto il territorio nazionale (v. spec. sentt. nn. 49 del 1987, 217 del 1988 e 49 del 1991)".

[8] Sul punto si veda sempre A. SIMONCINI, *Il terzo settore e il nuovo Titolo V della Costituzione*, cit., pp. 89 ss.

[9] Su tali aspetti E. ROSSI, P. ADDIS, F. BIONDI DAL MONTE, E. STRADELLA, E. VIVALDI, *Identità e rappresentanza del Terzo settore,* in S. ZAMAGNI (a cura di), *Libro bianco sul Terzo settore*, Bologna, 2011, p. 100 s.

Al contrario, la relativa regolamentazione "sfugge a una rigida classificazione", in considerazione dello svolgersi di simili attività entro sfere materiali eterogenee, tanto di competenza statale quanto regionale[10].

In base a simili considerazioni, quindi, la Corte ha confermato che il Terzo settore non rappresenta un fenomeno unitario quanto piuttosto un'esperienza notevolmente articolata che, in quanto tale, viene lambita dai più disparati ambiti di competenza facenti capo tanto allo Stato quanto alle Regioni[11].

Ciò posto, le recenti novità legislative ed elaborazioni interpretative – non soltanto dottrinali ma anche giurisprudenziali, come vedremo – inducono sempre più a focalizzare la riflessione circa il modo di atteggiarsi della fonte primaria statale e di quella regionale su specifici ambiti che sembrano assumere un peculiare rilievo nella prospettiva di assicurare l'effettiva operatività di principi di indiscutibile pregnanza costituzionale.

L'esigenza di operare una simile ricerca, in particolare, ricopre oggi un autonomo interesse relativamente al complesso terreno dei rapporti intercorrenti fra i pubblici poteri e gli enti del Terzo settore, tematica intuitivamente legata a filo doppio con il principio di sussidiarietà orizzontale a mente dell'art. 118, comma 4, Cost. e con la sua problematica attuazione.

Su questo versante, pur apparendo preponderante il ruolo della fonte statale rispetto a quella regionale, sembra tuttavia permanere un considerevole ambito di operatività di quest'ultima proprio con riguardo ai numerosi ambiti di attività di interesse generale via via considerati.

Appare perciò importante comprendere se e in che misura la fonte primaria regionale può concorrere a definire giuridicamente un terreno che, secondo quanto verificheremo a breve, è segnato da un'alta incertezza interpretativa sia per l'ampia portata delle disposizioni regolatrici delle relazioni "p.a.- ETS" accolta dal citato codice del Terzo settore[12], sia alla luce dell'apporto esegetico emerso all'interno del formante giurisprudenziale multilivello, caratterizzato da posizioni fra loro non sempre collimanti.

In base alle considerazioni esposte, quindi, l'intento è quello di addentrarsi all'interno della trama di relazioni intercorrenti fra enti pubblici ed enti del Terzo settore secondo un approccio che, più che soffermarsi sugli elementi di

[10] Corte costituzionale, sentenza 12 ottobre 2018, n. 185, Considerato in diritto, punto 7.2.1.

[11] Analizzano il tema con specifico riguardo alla riforma del Terzo settore L. GORI, *Il sistema delle fonti nel diritto del Terzo settore*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, pp. 26 ss. nonché G. DELLEDONNE, *Le ripercussioni sul riparto di competenze fra Stato e Regioni*, in *Non profit*, n. 3/2017, pp. 69 ss.. Si sofferma invece sul ruolo del singolo fenomeno del volontariato rispetto all'"intreccio di competenze" fra Stato e Regioni alla luce della giurisprudenza costituzionale, F. PIZZOLATO, *Il volontariato davanti alla Corte costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 3/2020, pp. 12 ss.

[12] Si tratta, come noto, degli articoli 55, 56 e 57 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, costituenti il Titolo VII rubricato "Dei rapporti con gli enti pubblici".

novità e di criticità apportati dalla riforma nazionale[13], si spinga "oltre" nel verificare i margini d'intervento della legge regionale e il contributo che questa potrà dare nella definizione di tale complicato terreno di disciplina.

Ciò anche al fine di vagliare il modo in cui essa potrà progressivamente concorrere, attraverso un proprio incisivo intervento, all'attuazione di quei principi di preminente rilievo costituzionale sopra evocati, tanto rilevanti per il Terzo settore.

Con l'occasione, sarà in particolare interessante analizzare gli aspetti di originalità e di eventuale criticità posti dalla legge 22 luglio 2020, n. 65 della Regione Toscana, che costituisce in tal senso una prima paradigmatica dimostrazione esemplificativa.

2. I rapporti 'p.a. – enti del Terzo settore' fra codice del Terzo settore e codice dei contratti pubblici: l'articolata cornice giuridico-interpretativa di riferimento

L'esigenza di predisporre una regolamentazione dei rapporti fra p.a. ed enti del Terzo settore costituisce un bisogno tutt'altro che nuovo e che, dopo una prima disorganica trattazione[14], ha assistito solo con l'approvazione del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 ad un primo tentativo di sistematizzazione.

È circostanza ormai nota, infatti, che il Titolo VII dell'evocato codice del Terzo settore abbia accolto al suo interno tre fondamentali disposizioni in materia, destinate a rappresentare la "stella polare" della regolamentazione di quell'insieme di rapporti che ha da sempre destato notevole interesse a livello

[13] Su cui si vedano E. FREDIANI, *I rapporti con la pubblica amministrazione alla luce dell'art. 55 del Codice del Terzo settore*, in *Non profit*, n. 3/2017, pp. 157 ss.; R. MICCÙ, A. PALMACCIO, *Tra primo e Terzo settore: una prima introduzione alla disciplina dei rapporti tra p.a. e non-profit nella gestione dei servizi*, in *Non profit*, n. 2/2017, pp. 11 ss.; D. CALDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, in *Federalismi.it*, n. 3/2018, pp. 2 ss.; S. PELLIZZARI, A. MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e Terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico*, Napoli, 2019; A. MEALE, *I rapporti tra gli enti del Terzo settore e le pubbliche amministrazioni*, in M. GORGONI (a cura di), *Il codice del Terzo settore*, Pisa, 2018, pp. 345 ss.; nonché, con specifico riguardo al ruolo delle amministrazioni locali G. LEONDINI, *Riforma del Terzo settore e autonomie locali*, Torino, 2019, pp. 51 ss.

[14] Si ricorda infatti che, prima dell'entrata in vigore del codice del Terzo settore la disciplina delle più importanti forme di relazioni degli enti del Terzo settore con i pubblici poteri si trovava spesso all'interno delle diverse normative preposte alla regolamentazione di singole categorie di enti. Si pensi in proposito, solo per citarne alcuni fra i più significativi, agli (oggi abrogati) articoli 7 della legge 11 agosto 1991, n. 266 e 30 della legge 7 dicembre 2000, n. 383, dedicati alla disciplina delle convenzioni con la p.a. rispettivamente delle organizzazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale o, ancora, alla normativa (tuttora vigente) di cui all'art. 5 della legge 8 novembre 1991 dedicata al regime delle convenzioni con le cooperative sociali. In argomento si pensi altresì alla fondamentale legge 8 novembre 2000, n. 328 ed al relativo d.P.C.M. 30 marzo 2001 con riguardo al sistema integrato di interventi e servizi sociali.

interpretativo, anche per la sua stretta connessione con il principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale.

Senza voler approfondire aspetti che esulerebbero dal fuoco dell'indagine, ci si limita a ricordare che mentre la disposizione di apertura di tale importante ambito della disciplina codicistica, l'art. 55, è dedicata al "coinvolgimento attivo" degli enti del Terzo settore nella programmazione ed organizzazione degli interventi e servizi, i successivi articoli 56 e 57 disciplinano rispettivamente il regime delle convenzioni con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale nonché quello delle modalità di affidamento del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza.

Al di là dei contenuti e delle problematiche poste da tali disposizioni[15] (adottate peraltro nel dichiarato intento di assicurare specifica attuazione, fra gli altri, proprio al principio di sussidiarietà orizzontale[16]), ai fini della presente riflessione è opportuno evidenziare come esse abbiano posto sin da subito l'interrogativo di comprenderne la collocazione rispetto ad altri rilevanti *corpora* normativi e, in particolare, con riguardo al codice dei contratti pubblici[17].

L'assenza di una disciplina di raccordo fra questi due testi, oltre a suscitare immediate critiche a livello dottrinale[18], ha presto fatto registrare interrogativi persino a livello istituzionale allorquando si è posto il problema di approntare una disciplina esplicativo-attuativa del più ampio "contenitore" recato dal Titolo VII del codice e delle tre disposizioni citate raccolte al suo interno.

Ad aprire tale riflessione è stata l'Autorità nazionale anticorruzione che, al fine di adeguare alla nuova cornice giuridica le precedenti "linee guida" relative all'affidamento di servizi agli enti solidaristici – vero e proprio punto di

[15] Per un approfondimento sugli aspetti di novità e criticità posti da tali disposizioni, anche alla luce del quadro costituzionale ed europeo di riferimento, sia consentito rinviare a F. SANCHINI, *La nuova disciplina dei rapporti fra pubblica amministrazione e Terzo settore*, in F. DONATI, F. SANCHINI (a cura di), *Il Codice del Terzo settore. Commento al d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 e ai decreti attuativi*, cit., pp. 249 ss.

[16] Art. 55, comma 1, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117. Sulla rilevanza di tale ambito della disciplina codicistica nella prospettiva di tale principio costituzionale si veda V. TONDI DELLA MURA, *Della sussidiarietà orizzontale (occasionalmente) ritrovata: dalle Linee guida dell'Anac al codice del Terzo settore*, in *Rivista Aic*, n. 1/2018, pp. 1 ss.

[17] Si pensi, in particolare, agli artt. 140 ss. del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 dedicati al c.d. "regime alleggerito" da osservarsi negli appalti di servizi sociali nei settori ordinari e speciali, nonché alle procedure c.d. "riservate" di cui all'art. 143 del medesimo codice dei contratti pubblici; disposizioni, queste, a loro volta costituenti trasposizione sul piano interno delle previsioni di cui agli artt. 74 ss. e 77 della Direttiva 2014/24/Ue.

[18] A. ALBANESE, *Le convenzioni fra enti pubblici, organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale nel Codice del Terzo settore. Il confronto col diritto europeo*, in *Non profit*, n. 3/2017, pp. 195 ss. che sin da subito ha definito il tema del coordinamento fra i due testi normativi, non affrontato né dal codice del Terzo settore né dal codice dei contratti pubblici, un vero e proprio "problema irrisolto", tale da presentare il rischio "di lasciare nuovamente alla giurisprudenza il compiuto di dare una definizione più stabile dell'equilibrio fra solidarietà e concorrenza".

riferimento della materia prima dell'entrata in vigore dell'articolato codicistico[19] – ha interrogato il Consiglio di Stato circa la normativa applicabile in tale ambito alla luce della contestuale vigenza, da un lato, del codice dei contratti pubblici e, dall'altro, di quello del Terzo settore, quali fonti tra loro potenzialmente interferenti[20].

La risposta da quest'ultimo fornita all'esito di una simile richiesta rappresenta il momento d'innesco di una discussione ad oggi non completamente sopita e che, lungi dal costituire l'avvio di un contrasto meramente tecnico o settoriale, cela in realtà un più ampio conflitto di "visioni" in ordine alla prevalenza che si intende accordare, in ultima analisi, ai diversi principi ispiratori delle due discipline evocate.

Il Consiglio di Stato nel noto parere 2052 del 2018, con un approccio maggiormente incline alla valorizzazione delle dinamiche concorrenziali e di libera competizione economica, ha così fornito un responso restrittivo quanto alla sfera di operatività degli istituti accolti dal Titolo VII del codice del Terzo settore, aderendo ad un'interpretazione fermamente incline all'applicazione della disciplina appaltizia anche in caso di affidamenti di servizi alla persona.

Secondo tale impostazione, infatti, gli strumenti contemplati dal codice del Terzo settore sarebbero destinati a operare in ipotesi assolutamente residuali, come nel caso di procedure di affidamento del tutto prive di carattere selettivo ovvero in ipotesi di svolgimento "prospettico" del servizio da parte dell'affidatario in forma totalmente gratuita[21].

Considerazioni queste che, in uno al rigido dovere motivazionale configurato a carico della p.a. circa la scelta del ricorso agli strumenti del Titolo VII (a

[19] Come noto infatti, prima della riforma del Terzo settore, l'Autorità nazionale anticorruzione aveva predisposto la Deliberazione n. 32 del 20 gennaio 2016 recante "Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali". Tale disciplina, a fronte di un quadro normativo alquanto articolato, intendeva in particolare fornire una "risposta" alla mancanza di una specifica normativa unitaria di riferimento attraverso la predisposizione di un insieme di indicazioni operative in materia di affidamento di servizi ad organismi del Terzo settore al di là delle ordinarie procedure di gara.

[20] Si tratta della "Richiesta di parere in merito alla normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali alla luce delle disposizioni del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, modificato dal decreto legislativo 19 aprile 2017 n. 56, e del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117", reperibile sul sito *Anticorruzione.it*. Con tale atto l'Autorità ha palesato l'emersione di "dubbi interpretativi in merito all'individuazione della normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali in seguito all'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, come modificato dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, recante il Codice dei contratti pubblici e del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 recante il Codice del Terzo settore" rilevando come la delicatezza della materia suggerisse "l'opportunità di un intervento chiarificatore dell'Autorità [da] svolgersi in occasione dell'aggiornamento della delibera n. 32/2014 recante 'Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali'", che presupponeva a sua volta "la preventiva soluzione di alcune questioni preliminari" ad opera del Consiglio di Stato.

[21] Commissione speciale del Consiglio di Stato, parere 20 agosto 2018, n. 2052, punto 5.

cagione della "segregazione del mercato" cui la relativa operatività potrebbe condurre), hanno spinto il Consiglio di Stato – in considerazione della *primauté* del diritto europeo – a prospettare persino la disapplicazione delle richiamate disposizioni dedicate al raccordo fra i pubblici poteri e gli enti del Terzo settore, in favore di una più diffusa applicazione del codice dei contratti pubblici in quanto attuativa del diritto unionale[22].

Ciò, anche con riferimento ad un istituto ampiamente validato a livello teorico e applicativo quale la convenzione, ritenuta più di altri in grado di determinare una possibile distorsione delle dinamiche concorrenziali fra operatori di mercato[23] e, per tale ragione, considerata come necessariamente recessiva rispetto alla disciplina appaltizia di derivazione europea.

Una posizione così risoluta del Consesso amministrativo per l'operatività delle regole concorrenziali a discapito degli strumenti codicistici ispirati al principio solidaristico e di sussidiarietà orizzontale, si è però rapidamente imbattuta nelle critiche della dottrina[24], oltre che nell'approccio dichiaratamente prudenziale della stessa Autorità nazionale anticorruzione che aveva avanzato la richiesta di parere[25].

L'Anac invero, nel predisporre una prima versione provvisoria delle rinnovate linee guida in materia di affidamenti di servizi sociali, ha anzitutto evidenziato che la disapplicazione deve considerarsi un'ipotesi "limite", da giustificarsi pertanto solo in caso di assenza di strumenti esegetici alternativi.

Inoltre, per l'Autorità, la disciplina dedicata al Terzo settore, lungi dal porsi in contrasto con il diritto europeo, si mostra al contrario attuativa di principi ugualmente accolti all'interno del quadro eurounitario e, segnatamente, di quello di solidarietà sociale: principio, questo, che viene contemplato dalla medesima direttiva 2014/24/UE in materia di contratti pubblici, secondo cui agli Stati membri è consentito prestare servizi alla persona in via diretta od organizzare servizi sociali con forme che prescindono dalla stipulazione di contratti pubblici e, di conseguenza, dall'osservanza delle procedure che conducono alla relativa conclusione[26].

[22] *Ibidem*.

[23] Commissione speciale del Consiglio di Stato, parere 20 agosto 2018, n. 2052, punto 6.

[24] AA.VV., *Il diritto del Terzo settore preso sul serio. Una riflessione a tutto campo, partendo da una lettura critica del parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 20 agosto 2018 sul Codice del Terzo settore*, in *Labsus.org*, 18 febbraio 2019, nonché di A. ALBANESE, *I servizi sociali nel codice del Terzo settore e nel codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà*, in *Munus*, n. 1/2019, pp. 139 ss.

[25] Autorità nazionale anticorruzione, *Schema di Linee guida recanti 'Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali'*, in reperibili in *Anticorruzione.it*, p. 8.

[26] *Ibidem*. Per l'Autorità infatti "la normativa del terzo settore è anch'essa attuativa di principi comunitari, quale il principio solidaristico, che trova ingresso anche nella direttiva 24/2014". Si pensi, a tal proposito, oltre all'art. 1, comma 4, e all'art. 10, lett. h), anche ai considerando 28 e 114 della stessa Direttiva 2014/24/Ue.

Per di più, all'Anac non è sfuggito un ulteriore dato di sicuro pregio ai fini della presente riflessione, consistente nella valorizzazione del dettato costituzionale in materia di servizi sociali per cui, se da un lato ai sensi dell'art. 117 quarto comma emerge al riguardo una competenza legislativa delle Regioni, dall'altro, secondo quanto disposto dall'articolo 118, ultimo comma, il Terzo settore rappresenta indubbiamente uno dei principali contributori all'attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale[27].

Nonostante le chiare obiezioni dell'Autorità nazionale anticorruzione, l'eterogeneità delle posizioni assunte in ordine al problematico raccordo fra codice del Terzo settore e codice dei contratti pubblici, anziché attenuarsi, si è in realtà ulteriormente dilatata in occasione delle ulteriori importanti precisazioni sancite dal Consiglio di Stato nel successivo parere 3235 del 2019.

Per quest'ultimo infatti, alla stregua delle novità introdotte dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32[28], l'Autorità nazionale anticorruzione è legittimata a predisporre linee guida non vincolanti a condizione che il relativo oggetto interessi aspetti strettamente inerenti procedure di affidamento o esecuzione di contratti pubblici; per tale ragione, l'Autorità è stata invitata a ripensare le precedenti linee guida sotto il profilo degli istituti disciplinati dal codice del Terzo settore, generalmente impossibilitati, in quanto tali, a rientrare nella sfera di operatività di linee guida non vincolanti[29].

Le coordinate scaturenti dal rappresentato contesto ermeneutico rendono un quadro non poco complesso e che, soprattutto, sembra aver reso ancor più incerto un terreno che, di contro, richiedeva a monte un'indispensabile visione unitaria e di coordinamento fra discipline originariamente ispirate a *rationes* diverse.

In questo senso le posizioni del Consiglio di Stato – specie con il primo dei due pareri evocati – si appalesano assai salde nel rimarcare l'inamovibilità della disciplina concorrenziale, recando però con sé il rischio di neutralizzare l'applicabilità degli stilemi procedimentali disegnati dal codice del Terzo settore secondo una prospettiva a ben vedere non accolta neppure dallo stesso diritto europeo.

Le citate riflessioni dell'Anac quanto alla necessaria valorizzazione del principio solidaristico, invero, non trovano fondamento soltanto nella direttiva in materia di contratti pubblici (che, come abbiamo visto, ugualmente persegue

[27] *Ibidem.*

[28] Decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 recante "Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici" convertito con modificazioni dalla legge 14 giugno 2019, n. 55.

[29] Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli atti normativi, parere 27 dicembre 2019, n. 3235, punto 2.

obiettivi solidaristici). Tale considerazione, infatti, trova una eco financo nella giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha del pari costantemente ribadito che la solidarietà costituisce un principio preso in considerazione anche dal diritto europeo ove si riconosce ampia autonomia agli Stati membri nel predisporre sistemi di sanità pubblica attraverso meccanismi che, travalicando le ordinarie procedure di gara, valorizzino l'apporto di organizzazioni non lucrative[30].

Da tale assunto deriva, a cascata, un ulteriore elemento di problematicità della lettura fornita dal Consiglio di Stato, in considerazione del fatto che, risultando la disciplina di cui al Titolo VII del codice sotto tale aspetto promanante dal diritto europeo (ed anzi attuativa dello stesso), questa non può che essere egualmente dotata del carattere di primazia riconosciuto alle regole competitive.

Pertanto, la linea abbracciata dal Consesso amministrativo – protesa ad una meccanica applicazione di logiche concorrenziali con riguardo agli affidamenti di servizi sociali – pur condotta con il nobile intento di voler assicurare una corretta operatività al diritto dell'Unione, sembrerebbe paradossalmente quasi per rinnegare questa stessa finalità, accogliendo una visione parziale di quanto espresso proprio a livello europeo, sia sul piano normativo che giurisprudenziale.

Al di là di simili considerazioni, il risultato finale del sopracitato percorso ermeneutico ha condotto, nei fatti, a porre un freno all'Autorità nazionale anticorruzione nello svolgimento di quell'attività di individuazione, non soltanto della linea di confine fra i due codici, ma anche più generalmente della portata applicativa delle disposizioni del Titolo VII del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117.

Si è così venuto a determinare un quadro giuridico tutt'altro che chiaro che ha indotto il contesto regionale ad approntare discipline legislative volte ad esplicitare, sulla scorta dell'archetipo codicistico, forme e modalità di raccordo fra pubblici poteri ed enti del Terzo settore con riguardo allo svolgimento di attività di interesse generale attratte alla relativa sfera di competenza[31].

Un simile "attivismo", peraltro, si mosso di pari passo rispetto a talune significative elaborazioni della Corte costituzionale assunte all'esito di giudizi in

[30] Si vedano in particolare le note sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea – da ultimo valorizzate anche nella recente pronuncia 26 giugno 2020, n. 131 della Corte costituzionale – 11 dicembre 2014, C-113/13, "Azienda sanitaria locale n. 5 'SPEZZINO' e a." e 28 gennaio 2016, C-50/14, "CASTA e a.".

[31] A considerazioni non dissimili sembra pervenire anche L. GORI, *La "saga" della sussidiarietà orizzontale. La tortuosa vicenda dei rapporti fra Terzo settore e P.A.*, in *Federalismi.it*, n. 14/2020, pp. 204 ss., secondo cui "per uscire dalla situazione di incertezza normativa creatasi nell'interpretazione degli artt. 55 e 56, alcune Regioni hanno intrapreso iniziative legislative volte a configurare il rapporto fra P.A. e Terzo settore in peculiari ambiti di attività di interesse generale ricadenti in ambiti di competenza legislativa regionale".

via principale – oltre che a rilevanti chiarimenti normativi sopravvenuti a livello nazionale[32] – sulle quali è opportuno soffermarsi prima di verificare l'apporto fornito in tale ambito dall'esperienza regionale (e, in specie, da quella toscana intervenuta per prima a dettare un'apposita disciplina al riguardo).

3. Giudizio in via principale e contributo della Corte costituzionale nella definizione della latitudine applicativa degli strumenti di "coinvolgimento attivo" degli enti del Terzo settore

Il contenzioso fra Stato e Regioni dinanzi alla Corte costituzionale rappresenta senza dubbio uno degli ambiti maggiormente significativi entro cui il giudice costituzionale ha potuto analizzare da vicino tematiche legate alla riforma del Terzo settore.

La Corte, infatti, è intervenuta più volte su questioni promosse nell'ambito di giudizi in via principale, non soltanto vagliando la compatibilità costituzionale di disposizioni del codice del Terzo settore in potenziale contrasto con le competenze delle Regioni ma, altresì, verificando la legittimità di leggi regionali rispetto alle quali l'articolato codicistico assumeva la veste di norma interposta.

Tuttavia, se in alcune circostanze il giudice costituzionale si è soffermato nella mera soluzione delle problematiche connesse alle singole fattispecie portate alla sua attenzione, in altri casi ha colto l'occasione per sviluppare considerazioni di più ampio respiro, come da ultimo accaduto in relazione alle modalità di "coinvolgimento attivo" degli enti del Terzo settore ad opera dei pubblici poteri.

Così, fra le ipotesi del primo tipo in cui la Corte si è concentrata su questioni inerenti la dimensione prettamente regionale, può considerarsi anzitutto la sentenza 20 dicembre 2019, n. 277, ove è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di una disciplina della Regione Basilicata[33] che, circoscrivendo alle sole "organizzazioni di volontariato" la possibilità di svolgere attività di tutela degli animali e prevenzione del randagismo, finiva per assumere carattere senz'altro discriminatorio rispetto ad altre associazioni animaliste non in possesso di quella peculiare qualificazione giuridica soggettiva[34].

Analoghe riflessioni possono svolgersi con riguardo alle pronunce 19 novembre 2019, n. 285 e 29 gennaio 2020, n. 27 – rispettivamente in materia di registrazione di enti con cui stipulare accordi o intese[35] e di repressione del

[32] Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale" convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120.

[33] Art. 10, comma 4, della legge della Regione Basilicata 30 novembre 2018, n. 46, recante "Disposizioni in materia di randagismo e tutela degli animali da compagnia o di affezione".

[34] Corte costituzionale, sentenza 20 dicembre 2019, n. 277, Considerato in diritto, punto 4.2.1.

[35] Si tratta della questione relativa ad una legge ancora una volta della Regione Basilicata – e segnatamente la legge 30 novembre 2018, n. 45 recante "Interventi regionali per la prevenzione e il

fenomeno del bullismo e del cyberbullismo[36] – in cui la Corte si è del pari limitata ad una stretta verifica di costituzionalità delle singole discipline portate alla sua attenzione attraverso una valutazione circa il carattere discriminatorio o meno delle disposizioni regionali di volta in volta censurate.

Di maggior pregio sistematico (assieme alla sentenza 25 settembre 2018, n. 185 soffermatasi sulla regolamentazione codicistica dei centri di servizio per il volontariato[37]) si presenta invece la più recente pronuncia 26 giugno 2020, n.

contrasto della criminalità e per la promozione della cultura della legalità e di un sistema integrato di sicurezza nell'ambito del territorio regionale" – che all'art. 3, comma 1, lettera d) prevede la possibilità che la Regione stipuli accordi e intese con "enti e associazioni afferenti al terzo settore ovvero a quelli iscritti nei registri regionali del volontariato e dell'associazionismo di cui alla legge regionale n. 1/2000". Secondo le censure del Governo tale previsione avrebbe violato l'art. 3 Cost., apparendo discriminatoria rispetto a quelle associazioni che, pur operanti sul territorio regionale, sarebbero risultate iscritte, secondo quanto stabilito dalla legge 7 dicembre 2000, n. 383 in tema di associazionismo di promozione sociale, nel registro nazionale e non in quello regionale. La Corte, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale, ha invece precisato che la norma censurata si riferisce in realtà tanto alle associazioni di volontariato regionale regolamentate dalla relativa legge regionale, quanto alle associazioni "afferenti al terzo settore". Per questo, dato che l'espressione "ovvero" assume un portato "disgiuntivo e non meramente esplicativo", la disposizione impugnata non può che riferirsi anche alle associazioni iscritte al registro nazionale di cui agli artt. 45 e seguenti del codice del Terzo settore.

[36] Oggetto del giudizio della Corte in tal caso era l'art. 4 della legge della Regione Basilicata 30 novembre 2018, n. 43 recante "Disciplina degli interventi regionali in materia di prevenzione e contrasto al fenomeno del bullismo e cyber bullismo", ove si individuavano fra i beneficiari dei finanziamenti regionali per specifici programmi di prevenzione e contrasto al bullismo e al cyberbullismo, "associazioni con certificata esperienza" operanti "nel campo del disagio sociale ed in particolare nell'area minori iscritte nel registro regionale del volontariato e/o della promozione sociale". Una simile previsione, per il Governo, si sarebbe posta in contrasto con l'art. 3 Cost. introducendo una discriminazione con riguardo a quelle associazioni di promozione sociale che, pur mosse da analoghe finalità, non risultavano iscritte nel registro nazionale. La Corte, nel respingere anche tale questione, ha di contro osservato che fra i beneficiari dei finanziamenti, oltre alle associazioni iscritte soltanto nei registri regionali, vi rientrano per la verità anche quelle associazioni iscritte nel registro nazionale munite di articolazioni periferiche nel territorio regionale, da ciò potendosi dedurre che "dalla platea dei beneficiari non sono escluse le associazioni nazionali, come sostenuto dalla parte ricorrente, ma soltanto quelle che non svolgano alcuna attività istituzionale, neppure attraverso articolazioni locali o circoli affiliati, nel territorio della Regione Basilicata".

[37] Tale pronuncia, più puntualmente, si è occupata del regime di controllo, ad opera dell'organismo nazionale e dei vari organismi territoriali disciplinati dal d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, dei centri di servizio per il volontariato. Nel respingere le censure regionali in considerazione dell'essenza privatistica di simili organismi, il giudice costituzionale ha più in generale osservato che, se per un verso le attività svolte dagli enti del Terzo settore debbono ritenersi attratte nel novero delle "libertà sociali garantite dall'art. 2 Cost., in quanto poste in essere da soggetti privati che operano per scopi di utilità collettiva e di solidarietà sociale", dall'altro la disciplina di questi ultimi sotto il profilo della loro conformazione, organizzazione e regole essenziali di correlazioni con le autorità pubbliche, non possono che ricadere nella materia dell'ordinamento civile. Su tale importante sentenza, si veda in particolare il commento di E. ROSSI, *La riforma del Terzo settore per la prima volta davanti alla Corte*, in *Giur. cost.*, n. 5/2018, pp. 2067 ss. nonché di L. GORI, *Terzo settore, fra misure di promozione e autonomia regionale*, in *Le Regioni*, n. 1/2019, pp. 198 ss. e di S. DE GOTZEN, *Inconvenienti del sistema*

131[38], all'interno della quale sono state effettuate importanti considerazioni sistematiche che assumono una rilevanza centrale ai fini del discorso in analisi, offrendosi una lettura degli strumenti di "coinvolgimento attivo" previsti del codice del Terzo settore alla luce della trama costituzionale.

In tale circostanza la Corte è stata chiamata a verificare la legittimità di una legge regionale umbra che, nel disporre il coinvolgimento delle c.d. "cooperative di comunità" nell'ambito delle attività di programmazione, progettazione e accreditamento previste dall'art. 55 del codice del Terzo settore, è stata censurata dal Governo per asserito contrasto con la normativa statale.

Stando alle censure governative, invero, la disciplina regionale avrebbe reso automaticamente estensibile quest'ultima disposizione codicistica a un organismo, quale la cooperativa di comunità, privo della qualifica giuridico-formale di "ente del Terzo settore" di cui d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117.

Il giudice costituzionale, nel precisare che la disciplina dell'art. 55 del codice non può operare allorché le cooperative di comunità contemplate dalla legge regionale non posseggano contestualmente la qualifica giuridica di "ente del Terzo settore", ha più generalmente osservato che la citata disposizione codicistica costituisce una delle forme maggiormente significative di attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale a mente dell'art. 118, comma 4, Cost.[39].

Per la Corte, tale disposizione costituzionale – tanto importante nel superamento dell'"idea per cui solo l'azione del sistema pubblico è intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale" – ha trovato una paradigmatica declinazione normativa proprio nell'art. 55 del codice, che è così venuto a realizzare per la prima volta e in termini generali un'autentica "procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria"[40].

Sempre secondo la Corte, mediante questa previsione, il legislatore ha inteso valorizzare le peculiari caratteristiche degli enti del Terzo settore che, in qualità di organismi rappresentativi di una "rete capillare di vicinanza e solidarietà" e dotati di una marcata capacità operativa, contribuiscono alla realizzazione di un "nuovo rapporto collaborativo" con i pubblici poteri attraverso una compartecipazione alla realizzazione dell'interesse generale.

centralizzato, parte pubblicistico e parte privatistico, di vigilanza indirizzo e promozione del terzo settore, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 29 marzo 2019, pp. 1 ss.

[38] Su tale sentenza si veda il commento sempre di E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020, pp. 49 ss., nonché i contributi di approfondimento raccolti in A. FICI, L. GALLO, F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore. Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, 2020, ed in S. PELLIZZARI, C. BORZAGA (a cura di), *Terzo settore e pubblica amministrazione. La svolta della Corte costituzionale*, Trento, 2020.

[39] Corte costituzionale, sentenza 26 giugno 2020, n. 131, Considerato in diritto, punto 2.1.

[40] *Ibidem*.

Nella prospettiva del giudice costituzionale, così, quello che si viene ad instaurare è un canale di c.d. "amministrazione condivisa" che, travalicando logiche sinallagmatiche fondate sulla mera corresponsione utilitaristica e "di corrispettivo", assiste al contrario a una positiva comunanza di obiettivi e di risorse pubblico-private.

Considerazioni, queste, che si collocano in perfetta sintonia con il diritto dell'Unione, che per stessa affermazione della Corte, tanto a livello di diritto positivo quanto d'interpretazione giurisprudenziale, riconosce agli Stati membri piena autonomia nell'approntare sistemi organizzativi di attività sociali ispirati a logiche solidaristiche piuttosto che concorrenziali[41].

La pregnanza di simili considerazioni non può che far percepire la portata "storica" della pronuncia, anche alla luce del fatto che la Corte, prendendo spunto da una fattispecie sostanziale di rilevanza tutto sommato contenuta, ha avvertito la necessità di assicurare comunque un adeguato riconoscimento sul piano interpretativo alla disposizione di apertura del Titolo VII del codice, in quanto ritenuta attuativa di principi di preminente rilievo costituzionale e, in specie, di quello di sussidiarietà orizzontale.

Nel presentare una lettura del Terzo settore quale "categoria costituzionale" dotata di una propria autonomia rispetto al mercato e ai pubblici poteri[42], difatti, la Corte ha rimarcato con forza la bontà dell'opzione normativa abbracciata dal legislatore nazionale che, in piena coerenza con la cornice europea ed al di là delle logiche del mero vantaggio economico, ha disciplinato un insieme di istituti in grado di riconoscere il contributo della dimensione organizzata della solidarietà nel perseguimento dell'interesse generale.

Le importanti affermazioni del giudice costituzionale, oltretutto, sono intervenute dinanzi ad un quadro esegetico dai confini di per sé incerti ed anzi – come si è avuto modo di evidenziare in precedenza – maggiormente incline, secondo l'interpretazione del Consiglio di Stato, a valorizzare l'operatività dei principi posti a tutela del libero mercato a discapito di quello solidaristico e di sussidiarietà orizzontale.

La presa di posizione della Corte a difesa dei procedimenti collaborativi fra pubblici poteri ed enti del Terzo settore, così, sembra rappresentare una sorta di "chiamata all'ordine" di tutti gli attori del dibattito interpretativo volta ad

[41] In tal senso la Corte, sempre al punto 2.1 della pronuncia, richiama proprio "le recenti direttive 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione" oltre che la "relativa giurisprudenza della Corte di giustizia (in particolare Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sentenza 28 gennaio 2016, in causa C-50/14, CASTA e a. e Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sentenza 11 dicembre 2014, in causa C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 'Spezzino' e a., che tendono a smorzare la dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà)".

[42] In tal senso E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione*, cit., p. 59 s.

evidenziare, sulla scorta della pregnanza dei principi costituzionali implicati, la piena dignità giuridica degli evocati strumenti di cui al codice del Terzo settore.

A fronte di ciò, tutt'altro che casuali si presentano inoltre le novità introdotte all'interno del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ad opera del c.d. "decreto-semplificazioni"[43] che, poco dopo la sentenza della Corte (e sulla scia di quest'ultima), ha a chiare lettere valorizzato l'autonomia degli istituti di cui agli articoli 55 e seguenti del codice del Terzo settore rispetto alle procedure disegnate dalla disciplina appaltizia.

All'interno di tale articolato è infatti oggi possibile rinvenire espliciti riferimenti al Titolo VII del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, la cui operatività "resta ferma" rispetto all'applicazione del medesimo codice dei contratti pubblici[44].

Così facendo, quindi, è stata espressa una chiara indicazione nel senso di un più incisivo riconoscimento della specificità ed autonomia dei meccanismi accolti dalla disciplina in materia di Terzo settore, quali modalità abituali delle relazioni fra pubblici poteri ed enti solidaristici, come tali non necessariamente recessive rispetto alla normativa proconcorrenziale.

Ad ogni modo, al di là di tali immediati effetti della sentenza 131 del 2020 della Corte costituzionale sul piano dell'impulso normativo all'adozione di misure chiarificatrici della materia, la pronuncia si presenta in conclusione apprezzabile per aver individuato, per la prima volta, una linea di demarcazione fra disciplina statale e regionale nella definizione dei rapporti "p.a. – enti del Terzo settore".

La Corte infatti, pur rifiutando che l'intervento regionale possa spingersi fino all'estensione degli strumenti collaborativi ad enti sprovvisti delle caratteristiche soggettive contemplate dalla cornice codicistica nazionale, ha con fermezza valorizzato il contributo della dimensione regionale nel "declinare più puntualmente, in relazione alle specificità territoriali"[45] e nell'ambito delle

[43] Si tratta del citato Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale" convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120.

[44] A costituire oggetto di intervento è stato in primo luogo l'art. 30, comma 8 del codice dei contratti pubblici – relativo ai "principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni" – ai sensi del quale, per quanto non espressamente previsto dal codice, alle procedure di affidamento ed altre attività amministrative sui contratti pubblici nonché alle "forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117" si applica la legge 7 agosto 1990, n. 241 oltre che il codice civile con riguardo alla stipula del contratto e la relativa esecuzione. Un'altra novità riguarda l'art. 59, comma 1 del medesimo codice in tema di "scelta delle procedure e all'oggetto del contratto" a mente del quale, in materia di aggiudicazione di appalti pubblici e "fermo restando quanto previsto dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117", le stazioni appaltanti adottano procedure aperte o ristrette. Infine, sulla medesima falsariga si pone l'art. 140, comma 1 relativo ai servizi sociali ed altri servizi specifici dei settori speciali, ai sensi del quale "resta" del pari "ferma" la disciplina del Titolo VII codice del Terzo settore.

[45] Corte costituzionale, sentenza 26 giugno 2020, n. 131, Considerato in diritto, punto 2.3.

attività ricadenti nella rispettiva competenza, l'attuazione di quanto disposto dal Titolo VII del codice.

Alla stregua di tali coordinate si impone così la necessità di verificare il modo in cui una delle prime e più significative normative regionali adottate al riguardo – ossia la legge 22 luglio 2020, n. 65 della Regione Toscana – sia intervenuta (stavolta in assenza di qualsivoglia rilievo governativo di incostituzionalità) su tale delicato versante di disciplina.

4. Il ruolo della legge regionale: la "primogenitura" della Regione Toscana con la l. 22 luglio 2020, n. 65

Come anticipato, la legge toscana 22 luglio 2020, n. 65 costituisce una delle prime discipline regionali in cui si è dedicata preminente attenzione alle forme relazionali intercorrenti fra i pubblici poteri e gli enti del Terzo settore[46].

Tale importante intervento[47] – rispetto al quale la legge 31 ottobre 2018, n. 58 aveva costituito un precedente per lo più limitato al fenomeno della cooperazione sociale[48] – è stato approntato in un'ottica promozionale del fenomeno in analisi globalmente considerato, rivolgendo una peculiare attenzione alle modalità di "coinvolgimento attivo" degli organismi non lucrativi nell'ambito delle funzioni di programmazione, progettazione ed intervento, indispensabili per il soddisfacimento dei bisogni della collettività[49].

A fondamento dell'articolato, in specie, vi è l'intendimento di fornire una "sistematizzazione" dei rapporti collaborativi delle pubbliche amministrazioni con gli enti del Terzo settore, mediante una regolamentazione della relativa sfera di operatività nonché delle loro stesse modalità di attuazione[50].

In conformità al quadro costituzionale di riferimento di cui agli articoli 2, 3, 4, 18 e 118, comma quarto, della Carta (individuato, peraltro, con maggior

[46] Fra le normative regionali intervenute con riferimento al Terzo settore a seguito della riforma può operarsi anche un richiamo alla l. r. Emilia-Romagna 19 ottobre 2017, n. 281 che tuttavia, a differenza della citata legge della Regione Toscana, non ha affrontato il tema dei rapporti "p.a. – enti del Terzo settore" quanto piuttosto quello della "ridefinizione, semplificazione e armonizzazione delle forme di partecipazione dei soggetti del Terzo settore alla concertazione regionale e locale".

[47] Su cui si vedano le riflessioni di L. GORI, *Il "coinvolgimento attivo" degli enti del Terzo settore: la prospettiva regionale*, in A. FICI, L. GALLO, F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore*, cit., pp. 153 ss.

[48] Recante "Norme per la cooperazione sociale in Toscana". La disciplina, pur essendo rivolta alle sole cooperative sociali, si presenta comunque interessante in considerazione dell'apposita attenzione dedicata all'interno del relativo Capo III alle "Modalità di erogazione dei servizi". Difatti, è proprio in tale ambito che, nel fornire una prima regolamentazione a livello regionale della co-programmazione, della co-progettazione e dell'accreditamento, la normativa dispone che è compito della Regione, proprio attraverso il ricorso a tali strumenti, favorire il coinvolgimento non soltanto delle cooperative sociali ma anche di tutti gli "altri enti del Terzo settore" (art. 14, comma 1, 2 e 3).

[49] A tal riguardo si veda il punto 4 del Preambolo della l. r. Toscana 22 luglio 2020, n. 65

[50] Punto 5 del Preambolo della l. r. Toscana 22 luglio 2020, n. 65.

puntualità rispetto al dettato codicistico nazionale[51]) e conformemente al disposto statutario[52], la legge intende così offrire un riconoscimento alle formazioni sociali che svolgono nel territorio della Regione attività di interesse generale senza fine di lucro, perseguendo finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale[53].

Una particolare considerazione è peraltro riservata al volontariato, di cui si è voluto enfatizzare – con una terminologia che richiama da vicino la fondamentale pronuncia n. 75 del 1992 della Corte costituzionale[54] – il carattere di forma "originale e spontanea" di adempimento degli inderogabili doveri di solidarietà sociale[55], ed al cui sostegno è dedicato l'intero Capo III della legge[56].

Venendo al nucleo centrale della normativa, contenuto nel Capo VI dedicato ai "Rapporti fra enti del Terzo settore e pubblica amministrazione", degni di peculiare considerazione sono anzitutto gli istituti della co-programmazione e della co-progettazione che, sulla scorta dell'archetipo disegnato dal d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, assistono ad una declinazione operativa nell'ambito delle attività di interesse generale attratte alla competenza regionale.

Con riguardo anzitutto alla co-programmazione, è interessante notare come la legge, sulla falsariga della disciplina codicistica (art. 55, comma 2), si premuri di ribadire che tale istituto è preposto alla individuazione dei "bisogni da

[51] Si ricorda infatti che il codice del Terzo settore (art. 1) si propone come disciplina attuativa, oltre che degli evocati artt. 2, 3, 4, 18 e 118, comma quarto, Cost. (quali disposizioni che interessano l'essenza del Terzo settore), anche dell'art. 9 Cost.. Quest'ultima previsione, tuttavia, più che concorrere a definire il nucleo sostanziale del fenomeno, sembra in realtà riferirsi soltanto ad "una" delle molteplici sfere di operatività del Terzo settore, che, a loro volta, rinvengono una copertura giuridica fondamentale nelle più diverse previsioni costituzionali di volta in volta considerate. Per questo si ritiene che una formulazione più puntuale avrebbe dovuto: o elencare tutte quelle disposizioni costituzionali potenzialmente connesse alle attività svolte dal Terzo settore; oppure, preferibilmente, limitarsi all'indicazione del primo gruppo di articoli citati, rappresentativi del fondamento sostanziale del fenomeno.

[52] Art. 4, comma 1, lett. q), a mente del quale la Regione persegue, tra le finalità prioritarie, "la tutela e la promozione dell'associazionismo e del volontariato".

[53] Art. 1, comma 1, l. r. Toscana 22 luglio 2020, n. 65.

[54] La Corte costituzionale, infatti, nella nota sentenza 28 febbraio 1992, n. 75 ha affermato che il volontariato, "rappresenta l'espressione più immediata della primigenia vocazione sociale dell'uomo, derivante dall'originaria identificazione del singolo con le formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità e dal conseguente vincolo di appartenenza attiva che lega l'individuo alla comunità degli uomini", precisando ancora che esso costituisce "la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa".

[55] Art. 1, comma 4, nonché art. 8, comma 1, l. r. Toscana 22 luglio 2020, n. 65.

[56] Recante "Misure di sostegno e promozione del volontariato nella Regione".

soddisfare", degli "interventi a tal fine necessari" nonché delle corrispondenti "modalità di realizzazione" e delle "risorse disponibili"[57].

Apprezzabile, poi, è l'elencazione dei c.d. "principi" da osservare nell'ambito della stessa, che si sostanziano, in ultima analisi, nella puntuale definizione delle singole fasi procedimentali da seguire per relativa attivazione[58].

Tale opzione, volta alla definizione di una più circoscritta disciplina attuativa rispetto all'ampia cornice codicistica, se da un lato si presenta orientata ad assicurare un esercizio quanto più trasparente dell'azione amministrativa, dall'altra appare interessante laddove ammette, in ottica certamente estensiva, la partecipazione di soggetti anche diversi dagli enti del Terzo settore, sia pur alla (ragionevole) condizione che il relativo apporto sia strettamente connesso ed essenziale rispetto alle finalità e all'oggetto dell'avviso d'indizione del procedimento[59].

L'elemento di maggior pregnanza attiene però alla previsione di un vero e proprio onere motivazionale per le pubbliche amministrazioni circa l'eventuale mancato ricorso allo strumento della co-programmazione[60].

Precisazione, questa, che parrebbe elevare tale meccanismo ad istituto "naturale" delle relazioni con gli enti del Terzo settore, la cui non applicazione sembra costituire nella *mens legis* un'ipotesi per lo più residuale, in quanto subordinata ad un apposito riscontro circa le ragioni giuridico-fattuali ostative al suo stesso utilizzo.

Ciò, tuttavia, con l'importante chiarimento che la co-programmazione, per quanto preminente, rappresenta soltanto "una" delle modalità attraverso cui gli enti pubblici assicurano la partecipazione degli enti del Terzo settore,

[57] Art. 9, comma 2, l. r. Toscana 22 luglio 2020, n. 65. La disposizione oltretutto, al comma successivo, si premura di specificare che, "quale attività istruttoria", gli enti pubblici "acquisiscono gli interessi ed i bisogni rappresentati dagli enti del Terzo settore e dalle altre amministrazioni, elaborano il quadro dei bisogni e dell'offerta sociale, assumono eventuali determinazioni conseguenti nelle materie di propria competenza".

[58] Art. 10, comma 1, l. r. Toscana 22 luglio 2020, n. 65.

[59] A mente dell'art. 10, comma 1, lett. b), l. r. Toscana 22 luglio 2020, n. 65, si prevede che una volta che l'amministrazione ha manifestato la volontà di attivare il procedimento di co-programmazione tramite un apposito provvedimento, viene pubblicato un avviso che, sempre nel rispetto della disciplina in materia di trasparenza, disciplina "le finalità, l'oggetto, i requisiti, i termini e le modalità di partecipazione al procedimento da parte degli enti di Terzo settore, nonché degli ulteriori soggetti, diversi dagli enti di Terzo settore, purché il relativo apporto sia direttamente connesso ed essenziale con le finalità e l'oggetto dell'avviso". Degna di nota è anche la previsione dell'art. 11, comma 5, che dà rilevanza al fatto che è comunque la p.a. a detenere la titolarità delle scelte amministrative, prevedendo che quest'ultima deve "predeterminare gli obiettivi generali e specifici degli interventi, definire le aree di intervento, stabilire la durata del progetto e individuarne le caratteristiche essenziali".

[60] Art. 9, comma 1, l. r. Toscana 22 luglio 2020, n. 65.

potendo tale coinvolgimento inverarsi – per stessa affermazione del legislatore – finanche con modalità diverse[61].

Passando dalla co-programmazione alla co-progettazione, su tale versante, parimenti, il legislatore regionale – sempre sulla falsariga della disciplina codicistica nazionale (art. 55, comma 3) – ne evidenzia l'attitudine a "definire" ed "eventualmente realizzare", tramite un raccordo fra pubblici poteri ed enti del Terzo settore, progetti (anche innovativi e sperimentali), servizi e interventi finalizzati a soddisfare specifici bisogni della collettività[62].

Non diversamente da quanto sopra evidenziato, anche con riguardo a tale istituto la disciplina regionale reca una puntuale esplicitazione delle fasi da seguire per l'attivazione e la conclusione del procedimento: esso, infatti, può avviarsi persino su iniziativa di uno o più enti del Terzo settore e vedere la compartecipazione di organismi diversi (sia pur limitatamente ad attività secondarie e comunque funzionali alle attività principali). Inoltre, a seguito di una valutazione della p.a. circa le proposte progettuali trasmesse, può essere predisposto un programma operativo congiunto che, successivamente, può concludersi con la sottoscrizione di un'apposita convenzione[63].

Al di là del carattere meritorio di una simile scansione procedimentale, in ogni caso, è da segnalare il dato per cui il procedimento di co-progettazione può intervenire "anche" – e dunque non esclusivamente – a monte del procedimento di co-programmazione[64].

Aspetto questo peculiare poiché, così facendo, il legislatore regionale pare aver voluto chiarire che non sussiste una necessaria connessione concettuale e cronologica fra i due procedimenti, diversamente da quanto in genere ritenuto alla stregua del tenore letterale (forse non chiarissimo) dell'art. 55, comma 3, del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117[65].

[61] Ai sensi dell'art. 9, comma 1, l. r. Toscana 22 luglio 2020, n. 65, invero, le pubbliche amministrazioni assicurano il coinvolgimento degli enti del Terzo settore "anche" (e quindi non in via esclusiva) mediante l'attivazione di procedimenti di co-programmazione ai sensi dell'art. 55 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117.

[62] Art. 9, comma 2, l. r. Toscana 22 luglio 2020, n. 65.

[63] Art. 13, comma 1, l. r. Toscana 22 luglio 2020, n. 65. Interessante appare anche la precisazione di cui al comma 2 della disposizione a mente della quale i soggetti pubblici "danno conto, con proprio atto, degli esiti dell'attività di co-progettazione e dell'impatto sociale conseguito rispetto agli obiettivi dell'avviso, in conformità al decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali 23 luglio 2019 (Linee guida per la realizzazione di sistemi di valutazione dell'impatto sociale delle attività svolte dagli enti del Terzo settore)".

[64] Art. 11, comma 1, l. r. Toscana 22 luglio 2020, n. 65.

[65] Difatti, mentre ai sensi dell'art. 55, comma 2 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 "la co-programmazione è finalizzata all'individuazione da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili", secondo il comma 3 della medesima disposizione la "co-progettazione è finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui al comma 2".

Da rilevare tuttavia che, se l'indicazione promanante da tale ultima disposizione codicistica dovesse invece ritenersi vincolante nel configurare un intimo legame tra le due figure[66], la previsione regionale potrebbe allora presentare forse qualche criticità, ponendosi in possibile contrasto con il dettato dello stesso d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117.

In disparte questo profilo, deve comunque sottolinearsi l'attenzione dedicata, tanto a livello di disciplina della co-programmazione quanto della co-progettazione, all'autonomia regolamentare degli enti locali, che in entrambi i casi sono chiamati a dare a loro volta idonea attuazione, secondo le specificità emergenti dal contesto territoriale, ai principi procedimentali stabiliti a livello di normativa regionale[67].

Difatti, lo spazio disponibile per l'attività regolamentare e, in genere, per l'autonomia amministrativa di tali enti sembra poter avere margini apprezzabili.

Ciò sulla scorta del fatto che, pur dinanzi alla dettagliata cornice disegnata dalla legge regionale, questi ultimi paiono in grado di ulteriormente definire a livello applicativo la concreta dimensione operativa degli istituti evocati, in considerazione delle peculiarità delle esigenze emergenti all'interno delle collettività di riferimento.

In tal senso, un'indicazione importante potrà pervenire all'esito dell'attività di supporto che la Regione ha dichiaratamente affermato di intraprendere proprio in favore degli enti locali, anche attraverso l'emanazione di apposite linee guida da approvarsi con deliberazione della Giunta regionale[68].

L'effettivo margine di intervento di simili enti, così, potrà più puntualmente essere vagliato sia sulla scorta delle prassi che nell'abito della relativa sfera di autonomia essi riusciranno ad instaurare, sia alla stregua della richiamata attività di sussidio interpretativo derivante dal livello regionale.

Di non minore impatto sistematico si presenta, ancora, la disciplina delle convenzioni che, conformemente al disposto dell'art. 56 del codice del Terzo settore, possono essere sottoscritte per lo svolgimento in favore di terzi di "attività o servizi sociali di interesse generale" nelle materie di competenza regionale con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, "se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato"[69].

[66] Come parrebbe emergere da quanto generalmente sostenuto in dottrina, fra cui le posizioni di F. SCALVINI, *Co-programmazione, co-progettazione e accreditamento: profili e questioni applicative*, in A. FICI (a cura di), *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale*, cit., p. 272 s. e di E. FREDIANI, *I rapporti con la pubblica amministrazione alla luce dell'art. 55 del Codice del Terzo settore*, cit., p. 168.

[67] Si vedano in tal senso gli artt. 9, comma 1 e 10, comma 2 (per la co-programmazione), nonché 13, comma 3 (per la coprogettazione) della l. r. Toscana 22 luglio 2020, n. 65.

[68] Secondo quanto previsto dall'art. 2, comma 2, l. r. Toscana 22 luglio 2020, n. 65.

[69] Art. 15, comma 1, l. r. Toscana 22 luglio 2020, n. 65.

Nonostante il mancato chiarimento della dibattuta formula mutuata dalla disciplina codicistica dello svolgimento di "attività o servizi sociali di interesse generale" (sulla quale sarebbe stato forse opportuno un apposito approfondimento) [70], l'aspetto interessante attiene qui all'esplicitazione ad opera del legislatore regionale della clausola di "maggior favore rispetto al ricorso al mercato".

In tale ultimo inciso infatti, contrariamente al più scarno dettato del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, la disciplina regionale si è adoperata nel precisare che il ricorso allo strumento convenzionale non deve fondarsi solo su considerazioni di natura puramente economicistica quanto, piuttosto, su valutazioni che più globalmente tengano conto dei "benefici conseguibili per la collettività in termini di maggior attitudine del sistema a realizzare i principi di sussidiarietà, universalità, solidarietà, accessibilità, adeguatezza" [71].

Tale puntualizzazione, lungi dal costituire una aspetto meramente tecnico o di dettaglio, si presenta particolarmente significativa in quanto si colloca sulla scia di quell'interpretazione della Corte di giustizia che ha costantemente ribadito la compatibilità con il diritto europeo dell'affidamento in convenzione di servizi sociosanitari giustificati "dall'applicazione dei principi di universalità, solidarietà, efficienza economica, adeguatezza" [72], secondo un approccio, quindi, non esclusivamente improntato al mero risparmio di spesa.

Un simile riferimento alla giurisprudenza europea offre oltretutto lo spunto per rilevare che la legge regionale, contrariamente a quanto disposto a livello codicistico (art. 57), non reca una specifica disciplina attuativa delle modalità di affidamento del servizio di trasporto sanitario alle organizzazioni di volontariato ed alle associazioni di promozione sociale che, a mente del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, si ricorda poter avvenire in via diretta e senza gara[73].

[70] Con riguardo a tale controversa espressione (riprodotta pedissequamente nel testo regionale secondo il tenore letterale dell'art. 56, comma 1, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117) si evidenzia che, operandosi un riferimento a tutte le "attività di interesse generale", il richiamo dalla stessa contestualmente operato ai "servizi sociali" – che, a mente dell'art. 5 del codice del Terzo settore, rientrano proprio fra le citate "attività di interesse generale"– sembrerebbe costituire un mero refuso del legislatore. Ciò posto, si segnala che in dottrina sono state prospettate anche altre soluzioni, fra cui quella di A. ALBANESE, *Le convenzioni fra enti pubblici, organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale nel Codice del Terzo settore. Il confronto col diritto europeo*, cit., p. 182 s.

[71] Art. 15, comma 2, l. r. Toscana 22 luglio 2020, n. 65.

[72] Corte di giustizia, sentenza 11 dicembre 2014, C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 "Spezzino" e a., punti 53 ss.. Su tale pronuncia, fra gli altri, si veda il commento di A. ALBANESE, *La Corte di giustizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto dei servizi sociali al volontariato (ma sembra avere paura del proprio coraggio)*, in *Foro it.*, 2015, pp. 151 ss.

[73] Per l'art. 57, comma 1, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, infatti, i "servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza possono essere, in via prioritaria, oggetto di affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, aderenti ad una rete associativa di cui all'articolo 41, comma 2, ed accreditate ai sensi della normativa regionale in materia, ove esistente, nelle ipotesi in cui, per la natura specifica del servizio,

Tale assenza potrebbe costituire un elemento su cui astrattamente riflettere, inducendo a chiedersi se il legislatore toscano, proprio sulla scorta di quanto chiaramente affermato dalla Corte di giustizia[74], avrebbe potuto esplicitare che la possibilità dell'affidamento diretto non si limita al solo trasporto "d'emergenza e urgenza", così come previsto dal codice nazionale, estendendosi in realtà a tutto il trasporto sanitario globalmente considerato[75].

Per il resto, la legge regionale ha cercato di individuare una più nitida linea di demarcazione con riferimento ai propri confini "esterni", precisando che qualora le pp.aa. intendano procedere all'affidamento di servizi mediante esternalizzazione e con riconoscimento di un corrispettivo, dovrà trovare necessaria applicazione il codice dei contratti pubblici[76].

Una simile previsione, nonostante la sua apparente semplicità, nell'individuare – "in positivo" – i presupposti per l'applicazione della disciplina appaltizia assume un autonomo valore nell'economia dell'intero articolato normativo. Essa, infatti, sembra voler fissare un nitido spartiacque fra la disciplina sui contratti pubblici e quella promozionale per il Terzo settore, dotando le pubbliche amministrazioni di un esplicito appiglio normativo per una più consapevole individuazione – "in negativo" – dei requisiti legittimanti il ricorso agli strumenti del "coinvolgimento attivo" in ambito regionale.

La legge n. 65 del 2020 infine, al di là di un insieme di previsioni di taglio prettamente attuativo del disposto codicistico nazionale (vertenti, segnatamente, in materia di accesso al fondo sociale europeo[77], utilizzazione e concessione di immobili[78] ed altre forme di partenariato[79]), regolamenta una fattispecie che si colloca a pieno titolo nel novero dei rapporti collaborativi con gli enti

l'affidamento diretto garantisca l'espletamento del servizio di interesse generale, in un sistema di effettiva contribuzione a una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione".

[74] Corte di giustizia, sentenza 28 gennaio 2016, C-50/14, resa sul caso "CASTA e a.", punto 67, secondo cui "gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che consente alle autorità locali di attribuire la fornitura di servizi di trasporto sanitario mediante affidamento diretto, in assenza di qualsiasi forma di pubblicità, ad associazioni di volontariato, purché il contesto normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente a una finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio".

[75] In disparte i possibili aspetti di criticità che una simile opzione avrebbe potuto far registrare sul piano del riparto di competenze, occorre infatti precisare che al trasporto sanitario *tout court* parrebbero essere sottese esigenze di tutela di sanità pubblica, solidaristiche e di efficienza di bilancio in realtà non troppo dissimili rispetto a quelle che giustificano l'affidamento diretto del trasporto emergenziale.

[76] Art. 12, l. r. Toscana 22 luglio 2020, n. 65.

[77] Art 16, l. r. Toscana 22 luglio 2020, n. 65

[78] Artt. 17 e 18, l. r. Toscana 22 luglio 2020, n. 65

[79] Art 19, l. r. Toscana 22 luglio 2020, n. 65.

pubblici e che, pur risultando oggi normativamente riconosciuta, non ha trovato all'interno del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 un'organica trattazione[80].

Ci si riferisce, in specie, alla figura c.d. "volontariato individuale", ovverosia a quell'attività prestata da singoli individui in modo occasionale e gratuito che, per lungo tempo, è stata al centro di un acceso dibattito interpretativo solo recentemente conclusosi nel senso della sua ammissibilità[81].

Orbene, la legge toscana presenta aspetti di peculiarità nel fornire una delle prime regolamentazioni del fenomeno, disponendo che gli enti pubblici che intendano ricorrervi debbono indicare le corrispondenti modalità di accesso e di esecuzione, purché nel rispetto di una serie di condizioni tassativamente elencate, fra cui l'istituzione di un apposito registro, l'elencazione delle attività di interesse generale che si prestano ad una esecuzione in forma individuale e, ancora, i requisiti che i volontari debbono possedere per il relativo svolgimento[82].

Si tratta quindi di una disciplina caratteristica che, fornendo una prima cornice attuativa a questa nuova frontiera delle relazioni 'p.a. - Terzo settore',

[80] Il codice del Terzo settore, infatti, nel fornire all'art. 17, comma 2, una definizione di "volontario" afferma che lo stesso "è una persona che, per sua libera scelta, svolge attività in favore della comunità e del bene comune, anche per il tramite di un ente del Terzo settore, mettendo a disposizione il proprio tempo e le proprie capacità per promuovere risposte ai bisogni delle persone e delle comunità beneficiarie della sua azione, in modo personale, spontaneo e gratuito, senza fini di lucro, neanche indiretti, ed esclusivamente per fini di solidarietà". Pertanto, precisando che il volontario svolge attività "anche" attraverso un ente del Terzo settore, il codice implicitamente riconosce che tale opera può prestarsi persino in forma individuale. Sulla portata di tale innovazione si veda in particolare il contributo di L. GORI, *La disciplina del volontariato individuale*, in *Non profit*, n. 2/2017, pp. 128 ss.

[81] Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, Deliberazione n. 26/SEZAUT/2017QMIG, sulla "Possibilità per gli enti locali di stipulare polizze assicurative a favore di singoli cittadini coinvolti, come volontari in determinate attività di interesse generale", reperibile su *Cortedeiconti.it*.

[82] Art. 8, comma 2, l. r. Toscana 22 luglio 2020, n. 65. Gli enti pubblici, in specie, sono chiamati a disciplinare: "a) l'istituzione […] di un apposito registro dei volontari individuali; b) le attività di interesse generale da svolgere, compatibili con i caratteri propri dell'attività di volontariato individuale; c) i requisiti che i volontari individuali debbono possedere, correlati alle attività da svolgere e definiti secondo criteri non discriminatori, tenendo conto della necessaria idoneità psico-fisica ed attitudinale; d) le modalità di espressione del consenso allo svolgimento dell'attività da parte dei volontari individuali; e) le modalità di cancellazione dal registro, con la garanzia di rinuncia incondizionata alla disponibilità manifestata dal volontario, senza la possibilità di prevedere alcuna misura sanzionatoria; f) l'obbligo di vigilare costantemente sull'incolumità dei volontari individuali e di adottare ogni misura idonea ad evitare possibili pregiudizi alla loro sfera personale e patrimoniale, nonché di comunicare ogni rischio connesso all'attività di volontariato e ogni altro evento che possa modificare le modalità di collaborazione". Degno di rilievo è anche il successivo comma 3 dell'art. 8, a mente del quale "la Regione promuove la collaborazione fra il volontariato individuale ed il volontariato organizzato e favorisce il consolidamento delle attività di volontariato di cui al comma 2, anche attraverso l'evoluzione in una forma organizzata secondo quanto previsto dall'articolo 4, comma 1, del d.lgs. 117/2017".

cerca di rispondere all'esigenza, costituzionalmente imposta[83], di assicurare adeguata copertura giuridica a tutte quelle forme di volontariato che si esplicano al di fuori di compagini organizzative strutturate.

Al di là di tale istituto – e al netto di ulteriori possibili aspetti meritori affrontati dalla legge[84] – l'intervento della Regione Toscana appare quindi globalmente interessante, non soltanto per il contributo all'approfondimento di procedimenti collaborativi tratteggiati solo a livello generale dalla disciplina di riferimento ma, ancor più, per aver offerto una prima copertura giuridica ad ambiti non ancora compiutamente sviluppati all'interno del panorama normativo nazionale.

5. Osservazioni conclusive: l'apporto della fonte legislativa regionale all'attuazione del programma costituzionale di favore per il Terzo settore

La riflessione sin qui condotta ha cercato anzitutto di far luce sulla complessità del quadro normativo e interpretativo che sovrintende il tema – tanto importante nella prospettiva dell'art. 118, comma 4, Cost. – dei rapporti intercorrenti fra i pubblici poteri e gli enti del Terzo settore.

L'analisi ha consentito in specie di verificare che, anche alla luce del non semplice contrasto esegetico sviluppatosi attorno al portato applicativo delle disposizioni del Titolo VII del codice del Terzo settore (all'esito del quale, come si è visto, si è notevolmente attenuata quella funzione di "supporto interpretativo" in passato proficuamente svolta dall'Anac), la fonte legislativa regionale è destinata ad assolvere un ruolo sempre più significativo.

Ciò in quanto chiamata a definire, con riguardo alle attività di interesse generale attratte alla rispettiva sfera competenziale, il portato applicativo degli strumenti contemplati dalla disciplina codicistica nazionale.

In tal senso, l'esperienza toscana costituisce una prima ipotesi di come il legislatore regionale, in base al fondamento costituzionale del Terzo settore e

[83] A mente dell'art. 118, comma 4, Cost., difatti, gli enti costitutivi della Repubblica sono chiamati a favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini non soltanto "associati" ma anche "singoli" per lo svolgimento di attività di interesse generale.

[84] Si pensi al supporto riconosciuto agli enti locali ai fini dell'attuazione della legge mediante l'emanazione di specifiche linee guida predisposte a cura della Giunta regionale (art. 2, comma 2); alla possibilità per gli enti pubblici di concludere accordi e convenzioni con il Centro servizi per il volontariato (art. 5, comma 2); all'attenzione generalmente dedicata al coordinamento normativo (art. 4, commi 2 e 3; art. 8, comma 4; art. 9, comma 1; art. 14); alla valorizzazione di tutti quegli enti non iscritti nel Registro unico del Terzo settore, cui si intende garantire adeguata dignità giuridica (art. 4 comma 4); alla specifico riconoscimento del ruolo e delle funzioni dell'associazionismo sportivo dilettantistico (art. 4, comma 5); all'istituzione della Consulta regionale del Terzo settore, con funzioni consultive e d'impulso nonché di monitoraggio sullo stato di attuazione della legge e di altre leggi ed atti normativi concernenti i rapporti fra Terzo settore e pubbliche amministrazioni (artt. 6 e 7).

secondo l'assetto di competenze disegnato dalla Carta, possa intervenire nella determinazione di tale articolato ambito di disciplina.

In considerazione dell'analisi svolta, infatti, la legge toscana n. 65 del 2020 sembra aver fornito, al netto dei possibili elementi di criticità riscontrati, un'iniziale dimostrazione circa l'ambito di operatività delle forme relazionali degli enti del Terzo settore con i pubblici poteri a livello regionale.

Si tratta di un intervento che, anche alla stregua del ruolo che è chiamata ad assolvere la fonte locale, pare collocarsi – nel complessivo rispetto dei "binari" costituzionali e codicistici – all'interno delle coordinate ermeneutiche tracciate dalla sentenza 131 del 2020 della Corte costituzionale[85].

Conformemente alle elaborazioni di tale giudice, invero, la normativa regionale sembra globalmente propensa alla valorizzazione di un Terzo settore che, in base al principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale, è destinato ad assumere la veste di *partner* dell'amministrazione nella compartecipazione alla realizzazione dell'interesse generale.

Ad ogni modo, la legge n. 65 del 2020 della Regione Toscana – anche assieme alle più recenti elaborazioni della Corte, da ultimo nuovamente intervenuta in argomento con la sentenza 26 novembre 2020, n. 255[86] – rappresenta

[85] Alla luce della citata sentenza 26 giugno 2020, n. 131 della Corte costituzionale, infatti, agli enti del Terzo settore, per le peculiari caratteristiche che li contraddistinguono, deve riconoscersi "una specifica attitudine a partecipare insieme ai soggetti pubblici alla realizzazione dell'interesse generale". Tali organismi, in quanto espressivi della "società solidale", rappresentano infatti "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" (Considerato in diritto, punto 4).

[86] Tale pronuncia ha fatto seguito al ricorso promosso dal Governo per la declaratoria d'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 5, della legge 16 settembre 2019, n. 16, con cui la Regione autonoma Sardegna aveva autorizzato il finanziamento annuo dell'AREUS (Agenzia regionale emergenza e urgenza Sardegna) per le attività rese da "associazioni onlus e cooperative sociali" convenzionate con il servizio di emergenza-urgenza 118. Per il Governo una simile previsione sarebbe risultata illegittima poiché, ammettendo uno stabile utilizzo dell'istituto della convenzione anche nei confronti delle cooperative sociali nonché delle c.d. "associazioni onlus", si sarebbe posta in contrasto con l'art. 57 del codice del Terzo settore (che con riguardo al trasporto di emergenza-urgenza limita l'affidamento prioritario alle sole organizzazioni di volontariato), oltre che con l'art. 117, comma 2, lett. e) Cost. sulla competenza statale esclusiva in materia di tutela della concorrenza e con lo Statuto speciale per la Sardegna, secondo cui la potestà legislativa regionale è esercitata conformemente alla Costituzione. La Corte, nel ribadire – sulla scorta della precedente sentenza 26 giugno 2020, n. 131 – che alla stregua del diritto europeo gli Stati membri, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, possono approntare modelli organizzativi ispirati non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà (al di là quindi del regime sui contratti pubblici), ha tuttavia ritenuto che, nel caso di specie, la disposizione censurata non fosse passibile di esse sottoposta a una declaratoria di incostituzionalità. Per il giudice costituzionale invero tale disposizione non era di per sé intervenuta a regolare le modalità di affidamento del servizio di emergenza e urgenza, la cui disciplina è invece contenuta in un insieme di

soltanto un primo "tassello" all'interno del più ampio panorama delle variegate esperienze regionali che, poste le rilevanti implicazioni sul piano costituzionale del tema trattato, saranno con molta probabilità chiamate in futuro a sviluppare apposite discipline esplicative della dimensione operativa degli strumenti di cui al Titolo VII del codice del Terzo settore.

Ciò, tuttavia, con l'importante precisazione che un simile contributo "regionalista" non potrà in ogni caso spingersi sino a trasformare il nucleo essenziale degli strumenti regolativi dei rapporti fra enti del Terzo settore e soggetti pubblici, dovendo al contrario limitarsi ad assicurarne una più puntuale declinazione sulla scorta delle diversità territoriali e, come detto, nell'ambito delle attività che ricadono fra le materie di propria competenza.

Solo in tal modo, infatti, la fonte legislativa regionale potrà efficacemente contribuire, senza interferenze rispetto alla legge statale, ad attuare quel programma "di favore" espresso per il Terzo settore dagli articoli 2, 3, 18 e 118, comma 4 della Costituzione.

disposizioni nazionali e regionali, quanto piuttosto ad affrontare aspetti di natura meramente economico-finanziaria. In tal modo la pronuncia (che, fra l'altro, si è soffermata su alcuni profili ancora dibattuti dell'art. 57 del codice del Terzo settore) ha contribuito a chiarire il modo di atteggiarsi della legge regionale in un ambito assai delicato, che costituisce oggetto di ampia discussione a livello interpretativo.

L'IMPATTO DELLE DINAMICHE TRANSNAZIONALI SUI SISTEMI NORMATIVI. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE*

PAOLO PASSAGLIA **

Sommario

1. Il diritto transnazionale: una lettura destrutturante. – 2. La concezione del *webinar*. – 3. Un punto di vista da cui cercare di cogliere la complessità delle dinamiche in atto.

Abstract

The paper introduces the topics that will be analyzed in the papers included in the section. These papers were presented during the webinar of 23 October 2020 entitled "The impact of transnational dynamics on regulatory systems". In this introductory paper, the difficulty of defining the concept of "transnational law" is exposed. It is highlighted, in particular, how this concept suffers the competition of the notion of "global law" and how, in practice, the rules that are included in the so-called transnational law are very diverse. Moreover, not all rules can be defined as legal rules.

In order to suggest topics and arguments for the debate, the paper also proposes a classification of transnational rules based on three criteria: the transnationality deriving from the object of the regulation, the transnationality deriving from the author, the transnationality resulting from the circulation of rules.

Finally, some of the difficulties that lawyers encounter in framing the transnational rules are set out.

Suggerimento di citazione

P. PASSAGLIA, *L'impatto delle dinamiche transnazionali sui sistemi normativi. Considerazioni introduttive*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al webinar *L'impatto delle dinamiche transnazionali sui sistemi normativi* svoltosi il 23 novembre 2020 e organizzato dall'Università di Pisa, con le associazioni DPCE e AIPC, nell'ambito del Progetto di ricerca di Ateneo 2018-2019 su *Diritto senza politica. Le forme della produzione giuridica nell'epoca transnazionale*.

** Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università di Pisa.
Contatto: paolo.passaglia@unipi.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 1/2021
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Il diritto transnazionale: una lettura destrutturante

Il «diritto transnazionale» è una nozione che, con sempre maggiore frequenza, si affaccia all'orizzonte dello studioso che analizzi le forme di produzione delle norme, vuoi in un'ottica di diritto interno vuoi – a maggior ragione – se la prospettiva è di tipo comparatistico[1]. Trattasi di una nozione la cui sorte può definirsi almeno per certi versi «travagliata», se è vero che a oltre sessant'anni dal momento in cui è stata coniata[2] – oltretutto in un contesto sociale, politico ed economico molto diverso da quello attuale – ancora non ha trovato una compiuta sistemazione.

Sin dal suo momento genetico, peraltro, la definizione che per il diritto transnazionale si era proposta pareva afflitta da una genericità piuttosto marcata, tale da rendere problematica una *actio finium* idonea a orientare la prassi applicativa. Il concetto di «*transnational law*», in effetti, emergeva alla luce dell'inadeguatezza del diritto internazionale, pubblico e privato, a inquadrare la regolamentazione di tutti i rapporti giuridici transfrontalieri, di talché la sua concretizzazione prescindeva da qualunque elemento strutturale che non fosse la semplice estensione delle norme al di là dei confini statuali: «*all law which regulates actions or events that trascend national frontiers*»[3]. In questa definizione, la cui caratteristica fondativa era indiscutibilmente la generalità (*rectius*, la genericità), «[*b*]*oth public and private international law* [*we*]*re included*»; ma non solo questi, bensì anche «*other rules which d*[*id*] *not wholly fit*[*ted*] *into such standard categories*»[4].

La nozione di diritto transnazionale muoveva dunque da una intuizione, consistente nell'impossibilità di inquadrare tutti i rapporti giuridici secondo gli schemi post-vestfaliani, e cioè in termini di diritto territoriale statuale ovvero di diritto dei rapporti tra gli stati sovrani. Una intuizione perspicua, specie se

[1] Già quasi un quarto di secolo fa, del resto, poteva autorevolmente constatarsi che «*the new living law of the world is nourished not from stores of tradition but from the ongoing self-reproduction of highly technical, highly specialized, often formally organized and rather narrowly defined, global networks of an economic, cultural, academic or technological nature*» (così G. TEUBNER, *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society?*, in G. TEUBNER (a cura di), *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997, 7). Per quanto potente sia questa definizione, si constaterà subito che essa coglie, sì, l'elemento fondamentale del superamento della tradizione (intrisa di statualità), ma non è idonea a identificare nel suo complesso una nozione tanto sfuggente quanto quella di «diritto transnazionale».

[2] Cfr. P. JESSUP, *Transnational Law*, Yale University Press, New Haven, 1956, 1 ss.

[3] P. JESSUP, *Transnational Law*, cit., 2.

[4] P. JESSUP, *Transnational Law*, cit., 2. Su questa linea appare tuttora attestato, nella sostanza, U. KISCHEL, *Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2019, 869 ss., il quale, nel capitolo dedicato a «*Contexts of Transnational Law*», dopo aver dato conto dell'impossibilità per il comparatista di restare ancorato alla dimensione della statualità, si sofferma sul diritto internazionale pubblico (870 ss.), sul diritto dell'Unione europea (879 ss.) e su altre organizzazioni sovranazionali (892), per chiudere dedicando spazio al dibattito attorno alla *lex mercatoria*, relativamente alla quale, peraltro, non si prende neppure una chiara posizione in merito alla rilevanza o meno *sub specie juris* (893 ss.).

si tiene conto che veniva espressa nel 1956, quando le categorie tradizionali mostravano solo piccole crepe.

Nei decenni successivi queste crepe si sarebbero ingigantite, ma a beneficiarne, dal punto di vista della teoria generale, sarebbe stato solo in minima parte il diritto transnazionale, probabilmente in ragione della situazione di minorità cui la sua definizione primigenia lo ha condannato. Il diritto transnazionale, infatti, ha perennemente oscillato tra la sua potenziale sovrapposizione con altre nozioni più consolidate (prima tra tutte, ovviamente, il diritto internazionale) e la sua vocazione a farsi categoria residuale. Se quest'ultima era stata la sua vena originaria, ben si comprende perché, per lungo tempo, la nozione abbia avuto uno spazio del tutto marginale. E si spiega altresì il motivo per cui solo nel corso degli anni sia emersa davvero la sua potenziale utilità: si è infatti dovuto attendere che regolamentazioni pianamente non riconducibili al diritto internazionale (pubblico o privato) entrassero in maniera non episodica nel panorama che si prospettava al giurista. In tal senso, la nuova *lex mercatoria* è stato il primo grande *corpus* di regole affermatosi, ma negli ultimi decenni altri sono emersi e hanno assunto una importanza sempre più evidente: si pensi, tra gli altri, alla *lex sportiva* o alla *lex informatica*[5].

A fronte del delinearsi e della crescita, in quantità e in rilevanza, degli elementi atti a fondare una autonomia concettuale del diritto transnazionale, la nozione è uscita dalla minorità e ha conosciuto un utilizzo sempre più frequente.

Proprio alla luce dei contenuti che sono andati a dare concretezza a una nozione che per molto tempo era stata confinata all'empireo della teoria, tuttavia, si sono presentate talune problematiche di inquadramento: a tal proposito, possono evocarsi tre insidie con cui il diritto transnazionale deve confrontarsi, tre insidie che, nel loro complesso, sono idonee a gettare più di un'ombra sulla validità e l'efficacia della nozione in discorso nel quadro della teoria generale.

La prima insidia coincide con la diffusione di una nuova nozione, cioè il «diritto globale» [6] . La concorrenza di questa nozione si è rivelata

[5] Sui presupposti teorici della transnazionalizzazione del diritto, come superamento della dicotomia diritto internazionale / diritti nazionali, e come superamento dell'idea degli ordinamenti nazionali come «scatole nere» impenetrabili *ab externo*, v. K. TUORI, *Vers une théorie du droit transnational*, in *Revue internationale de droit économique*, 2013, n. 1, 9 ss.

[6] Il concetto di «diritto globale», per quanto i suoi confini siano lungi dall'essere ben delineati, ha comunque un ancoraggio preciso con il fenomeno della globalizzazione, che contribuisce in maniera significativa a identificarne i tratti essenziali. Sulla definizione del diritto globale, v. S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009; G.Z. CAPALDO, *The Pillars of Global Law*, Routledge, London, 2013; C. BRICTEUX, B. FRYDMAN (a cura di), *Les défis du droit global*, Bruylant, Bruxelles, 2018; sulle problematiche giuridiche emergenti dalla globalizzazione, v. anche, nell'ambito di una letteratura ormai molto vasta, M. MADURO, K. TUORI, S. SANKARI (a cura

particolarmente difficile da sostenere, giacché quegli elementi che, finalmente, avevano potuto sostanziare il *proprium* del diritto transnazionale erano anche, in larga misura, espressione della c.d. globalizzazione, non fosse altro che per la comune tendenza a superare l'ambito nazionale in favore della enfatizzazione di modelli di comportamento riscontrabili a qualunque latitudine. Sulla scorta di questa constatazione, l'uso dell'espressione «diritto globale» è apparso più calzante, quanto meno per identificare quei fenomeni regolativi che si estendano – effettivamente o potenzialmente – al complesso del pianeta.

Ciò posto, può comunque convenirsi che lo spazio per il diritto transnazionale non viene del tutto a mancare, poiché regolamentazioni *trans*nazionali prive di una vocazione globale esistono e, al netto di qualche sovrapposizione con altre nozioni (diritto internazionale regionale e diritto sovranazionale, in special modo), possono restituire un terreno abbastanza fertile per il diritto transnazionale. Specie in talune aree geografiche, come l'Europa, la transnazionalizzazione del diritto indica, in effetti, una serie di processi che sono evocativi di una integrazione regionale tra ordinamenti.

Al di là di questo dato, ciò che probabilmente più rileva è che la concorrenza con il diritto globale ha fatto emergere la vera cifra del diritto transnazionale, il quale va ben oltre questo o quel terreno nel quale possa trovare un ambito di applicazione: se il diritto globale si definisce in relazione al suo ambito di applicazione territoriale (quello, appunto, del globo), il diritto transnazionale presenta la caratteristica fondativa di prescindere dal riferimento agli stati nazionali, e dunque anche dal riferimento ai loro elementi costituitivi, e in special modo al territorio e alla sovranità.

Altrimenti detto, il diritto globale può comprendere qualunque tipo di produzione normativa, ovviamente alla condizione che la vigenza e/o l'efficacia delle regole si estendano a tutto il pianeta; il diritto transnazionale, di contro, a seguire l'impostazione appena evocata, assume contorni assai meno sfumati, abbandonando la zavorra della categoria residuale che lo ha afflitto sin dal 1956[7]. Il diritto transnazionale acquista, infatti, una sua precisa valenza euristica nel descrivere quei fenomeni regolativi per i quali l'elemento territoriale,

di), *Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, J. HUSA, *Advanced Introduction to Law and Globalisation*, Elgar, Cheltenham, 2018; M. SIEMS, *Comparative Law*, II ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2018, 305 ss.; P. ZUMBANSEN (a cura di), *The Many Lives of Transnational Law: Critical Engagements with Jessup's Bold Proposal*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

[7] Per una diversa prospettazione inerente alla distinzione tra diritto globale e diritto transnazionale, v. T.E. FROSINI, *Diritto transnazionale* vs. *diritto globale*, in *Percorsi costituzionali*, 2018, 338, il quale, dopo aver ripreso l'opposizione «[g]lobalizzazione contro democrazia», sottolinea che «[i]l diritto transnazionale, invece, si innerva nella democrazia e ne valorizza nuove forme espressive». Riguardo alla – problematica, ad avviso di chi scrive – configurabilità di una legittimazione democratica nel quadro del diritto transnazionale, si rinvia a quanto si dirà *infra*, par. 3.

quando presente, è puramente accessorio e l'espressione della sovranità non è di per sé decisiva ai fini dell'affermazione dell'effettività delle regole[8].

A questo punto, però, giunge la seconda insidia. Se la cifra del diritto transnazionale è divenuta quella di aggregare *corpora* di regole accomunate da un elemento (la transnazionalità, nell'accezione sopra riferita), il diritto transnazionale è andato configurandosi come una nozione atta a ricomprendere fenomeni produttivi di norme tra loro profondamente diversi: dato questo unico elemento di comunanza, i tratti differenziali sono, in effetti, quanto mai cospicui[9]. Ad esempio, nel diritto transnazionale sono finiti per rifluire i regolamenti di organizzazioni sportive internazionali come le regole imposte da organismi finanziari, le regole che presiedono al funzionamento dell'*Internet* come accordi di valenza generale stipulati da e tra multinazionali. In buona sostanza, un caleidoscopio di forme di produzione; un caleidoscopio per il quale proporre una unitarietà di fondo risulta sempre più velleitario, non fosse altro perché gli ordinamenti – in senso romaniano – in cui le regole operano, non solo sono molteplici, ma neppure sono strutturalmente omogenei, per tacere del fatto che i soggetti che producono le regole sono parimenti disomogenei e che le tipologie di regole prodotte sono le più varie.

In relazione a tutto questo, si fa avanti in maniera sempre più forte la sensazione che l'elemento della transnazionalità non sia sufficiente a dare unitarietà alla nozione. Altrimenti detto, una volta che si è giunti a cogliere la pregnanza (almeno potenziale) dell'aggettivo «transnazionale», a entrare in crisi diventa la qualificazione del sostantivo, per il quale l'uso del singolare si configura come eccessivamente sineddotico: se di diritto transnazionale si vuol parlare, probabilmente sarebbe più corretto ragionare al plurale, giacché i diritti transnazionali sono molteplici e la *reductio ad unum* rischia di costituire una semplificazione eccessiva.

A rafforzare il pericolo di semplificazioni eccessive si pone, peraltro, la terza insidia, che forse tra tutte è la più problematica da superare. Le regole che vanno a riempire di contenuti la nozione di diritto (diritti) transnazionale(i), proprio perché hanno un collegamento a dir poco flebile con la sovranità, si connotano soprattutto in termini di *effettività*, il che, però, fa loro perdere un

[8] In tal senso, si pone anche la teorizzazione di G. LHUILIER, *Le droit transnational*, Dalloz, Paris, 2016, che, ai fini dell'identificazione del diritto transnazionale, evoca «*un droit déterritorialisé*» (2 ss.), «*ce qui dépasse le cadre national*» (6 ss.) e «*l'extraterritorialité du droit*» (10 ss.).

[9] V., infatti, H. MUIR WATT, *The relevance of Private International Law to the Global Governance Debate*, in H. MUIR WATT (a cura di), *Private International Law and Global Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2014, 9, che distingue tra *legal order* (statale o meno) e *legal ordering* (espressivo anche dell'autonomia regolativa delle comunità e soggetti transnazionali). In senso analogo, v. G. SCHAFFER, C. COYE, *From International Law to Jessup's Transnational Law, from Transnational Law to Transnational Legal Orders*, in P. ZUMBANSEN (a cura di), *The Many Lives of Transnational Law: Critical Engagements with Jessup's Bold Proposal*, cit., 126.

solido ancoraggio al concetto di fonte legale. Come dire che, una volta che si giunge a cogliere la pregnanza (almeno potenziale) dell'aggettivo «transnazionale», non entra in crisi solo il numero del sostantivo, perché del sostantivo si perdono finanche i capisaldi teorici: le regole che si caratterizzano per la loro transnazionalità non necessariamente possono essere collocate negli schemi della giuridicità, quanto meno nei termini classici. Sganciate dal sistema delle fonti legali, le regole transnazionali presentano sovente connotati che, a tutto concedere, evocano il concetto di *Soft Law*[10], per non arrivare a parlare di produzione giuridica *extra ordinem*. Alla luce di questo, il continuare a proporre la nozione di diritto transnazionale diviene, dunque, un potenziale veicolo di fraintendimenti. Più che di diritto/i transnazionale/i, in altri termini, dovrebbe parlarsi più propriamente di «insiemi di regole – giuridiche ma non solo – discendenti da processi di transnazionalizzazione dei rapporti socio-economici». Con ciò, però, il processo di destrutturazione della nozione può dirsi compiuto: la ricerca di una valenza euristica per il concetto di diritto transnazionale ha aperto la strada a una contestazione delle categorie su cui il concetto poteva poggiare, lasciando sul campo una definizione descrittiva di un elemento (la transnazionalità) che connota una serie di fenomeni distinti (e sovente distanti) produttivi di regole e modelli di comportamento tendenzialmente assistiti tutti da un significativo grado di effettività, ma per il resto differenziati quanto a fondamento, *an* e *quantum* di legittimazione, tipo di *enforcement*, etc.

2. La concezione del *webinar*

La concezione del *webinar* che si introduce muove precisamente dal percorso destrutturante che si è delineato. Alla base di questo incontro, infatti, non si pone alcuna premessa teorica circa la natura o i caratteri del diritto transnazionale, per il semplice fatto che l'ipotesi di partenza è proprio quella dell'impossibilità di identificare natura e caratteri dei fenomeni produttivi di regole transnazionali che non siano quelli intrinsecamente connessi, appunto, alla loro transnazionalità. E, allora, l'impostazione del *webinar* ha seguito una logica affatto diversa, che discende dalla constatazione di cui sopra per farsi logica descrittiva di una serie di processi e – conseguentemente – di forme di produzione di regole. Un intento per lo più descrittivo, che certo non poteva neppure aspirare ad avvicinarsi alla completezza, ma che si è sostanziato nella ricerca di un numero quanto più ampio e variegato possibile di ambiti nei quali la transnazionalità dei rapporti sociali ha ingenerato esigenze di regolamentazione suscettibili di ricondursi nell'alveo che si è cercato finora di disegnare. Si tratta,

[10] Sul quale, v. E. MOSTACCI, *La* soft law *nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, CEDAM, Padova, 2008; A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società post-moderne*, Giappichelli, Torino, 2009.

evidentemente, di una selezione – che si auspica che non venga percepita come arbitraria – dei profili da trattare: una selezione che, comunque, si ritiene che possa proporre piste di riflessione le quali, anche in relazione all'eterogeneità degli spunti e delle problematiche che saranno evocate, si prestino a considerazioni di portata generale.

D'altro canto, in concreto non era percorribile una strada che andasse oltre il proporre una rassegna – lacunosa ma (almeno) evocativa – di quello che la transnazionalizzazione delle regole può essere. In effetti, la transnazionalizzazione, anche in astratto (e *a priori*), presenta declinazioni troppo diverse per essere inquadrate in relativamente poche categorie. Non a caso, non è dato rintracciare vere e proprie classificazioni delle epifanie della normazione di matrice transnazionale; e anche volendo cimentarsi, anche solo per stimolare un dibattito, in una qualche operazione tassonomica, ciò che si può fare non va oltre – a ben vedere – l'individuazione di criteri che fondino, con la transnazionalità di determinate regole, la loro riconducibilità all'ambito concettuale che si va cercando di delineare.

Sulla scorta di queste premesse, possono identificarsi una transnazionalità derivante dall'*oggetto* delle regole (*a*), una transnazionalità collegata al loro *autore* (*b*) e una transnazionalità prodotta dalla *circolazione* (*c*).

(*a*) Un buon numero di regole che si ascrivono solitamente al diritto transnazionale è dato da norme (giuridiche o meno) che si riferiscono ad ambiti i quali sono *naturalmente* transnazionali: per queste norme, si può parlare di una transnazionalità per l'oggetto. Una delle manifestazioni che con maggiore frequenza si associa al diritto transnazionale, e che anzi viene sovente identificata come l'esempio più risalente, è quello della *lex mercatoria*, di matrice medievale e moderna e poi nella riproposizione contemporanea: la transnazionalità discende evidentemente dal fatto che i rapporti che tale insieme di regole va a disciplinare sono rapporti che prescindono da e trascendono il singolo stato, nella misura in cui le relazioni commerciali si connotano per una dimensione transfrontaliera, e il *corpus* di regole si applica in relazione alla qualificazione professionale dei soggetti destinatari (e autori) delle regole medesime, senza che la loro nazionalità abbia, tendenzialmente, rilievo.

Se la *lex mercatoria* è l'esempio che, da un punto di vista storico, meglio illustra l'idea della transnazionalità[11], si deve riconoscere che, oggi, l'esempio che appare di più immediata percezione è senz'altro quello della regolamentazione dell'*Internet*, il cui carattere intrinsecamente transnazionale è troppo ovvio per dover essere argomentato[12].

[11] Sulla *lex mercatoria*, v. il contributo di A.M. LUCIANI, che segue.
[12] In merito alla *lex informatica*, v. il contributo di G.L. CONTI, che segue.

(*b*) La transnazionalità può essere acquisita anche in ragione dell'autore delle regole, giacché, all'evidenza, le norme e i modelli di comportamento che siano espressione di soggetti e di organi che superano la dimensione statuale sono destinati essi stessi a superare le frontiere dei singoli stati.

Una tale definizione evoca, come è chiaro, l'esistenza di organizzazioni internazionali, generali o regionali. Le norme da esse prodotte sono senz'altro esempi di «diritto» (o quello che sia) transnazionale. La definizione primigenia di diritto transnazionale, del resto, anche a questo tipo di fonti faceva espresso riferimento, e non mancano ricostruzioni che colgono il *proprium* del diritto transnazionale precisamente nello sviluppo (o nell'eterogenesi?) di questo diritto attraverso forme nuove di produzione[13].

Se la transnazionalità discendente dall'autore delle regole si esaurisse in questo tipo di esempi, peraltro, la categoria avrebbe un interesse assai limitato, quanto meno per il comparatista (ma non solo). Un interesse certamente superiore è quello che viene suscitato dalla transnazionalità basata sull'autore relativamente a soggetti che, a differenza di quelli appena evocati, non esercitano – direttamente o per delega – attribuzioni sovrane, poiché si collocano al di fuori dello schema pubblicistico della produzione normativa. La loro natura è privatistica e il loro potere «normativo» discende da regole proprie dell'ordinamento (transnazionale) in cui operano, sul presupposto della loro effettività. Anche su questo punto gli esempi che potrebbero menzionarsi sono molteplici, a partire da quelli più tradizionali, corrispondenti alle confessioni religiose, da esse eccettuando, però, quelle che assumono all'interno di uno o più ordinamenti – e in relazione a tali ordinamenti – una configurazione pubblicistica derivante dal collegamento con l'organizzazione statuale. Un esempio di più recente sviluppo, ma che certo ha assunto un peso niente affatto trascurabile, è quello della *lex sportiva*, relativamente alla quale gli ordinamenti sportivi, presenti a livello nazionale, rivendicano una autonomia – giungendosi fino a teorizzare la necessaria incomunicabilità – rispetto al diritto «autoritario» di matrice statuale, potendosi invocare come fondamento di legittimazione (e come protezione dell'autonomia) l'esistenza di un ordinamento sportivo sovranazionale che opera a prescindere dalla dimensione statuale, *ergo* su base transnazionale[14].

[13] Cfr., ad es. K. TUORI, *Vers une théorie du droit transnational*, cit., 13, che evoca una serie di «*exemples de droit transnational*» (tratti dall'esperienza del Consiglio d'Europa, da quella dell'Unione europea e dall'Organizzazione mondiale) i quali «*présentent un mode opératoire similaire: ils ont tous trouvé leur origine dans le droit international, mais ont par la suite pris leurs distances par rapport à ce droit international et, par la même occasion, ont échappé en grande partie au contrôle des États-nations*».

[14] Al riguardo, v. il contributo di S. BASTIANON, che segue, nonché, per l'enfatizzazione delle caratteristiche dell'ordinamento sportivo collegate dalla sua natura privatistica, G. MAZZEI, *Carattere privatistico e transnazionale dell'ordinamento giuridico sportivo*, in *Federalismi.it*, 17 maggio 2017, n. 10.

(*c*) Un'altra accezione che può dirsi ben consolidata di transnazionalità è quella che si collega al concetto di circolazione. Il riferimento va alla circolazione delle soluzioni e dei modelli giuridici, che finisce per creare una serie di norme le quali, isolatamente intese, non possono che dirsi *nazionali* (donde una marcata differenza rispetto alle tipologie sopra viste), ma che, se considerate nel loro complesso (*id est*, come il prodotto ultimo della circolazione), mostrano tra i vari segmenti nazionali una omogeneità di fondo idonea a suggerire l'inverarsi di un fenomeno di transnazionalizzazione delle soluzioni, circolate al di là delle frontiere degli ordinamenti da cui hanno avuto origine[15].

Ora, questa dinamica non evoca soltanto il concetto di transnazionalità, ma richiama (anzi, richiama soprattutto) i flussi su cui i comparatisti tanto si sono soffermati nei loro studi.

Ciò detto, peraltro, se si va ad analizzare come si produce la circolazione, ci si rende conto che anche essa ha assunto, negli ultimi tempi, caratteri ulteriori rispetto a quelli tradizionali, caratteri che possono contribuire a rafforzare la riconducibilità di almeno talune dinamiche all'idea di transnazionalità che si è qui avanzata. La circolazione di cui il diritto comparato si è per consuetudine interessato prevede forme variegate, ma che possono classificarsi ora nell'ambito delle adozioni formalizzate (*id est*, i trapianti) ora nell'utilizzo di soluzioni straniere come fonti di ispirazione. Sul piano eziologico, questa circolazione può portare a fenomeni di recezione che sono il frutto di libere scelte da parte dei singoli ordinamenti o che conseguono a imposizioni più o meno dirette: quale che ne sia l'origine, è chiaro che, sul piano effettuale, le adozioni formalizzate o informali sono espressione di un contesto che favorisce la comunicazione tra ordinamenti e che, proprio per questo, fornisce un *humus* favorevole allo sviluppo di soluzioni transnazionali. Di una transnazionalità, però, che non si allontana dal consueto ancoraggio alla dimensione statuale (quella da cui la recezione parte e in cui la recezione avviene).

Accanto a questo tipo di circolazione, come si accennava, di recente si sono manifestate forme nuove, in relazione alle quali il concetto di transnazionalità assume una rilevanza affatto peculiare. Il riferimento va a quei casi in cui la circolazione viene prefigurata e facilitata, nel senso che i soggetti a essa interessati precostituiscono le condizioni perché determinate scelte vengano condivise da un numero indefinito di operatori giuridici, a prescindere dall'ordinamento nel quale essi agiscano. Questa circolazione «progettata», per così dire,

[15] La nozione di «diritto transnazionale» è stata impiegata in questa accezione soprattutto da A. PIZZORUSSO, *Corso di diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1983, 247 ss. L'Autore ha riproposto questa lettura della transnazionalizzazione delle regole (giuridiche) anche in scritti successivi: cfr., ad es., A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Giuffrè, Milano, II ed., 1998, 321 ss.; A. PIZZORUSSO, *Commentario del Codice civile. Art. 1-9. Fonti del diritto. Disposizioni preliminari*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, II ed., 2011, 739 ss.

presenta una caratteristica piuttosto peculiare, consistente nel ruolo determinante di soggetti privati, cui la progettazione è essenzialmente imputabile. Proprio in questa privatizzazione si coglie, per un verso, la novità rispetto al passato e, per l'altro, l'elemento unificante di una circolazione che può assumere, in concreto, dinamiche piuttosto variegate. In riferimento a queste ultime, pur nella mutevolezza delle manifestazioni, possono comunque individuarsi due grandi categorie.

La prima è quella della circolazione che discende da rapporti paritari tra i soggetti coinvolti: tutti i soggetti tra i quali le soluzioni circolano si pongono su basi tendenzialmente equiordinate (almeno da un punto di vista formale) e dai rapporti tra questi soggetti vengono prodotti regole e modelli di comportamento che si applicano a tutti gli attori coinvolti, secondo gli schemi classici dell'autonomia privata. Un esempio paradigmatico, al riguardo, può essere indicato nei processi di uniformazione a livello europeo di alcune branche del diritto, che si sostanziano in proposte di matrice essenzialmente dottrinale, elaborate in seno a una comunità transnazionale di operatori[16].

La seconda categoria, ben più nutrita, è quella di una circolazione che prende le mosse dall'esistenza di squilibri tra i soggetti coinvolti, squilibri che fanno sì che la circolazione non sia il prodotto di una decisione concordata (come nella prima categoria), bensì di un condizionamento derivante dalla preponderanza di uno o più soggetti rispetto agli altri. Sulla scorta di questa preponderanza, chi si trova in posizione di forza è nelle condizioni di riprodurre una certa soluzione per un numero indefinito di rapporti, imponendo di fatto la sua adozione a un numero indeterminato di soggetti. Gli esempi che potrebbero menzionarsi sono ovviamente moltissimi, ma sarà sufficiente evocare la posizione non propriamente confortevole del singolo utente di *Internet* che intenda creare un *account* Google, e che allo scopo si troverà a dover approvare un contratto per il quale non avrà praticamente alcun margine decisionale se non quello di determinarsi circa il creare o meno l'*account*, senza contare che in molti casi l'utente semplicemente ignorerà i contenuti del contratto, perché la complessità dello stesso lo porterà a non leggerlo neppure. Il caso dell'utente di Google (o di qualunque altro grande operatore dell'*information technology*) è emblematico, ma se ne potrebbero fare altri; e tra questi se ne potrebbero fare non pochi nei quali lo squilibrio non è formalmente (e manifestamente) avvertibile, senza che per questo sia meno condizionante. Si pensi ai rapporti tra le grandi multinazionali e gli stati caratterizzati da una economia debole: nonostante la natura sovrana di questi secondi, è chiaro che siano le prime a condizionare i contenuti di accordi che prevedano, in ipotesi, la creazione di

[16] Con precipuo riferimento all'unificazione del diritto privato, v. il contributo di A. SOMMA, che segue.

fabbriche; e proprio alla luce di questa posizione di forza, i contenuti degli accordi sono destinati a rispecchiare, per l'essenziale, le esigenze delle multinazionali[17]. Poiché le esigenze è presumibile che non mutino a seconda dei territori, deve presumersi altresì che l'imposizione di certi contenuti contrattuali all'interno di uno stato si ripeterà anche con gli ulteriori accordi che vengano fatti in altri stati, provocando così una circolazione transnazionale che avrà come fondamento la sola forza contrattuale di un soggetto.

Una dinamica del tipo appena descritto conduce, inevitabilmente, a una marcata omogeneizzazione a livello dei singoli contratti, ma la spinta all'omogeneizzazione è ulteriormente rafforzata dall'esistenza di clausole compromissorie e di prassi arbitrali, nelle quali, tra l'altro, l'idea della parità tra i contraenti-contendenti è, sovente, qualcosa di molto prossimo a una pia illusione[18].

3. Un punto di vista da cui cercare di cogliere la complessità delle dinamiche in atto

L'abbozzo di classificazione che si è appena proposto è molto opinabile per molte ragioni, tra cui – non ultima – quella di non dar conto della pluralità di forme e declinazioni che la transnazionalizzazione delle regole assume. A voler comunque cercare di rintracciare nella rassegna condotta una qualche utilità, ci si deve probabilmente indirizzare verso il suo essere evocativa della complessità dei fenomeni da descrivere, fenomeni che hanno come elemento effettivamente comune quello di inserirsi in un processo di superamento della dimensione statuale, contribuendo a far emergere alcuni dati che risultano essere componenti essenziali di questo processo[19].

La transnazionalizzazione delle regole, in sostanza, è una buona prospettiva dalla quale indagare, insieme con la conclamata (e probabilmente irreversibile) crisi della sovranità degli stati[20], le rivisitazioni che vanno imponendosi delle

[17] Cfr. M. BUSSANI, *Noi e gli altri. Gli squilibri del diritto globale*, in G. AMATO (a cura di), *Governare l'economia globale nella crisi ed oltre la crisi*, Passigli, Firenze, 2009, 279 ss., il quale, rifacendosi a R.G. RAJAN, *The Future of the IMF and the World Bank*, in *American Economic Review*, vol. 98, 2008, fasc. 2, 114, lucidamente rileva che, se, da un lato, «la interdipendenza economica, la cooperazione militare, commerciale, tecnologica, giuridica, che corre, a differenti livelli e fra attori globali volta a volta diversi, conduce automaticamente a una generale perdita di autonomia per i soggetti statuali», dall'altro «[c]ruciale è però osservare come gli stessi fenomeni finiscano per offrire a Stati ed attori economici più forti (USA, UE, WB, IMF, multinazionali), rispettivamente un'estensione, ed una iniezione di sovranità».

[18] Al riguardo, v. il contributo di L. LORENZINI, che segue, nonché l'analisi di M.R. FERRARESE, *Il* puzzle *della privatizzazione giuridica e l'economia politica. Il caso degli arbitrati in materia di investimenti esteri*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

[19] Sul legame tra lo sviluppo del diritto transnazionale e la progressiva inadeguatezza del potere statuale a normare certi fenomeni, v. G. DE VERGOTTINI, *Diritto transnazionale e omogeneità culturale*, in *Percorsi costituzionali*, 2018, 391 ss.

[20] Per una analisi recente da parte della dottrina italiana, v. V. MASTROIACOVO (a cura di), *Le*

categorie tradizionali del giurista e che, con riferimento alla produzione di regole, evocano, in primo luogo, una crescita assai significativa dell'incidenza che le variabili economico-finanziarie hanno sulle determinazioni dalle quali discendono norme e modelli di comportamento, nel senso che l'attenzione alle implicazioni economico-finanziarie è spesso determinante nella produzione e/o nella circolazione di una regola a livello transnazionale[21]. Questo si collega a un rafforzamento ulteriore delle componenti dell'efficacia e dell'efficienza (appunto, in termini economici, *in primis*) nella valutazione della «bontà» di una regola, a scapito della dimensione della pura legittimità.

Ancora, un dato inequivocabile, che anzi viene ritenuto da molti come addirittura fondativo della nozione di «diritto transnazionale», è lo spostamento ben visibile del punto di equilibrio tra diritto pubblico e diritto privato, nel senso di una crescente importanza del secondo anche nella produzione di modelli di comportamento. Le regole sono sempre meno il risultato di un atto di autorità e sempre più il portato di atti di autonomia. Formalmente. In concreto, però, l'alternativa autorità/autonomia assume una coloritura ben più scura di quella che i termini farebbero supporre. L'autonomia, infatti, è sempre più un attributo riservato al soggetto più forte, che dietro lo schermo delle categorie privatistiche riesce a imporre regole le quali, di conseguenza, sono frutto di scelte autonome solo in teoria, giacché, in realtà, sono espressione di una autorità – non dichiarata ma ben presente sotto mentite spoglie – di un soggetto; un soggetto che, in ragione del potere (di solito) economico che può vantare, comprime i margini di scelta del soggetto più debole fino ad annichilirli.

Seguendo il crinale appena disegnato, si giunge a uno dei punti più critici in assoluto dei processi di transnazionalizzazione. Se cambia, rispetto alla tradizione, l'equilibrio tra autorità e autonomia nella produzione di regole, ma se l'autonomia è tale solo in linea teorica, poiché di fatto l'autonomia cela una componente di autorità in capo a un soggetto privato, allora si pone un problema di legittimazione delle regole così prodotte. La legittimazione, infatti, non può venire dall'autonomia, una volta che se ne siano individuati i caratteri puramente formali. D'altro canto, l'autorità non dichiarata del soggetto più forte, che è la vera base di molte regole di valenza transnazionale, è una fonte per la quale è tutt'altro che agevole rintracciare una legittimazione «accettabile», alla luce dell'inveramento e del consolidamento dei canoni dello stato

sovranità nell'era della post globalizzazione, Atti del Convegno di Foggia, 1° marzo 2019, Pacini, Pisa, 2019. Sul collegamento tra diritto transnazionale e crisi della sovranità, v. S. SASSI, *Diritto transnazionale e legittimazione democratica*, Wolters Kluwer-CEDAM, Milano, 2018, 9 ss.

[21] Esempi di questa tendenza, inquadrati nel contesto finanziario globale, sono offerti da A. PISANESCHI, nel contributo che segue. Per una analisi dal punto di vista dell'erosione dei poteri statali discendenti dalla globalizzazione economica, v., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, E.C. RAFFIOTTA, *L'economia del XXI secolo tra diritto globale e ordinamenti nazionali: la forza del mercato e la debolezza dello Stato*, in *Percorsi costituzionali*, 2018, 499 ss.

democratico di diritto. Se l'autorità pubblica, allorché produce diritto, lo fa sulla base di una legittimazione democratica, più o meno diretta, ma pur sempre rintracciabile[22], le dinamiche di produzione che animano buona parte delle regole transnazionali sfuggono completamente a questo schema[23], finendo per suggerire la assai poco rassicurante immagine della *jungla*, in cui il più forte detta legge in quanto tale.

Si potrebbe cercare di mitigare il pessimismo ingenerato da queste considerazioni sottolineando che i processi di transnazionalizzazione si sono associati con rimarchevole frequenza all'enfatizzazione dei diritti come fulcro su cui appuntare l'attenzione[24], al fine di garantire un progresso negli *standards* di tutela delle situazioni giuridiche soggettive, da un lato, attraverso il dialogo tra organi e soggetti (di natura per lo più giurisdizionale) provenienti da ordinamenti diversi e, dall'altro, attraverso la limitazione, grazie ai condizionamenti sovra- e transnazionali, di possibili pulsioni liberticide da parte dei poteri.

Può assumere indubbiamente importanti riflessi il fatto di configurare i diritti alla stregua del vettore di comunicazione tra sistemi, a scapito della dimensione «autoritaria» dei poteri, che ha connotato, per tutta l'età moderna e fino a poco tempo fa, la narrativa dei rapporti che superavano la dimensione statuale (emblematica, al riguardo, è la definizione classica del diritto internazionale come diritto tra stati). Il problema risiede, però, nel fatto che l'enfasi

[22] La natura della legittimazione muta, ovviamente, all'interno dei singoli ordinamenti a seconda che gli atti normativi provengano da organi direttamente rappresentativi del popolo o da organi che siano espressione indiretta dello stesso. Un analogo schema può applicarsi a quelle organizzazioni sovranazionali che producono atti imputabili a organi che sono espressione degli Stati (*ergo*, con legittimazione indiretta) ovvero, come nel caso del Parlamento europeo, che sono espressione diretta del popolo.

[23] *Contra*, per una interessante, ma forse un po' ottimistica lettura, almeno allo stato attuale dei rapporti che fondano le regole vigenti a livello transnazionale, v. S. SASSI, *Diritto transnazionale e legittimazione democratica*, cit., *passim*, la quale pone in rilievo la circostanza che, nella varietà delle manifestazioni in cui il diritto transnazionale si articola, si rintracciano in maniera sempre più diffusa fenomeni di partecipazione popolare, mediante i quali, tra l'altro, si scardina la tradizionale visione statocentrica che connota(va) il diritto internazionale (v. anche S. SASSI, *Diritto transnazionale vs. diritto internazionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 marzo 2018). La tesi è senz'altro suggestiva e può contare su argomenti che, nel corso del tempo, tendono in certa misura a rafforzarsi. Rispetto alla lettura che si è qui proposta, tuttavia, deve probabilmente evidenziarsi uno iato non secondario: l'Autrice ragiona di *diritto* transnazionale, in relazione al quale il rafforzamento della legittimazione democratica è più agevolmente argomentabile, mentre se l'ambito di analisi perde la delimitazione data dalla giuridicità delle regole, allora l'estrinsecazione della legge del più forte è un tratto che acquisisce un carattere ben più pervasivo. Per un recente dibattito relativo a queste tematiche, che ha preso avvio proprio dalla presentazione del volume di S. Sassi, v. la sezione «*Cronache extravaganti*» della rivista *Lo Stato*, 2020, n. 14, 389 ss. (per una sintesi del dibattito, e per un inquadramento in prospettiva storica della nozione di «diritto transnazionale», v. R. TARCHI, *A proposito del diritto transnazionale. Riflessioni a margine di un seminario pisano*, *ivi*, 439 ss.).

[24] Sull'importanza della componente dei diritti individuali nel processo di transnazionalizzazione delle regole, v. il contributo di G.F. FERRARI, che segue.

riposta sui diritti rischia di essere retorica, se non c'è un apparato coercitivo *pubblico* che sia in grado di farli rispettare[25]. Il rafforzamento delle dinamiche transnazionali, specie nelle forme diseguali di cui si è parlato, rischia di contribuire in modo decisivo a minare la capacità degli apparati tradizionali (quasi esclusivamente statuali) di rendere effettive le declaratorie inerenti alla protezione dei diritti. Un paradosso non da poco, quindi: mentre i diritti assumono una importanza crescente nella costruzione teorica dei sistemi, nei fatti si erode in maniera sempre più risoluta la base su cui rendere solidi il loro riconoscimento e la loro tutela, lasciando campo aperto alla produzione di regole e modelli di comportamento che prescindono da qualunque controllo grazie allo iato incolmabile tra quello che dicono di essere (atti di autonomia) e quello che in concreto sono (imposizioni).

Si tratta, evidentemente, di un aspetto di estrema importanza, non solo per cogliere l'essenza del processo di transnazionalizzazione delle regole che è in atto, ma anche – e forse soprattutto – per comprendere come le categorie tradizionali possano essere utilmente impiegate, non solo per spiegare, ma anche, auspicabilmente, per cercare di inquadrare dinamiche che rischiano di sfuggire alla comprensione del giurista. L'incontro che qui si introduce vorrebbe essere un piccolo contributo in questo senso, nella ovvia consapevolezza relativa alla lunghezza e alla difficoltà della strada che la scienza giuridica è chiamata a percorrere nei prossimi anni per dar veste formale alle regole transnazionali e, al contempo, per garantire (quanto meno) l'accettabilità dei loro contenuti.

[25] In quest'ottica, non sono forse da sottovalutare le implicazioni teoriche sottese alla tesi secondo cui «[*i*]*n the transnational realm, however, constitutionalism hits at its limits and both theory and practice of transnational law would benefit from relying on principled legal pluralism rather than constitutionalism*» (così M. AVBELJ, *Transnational Limits of Constitutionalism*, in *Percorsi costituzionali*, 2018, 435).

LA NUOVA LEX MERCATORIA*

ANNE MARIE LUCIANI **

Sommario

Premessa. – 1. Le origini della teoria. – 2. L'alterazione nel ventesimo secolo della teoria della *Lex mercatoria.* – 3. La *Lex mercatoria* oggi e domani.

Abstract

The debate over the Lex mercatoria fascinates jurists since many years, as well as other kinds of specialists. It interests also economists, philosophers and many other researchers, because it leads to examine the relations with power, as well as ways to share it and exercise it. The controversy will not end soon and maybe it will never end. Thus, it is necessary to search what is new. For that purpose, it is also needed to review the history of the Lex mercatoria from its origins to nowadays and to identify its evolutions and its changes.

Suggerimento di citazione

A.M. LUCIANI, *La nuova lex mercatoria,* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 1/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al webinar *L'impatto delle dinamiche transnazionali sui sistemi normativi* svoltosi il 23 novembre 2020 e organizzato dall'Università di Pisa, con le associazioni DPCE e AIPC, nell'ambito del Progetto di ricerca di Ateneo 2018-2019 su *Diritto senza politica. Le forme della produzione giuridica nell'epoca transnazionale*.

** Professoressa presso l'Università di Corsica Pasquale Paoli. Co-Direttrice del EMRJ (Équipe Méditerranéenne de Recherche Juridique).

Contatto: luciani_am@univ-corse.fr.

© 2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 1/2021
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

Premessa

Il tema che si andrà a trattare nel presente lavoro è, per molti versi, enigmatico.

In primo luogo, tra le varie definizioni della *Lex mercatoria*, date dai numerosi autori che l'hanno teorizzata, si possono apprezzare sfumature diverse. Philippe Fouchard la dipinge come un insieme di norme specifiche per il commercio, che si formano in modo consueto all'interno di una comunità internazionale di commercianti e che costituiscono un diritto commerciale proprio internazionale o a-nazionale[1]; in merito a tale ultimo punto, si deve precisare che Fouchard preferisce parlare di diritto a-nazionale, piuttosto che utilizzare l'espressione "diritto transazionale", della quale, invece, si avvale Berthold Goldman[2]. B. Cremades e S. Plehn definiscono la *Lex mercatoria* come un corpo legislativo unico e autonomo creato dalla comunità imprenditoriale internazionale[3].

Tra le varie definizioni vi sono molteplici punti in comune: la *Lex mercatoria* è da tutti riconosciuta come un insieme di regole giuridiche create spontaneamente dagli stessi attori del commercio internazionale e finalizzate a disciplinare, nello specifico, le relazioni commerciali internazionali. Certi autori fanno dell'autonomia e dell'a-nazionalità caratteri tipici della *Lex mercatoria*, altri lasciano tali aspetti in secondo piano.

La teoria della *Lex mercatoria* è stata particolarmente sviluppata a partire dagli anni sessanta, prima dalla dottrina francese, poi da quella anglosassone. Questi autori, nei loro studi, parlavano di riscoperta o di rinascimento, dunque, è necessario chiedersi se la *Lex mercatoria* possa essere considerata una legge senza tempo e in che termini si possa parlare di novità. Si consideri, inoltre, che già alcuni articoli degli anni ottanta erano citavano la "nuova *Lex mercatoria*"[4]. Di qui, due ulteriori interrogativi: quando è ricomparsa, la *Lex mercatoria* ha subito una mutazione? dagli anni '60 ad oggi si è assistito a un'ulteriore evoluzione?

In realtà, cambiando il contesto a seconda dell'epoca, sono i termini della controversia relativa alla *Lex mercatoria* – e non tanto la *Lex mercatoria* stessa – ad essere in perpetua evoluzione. Questo dibattito – che appassiona da tanti anni non solo i giuristi, ma anche gli economisti, i filosofi e tanti altri studiosi – ha ad oggetto un tema che porta a interrogarsi sul Potere, sul modo di

[1] P. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, Paris, 1965, 401.

[2] B. GOLDMAN, *Frontières du Droit et Lex mercatoria*, in *Archives de philosophie du Droit*, 177 ss.

[3] B. CREMADES e S. PLEHN, *The new Lex Mercatoria and the Harmonization of International Commercial Transactions*, in *Boston University International Law Journal,* 1984, 317.

[4] B. CREMADES e S. PLEHN, *The new Lex Mercatoria and the Harmonization of International Commercial Transactions*, cit; M. MUSTILL, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years,* in *Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilberforce*, 1987, 149 ss.

condividerlo e su come esercitarlo: si tratta, quindi, di una *quaestio* che non si esaurirà presto e forse che non si esaurirà mai.

Per scoprire la novità – qualora vi sia stata – è necessario ripercorrere la storia della teoria della *Lex mercatoria*, dall'origine ad oggi, individuandone gli sviluppi e i cambiamenti.

1. Le origini della teoria

Alcuni autori lexmercatoristi del ventesimo secolo fanno risalire – senza, tuttavia, andare esenti da critiche – all'epoca romana la comparsa di regole specifiche e spontanee del commercio internazionale.

La *Lex mercatoria* è stata descritta da Goldman come "una venerabile signora anziana scomparsa due volte e due volte rianimata". Con tale locuzione, il giurista si riferiva, prima, alla scomparsa del *jus gentium* romano[5], causata dalla rottura del mondo romano e alla ricomparsa della *Merchant Law*, nell'Europa dell'XI secolo, con la rinascita del commercio internazionale. La seconda scomparsa, invece, è fatta risalire da Goldman al XVII secolo, quando gli Stati nazionali localizzarono e nazionalizzarono il diritto commerciale; quest'ultimo periodo durò, secondo lo studioso, fino al XX secolo, quando si poté assistere al ritorno di una moderna *Lex mercatoria*.

Il riferimento allo *jus gentium* romano, inteso come precedente storico della *Lex mercatoria*, può peraltro essere oggetto di contestazione. Fino all'editto di Caracalla del 212, infatti, il diritto romano distingueva i cittadini romani dai peregrini, uomini liberi ma non cittadini. Lo *jus gentium* fu così sviluppato dai pretori peregrini per risolvere le controversie tra i cittadini e i peregrini, in particolare nell'ambito commerciale. Si possono trovare, tuttavia, tante differenze fra la *Lex mercatoria* e lo *jus gentium*, in quanto lo *jus gentium* non concerneva solo i commercianti, le sue fonti non erano internazionali e, infine, non aveva un'origine consuetudinaria ma giurisprudenziale.

Più rilevante è, viceversa, il paragone con il Medioevo, caratterizzato per essere un'epoca storica nella quale i commercianti, di vari paesi, si incontravano in importanti fiere. Proprio in tale tessuto sociale, assumeva rilievo la figura del giudice consolare, la cui procedura era rapida e le cui sentenze erano eseguite direttamente in fiera. Si noti, però, che i giudici consolari non erano giudici statali, come oggi gli arbitri. La maggior parte del commercio si svolgeva nelle fiere di Champagne dove i mercanti di paesi diversi si incontravano e concludevano contratti senza che ci fosse un ordine giuridico formale in grado di farli rispettare. I giudici privati che amministravano queste regole non

[5] P. FRANCESCAKIS, *Droit naturel et Droit international privé*, in AA.VV., *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz, Paris, 1960, 113.

avevano il potere giudiziario di forzare il rispetto dei contratti[6]. Nell'Inghilterra del XIV secolo, la Lex mercatoria divenne un modo di risolvere le controversie in modo informale e rapido man mano che si diffondeva in risposta al nuovo-Common Law, più lento e complesso. In questo modo, venne alla luce una giurisprudenza dei giudici consolari e un diritto foraneo, specifico al commercio transnazionale e riunito in raccolte. La versione più antica di tali raccolte risalirebbe, all'incirca, al 1280: si tratta di un libro scritto in latino intitolato *Lex mercatoria*, ma più noto come *The Little Red Book of Bristol.* Tale codice giuridico, legato alla borsa di Bristol, costituì un sistema di leggi che permisero di regolare le transazioni commerciali internazionali, evitando le divergenze tra i diversi sistemi nazionali.

Infatti, se questi precedenti storici rispecchiano un fenomeno (ovvero la creazione spontanea di norme specifiche del commercio internazionale), tuttavia non contemplano i rapporti tra le norme spontanee, oggetto di studio, e il diritto degli Stati[7].

Per comprendere l'origine della teoria della *Lex mercatoria* – e non solo del fenomeno della creazione delle regole transnazionali, specifiche del commercio internazionale – occorre, prima, conoscere il contesto in cui si è sviluppato il pensiero in merito a tale teoria.

Da questo punto di vista, è opportuno risalire alle opere dei primi autori mercantilisti del XVII secolo[8], in quanto i loro scritti costituiscono una giustificazione dell'attività commerciale e della sua nobiltà. La nozione stessa di commercio, il suo rapporto con la società e le altre attività umane sono al centro della riflessione di tali studiosi, pertanto si è potuto parlare di "umanismo commerciale". La tesi di O. Hirschman[9] dimostra che il commercio viene considerato, da questi studiosi, come una pratica di collegamento tra il diritto e l'economia; questo raccordo non si esaurisce nella semplice ricerca del profitto, ma è l'espressione di una tendenza naturale dell'umanità allo scambio. Il commercio viene ad essere inteso, invero, come un vettore essenziale della civilizzazione e non solo come uno strumento al servizio della potenza dello Stato o degli interessi individuali.

Nel XVII secolo, in Inghilterra, per difendere le loro opinioni politiche, scrittori svilupparono il concetto di *Old Law Merchant* e si avvicinarono a questo corpo di legge medievale conosciuto come *Lex mercatoria* attraverso il

[6] P. MILGROM, D. NORTH e B. WEINGAST, *The Role of Institutions in the Revival of Trade : The Law Merchant, Private Judges And the Champagne Fairs, Economics and Politics*, marzo 1990, p. 1.

[7] B.L. BENSON, *The Spontanenous Evolution of Commercial Law, in Southern Economic Journal*, 55, 1989, p. 658 ss.; R. MICHAELS e N. JANSEN, *Private Law beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization,* in *Am. J. Comp. L.*, 54, 2006, p. 843 ss.

[8] E. MARQUER, *Doux commerce et droit naturel: la fable de la lex mercatoria*, in *Astérion*, 2019.

[9] A.O. HIRSCHMAN, *The passions and the Interests*, Princeton University Press, Princeton, 1977.

prisma della loro visione del commercio[10].

Particolarmente rilevante è il libro di Gerard de Malynes, dal titolo *Consuetudo, Vel Lex Mercatoria o The Ancient Law-Merchant,* la cui prima edizione risale al 1622.

L'autore scriveva*"I have intituled the book according to the ancien name of Lex Mercatoria, and no* Ius Mercatorum*; because it is a customary Law, approved by the authority of all Kingdomes and Commonwealths, and not a law established by the Sovereignty of any Prince, either in the first foundation, or by continuance of Time "*[11]

Gerard de Malynes è stato uno scrittore e mercante britannico, membro della Società dei mercanti, Consigliere del Governo e funzionario della zecca. I suoi scritti si scagliano contro gli speculatori, propugnando il recupero delle regole commerciali internazionali. Fu uno dei maggiori esponenti del mercantilismo, e sostenne fortemente la necessità di porre dazi all'importazione delle merci e di proibire l'esportazione di metalli preziosi.

Malynes sviluppò una vera difesa dell'attività commerciale attraverso argomentazioni economiche, morali e sociologiche, come si può apprezzare dalla sua asserzione "*Vera lex est recta lex. Natura congruens, diffusa in omnes, Constans sempiterna*".

Per Malynes, la *Lex mercatoria* è anteriore alla legge civile, è basata sull'equità (come il diritto naturale o consuetudinario) e non è soggetta a variazioni storiche, ma è costante e permanente. Proprio questa stabilità sarebbe ciò che ha permesso ai Regni e alle Repubbliche di arricchirsi.

Il commercio è un mezzo di civilizzazione e gli scambi sono la forma più diffusa di relazione tra gli uomini, pertanto è importante non limitare la loro pratica solo alle classi nobili. Di conseguenza, Malynes vede nella *lex mercatoria* un "*peaceble instrument*".

L'idea che il commercio sia inerente alla Pace, si ritrova, anche, nel pensiero di diversi autori del XVIII secolo, tra i quali Montesquieu e Smith, che attribuiscono all'economia di mercato una funzione civilizzatrice.

Nello "Spirito delle leggi" (1748), Montesquieu sosteneva che il libero scambio è un "*doux commerce*" (dolce commercio), che non richiede l'uso delle armi per trovare ricchezza nei territori conquistati. Nella "Ricchezza delle nazioni" (1776), Adam Smith affermava che il libero scambio favorisce la costruzione pacifica dell'ordine pubblico attraverso l'accordo pattizio tra individui. Lo stesso discorso si trova anche in Voltaire, quando asserisce: "*Entrate nella Borsa di Londra, luogo più rispettabile di tante corti; vi trovate riuniti, per*

[10] D. DE RUYSSCHER, *La Lex mercatoria contextualisée, tracer son parcours intellectuel*, *Revue historique de droit français et étranger*, 2012, p. 499.

[11] G. MALYNES, *Consuetudo,vel, lex mercatoria or the ancient law merchant*, The Lawbook Exchange, Clark, 2014.

l'utilità degli uomini, rappresentanti di tutte le nazioni. Là, il giudeo, il maomettano e il cristiano trattano l'uno con l'altro come se fossero della stessa religione, e chiamano infedeli soltanto coloro che fanno bancarotta; là, il presbiteriano si fida dell'anabattista, e l'anglicano accetta la cambiale del quacchero"[12].

In origine, dunque, la *Lex Mercatoria* è stata concepita al servizio degli Stati. Il commercio, secondo i sostenitori della *lex mercatoria* – a cominciare dallo stesso Malynes – svolgeva la funzione di promozione della pace tra le Nazioni ed era a sostegno di un cosmopolitismo con sfumature umanistiche; altri autori, invece, consideravano il commercio come un'arma al servizio dello Stato e uno strumento di colonizzazione. Per tutti, tuttavia, gli interessi dello Stato e gli interessi del commercio convergevano.

Fu durante la sua ricomparsa che si affermò l'autonomia della *Lex mercatoria.*

2. L'alterazione nel ventesimo secolo della teoria della *Lex mercatoria*

Nel 1964, Berthold Goldman pubblicò un articolo, divenuto famoso, sulla *Lex mercatoria*[13], cui, lo stesso anno, Clive Schmitthoff dedicò uno studio non meno illustre[14]. Da allora, la questione ha dato origine a una abbondante letteratura.

Al pari di Berthold Goldman[15], gli autori lexmercatoristi concepivano la *Lex mercatoria* come un terzo ordinamento giuridico, accanto a quelli nazionali e internazionali[16], facendo riferimento alla teoria di Santi Romano. Si ricordi, infatti, che questi mirava a integrare la realtà sociale nell'ordinamento giuridico: non contestava che la legge fosse un insieme di standard, ma credeva che essa fosse molto di più. Per lui l'ordine sociale stabilito dalla legge non era quello che risultava dall'esistenza di norme, di tutte le fonti, che regolavano i rapporti sociali. La legge non escludeva queste norme, anzi le utilizzava, integrandole nella sua sfera, senza precederle o dominarle. Ciò significava che la legge, prima di essere una norma, prima di avere a che fare con uno o più

[12] F. VOLTAIRE, *Lettera VI*, in R. CAMPI (a cura di), *Lettere filosofiche*, Foschi, Forlì, 2016.

[13] M.B. GOLDMAN, *Frontières du droit et Lex mercatoria*, in *Archives de philosophie du droit*, 1964,177 ss.

[14] D. DE RUYSSCHER, *Conceptualizing Lex Mercatoria, MALYNES, SCHMITTHOFF and GOLDMAN compared,* in *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* 3 agosto 2020, 1 ss.

[15] M.B. GOLDMAN, *Règles de conflits, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international*, in *Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé*, 1970, 119 ss.; M.B. GOLDMAN, *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalités et perspectives*, in *Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé*, 2, 1980, 221 ss.; M.B. GOLDMAN, *Une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria, l'affaire Norsolor*, in *Revue de l'arbitrage,* 1983, 379 ss. ; Id., *Nouvelles réflexions sur la lex mercatoria*, in C. DOMINICÉ, R. PATRY, C. REYMOND (a cura di), *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, 1993, 241 ss.

[16] P. KAHN, *La vente commerciale internationale*, Sirey, Paris 1961; P. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, Paris, 1965, 401 ss.

rapporti sociali, dovesse essere organizzazione, struttura, atteggiamento della stessa società, nella quale era in vigore e dalla quale si costituiva in un'ente che esisteva di per sé. Tale approccio è definito istituzionalista: ogni istituzione è un ordine legale e ogni ordine giuridico è un'istituzione. La teoria di Santi Romano si basava sulla massima "*ubi jus ibi societas; ubi societas ibi jus*" e non riservava la qualifica di istituzione solo a organizzazioni che avevano raggiunto un certo grado di sviluppo, come lo Stato moderno. Egli non pensava che la società preesistesse la legge, ma che fosse legge. Quindi, per Santi Romano vi era una pluralità di ordinamenti giuridici e lo Stato non poteva avere il diritto esclusivo di pretendere questa qualità. Il giurista riconosceva, invece, tale qualifica all'ordine internazionale, alla Chiesa, alla mafia: ciò gli permetteva di considerare i rapporti tra questi vari ordini in termini di *rilevanza*. Santi Romano, invero, affermava che ogni ordinamento giuridico riconosceva o non riconosceva la rilevanza di altri ordini legali e questo riconoscimento era concesso o rifiutato da un ordinamento giuridico, a seconda delle condizioni di conformità che stabiliva.

Gli autori lexmercatoristi considerano la *Lex mercatoria* come un ordinamento giuridico, secondo la concezione di Santi Romano, poiché esisterebbe una società di mercanti internazionali[17], capace di produrre le proprie regole e di avere il proprio giudice naturale: l'arbitro. Queste regole, create in modo spontaneo dagli operatori del commercio internazionale e specifiche per il commercio, sarebbero numerose.

In primo luogo, ci sarebbero gli usi. Partecipano alla lex mercatoria soltanto gli usi del commercio internazionale e non quelli delle parti contraenti. La Convenzione sulla vendita internazionale di beni indica, all'art. 9, c. 2, che "*Salvo convenzione contraria delle parti, queste si considerano tacitamente riferite nel contratto e per la formazione ad ogni uso di cui fossero o avrebbero dovuto essere a conoscenza e che, nel commercio internazionale, è ampiamente conosciuto e regolarmente osservato dalle parti di contratti dello stesso tipo nel settore commerciale considerato*". Sempre in materia internazionale, la legge tipo dell'UNCITRAL sull'arbitrato commerciale internazionale dispone, all'art. 28, c. 4, che: "*In ogni caso, il tribunale arbitrale (...) tiene conto degli usi del commercio applicabili alla transazione*". Inoltre, ai sensi dell'art. 7 della Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale, firmata a Ginevra il 21 aprile 1961: "*Gli arbitri terranno conto delle clausole del contratto e degli usi del commercio*". Analogamente alle norme di diritto che possono essere imperative o suppletive, anche gli usi commerciali, in generale, e internazionali, in

[17] M. NICOLINI, *Benefitting the Commerce of the Mother Country: paradigmi 'coloniali', law merchant e globalizzazione politica,* in *Ann. Dir comp. st. legislativi*, 2017; P. ZICCARDI, *Diritto internazionale,* in *Enc. Dir*.

particolare, possono rientrare in una di queste categorie. In occasione di un caso di arbitrato del 1994, la Camera di commercio internazionale ha ricordato che il tribunale arbitrale ha il potere di basare la sua decisione sugli usi commerciali. Agli usi propriamente detti, Berthold Goldman aggiungeva i contratti-tipo del commercio internazionale, le nuove figure contrattuali e le regole elaborate da organismi privati internazionali, dimostrando i legami tra la *Lex mercatoria* e l'autonomia della volontà.

Il cuore della *Lex mercatoria*, però, avrebbe sede nei principi commerciali transnazionali. Ciò che distingue i principi generali dal diritto dai principi commerciali transnazionali è innanzitutto la loro origine. Contrariamente ai principi generali del diritto, i principi commerciali transnazionali non si discostano da un testo costituzionale o legislativo, ma da una pratica commerciale internazionale che comporta, oltre agli operatori propriamente detti, istituzioni come la CCI, la Camera arbitrale marittima di Parigi, o la Camera arbitrale di Londra, la cui influenza è indubbia e di grande evidenza. Infatti, questi principi transnazionali sono messi in luce dagli arbitri a partire da un'osservazione della convergenza dei diritti nazionali; questa ricerca comparativa deve, tuttavia, essere condotta su di un livello generale, senza bisogno di essere approfondita. Questi principi– o queste convergenze – constatati devono essere riletti all'interno della comunità commerciale internazionale, cioè alla luce della pratica della *Societas Mercatorum.*

Infine, si deve far riferimento anche ad ulteriori fonti come le leggi uniformi (in particolare la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci), le codifiche (CCI, UNIDROIT e UNCTAD) e la giurisprudenza arbitrale.

Lexmercatoristi e anti-lexmercatoristi si accordano sull'esistenza di queste regole, nate dalla prassi degli operatori o dei giudici del commercio internazionale. La controversia, di contro, concerne il fatto che queste norme costituiscano o meno un ordinamento giuridico.

Se si considerasse la *Lex mercatoria* è un ordinamento giuridico, vi sarebbero delle importanti conseguenze pratiche:

- l'arbitro, che deve deliberare in diritto, dovrebbe applicare la *Lex mercatoria*;
- l'arbitro dovrebbe applicare d'ufficio la *Lex mercatoria* nelle controversie tra due operatori del commercio internazionale, a meno che questi la abbiano esclusa;
- davanti all'arbitro, la *Lex mercatoria* dovrebbe prevalere sull'ordinamento giuridico del foro;
- l'ordine pubblico della *Lex mercatoria* dovrebbe prevalere sull'ordine pubblico statale.

In realtà, se la considerassimo un ordinamento giuridico, la *Lex mercatoria* permetterebbe di sfuggire all'imperatività degli ordinamenti giuridici statali.

Di qui, la differenza con la teoria elaborata nel XVII secolo. Spesso, il metodo delle regole transnazionali o della *Lex mercatoria* è stato utilizzato per due scopi diametralmente opposti, ma ugualmente condannabili: fare della volontà delle parti la norma ultima, come aveva sostenuto precedentemente la teoria del contratto senza legge[18] o, al contrario, ostacolare la volontà delle parti di vedere gli arbitri applicare una legge statale determinata.

Lagarde, invece, rifiuta di concepire la *Lex mercatoria* come un ordinamento giuridico e ritiene che essa non sia altro che una raccolta di regole, piccole isole di organizzazione, provenienti al più da una pluralità di società di commercianti[19]. Lagarde sottolinea, però, la dipendenza della *Lex mercatoria* rispetto ai diritti nazionali, che regolano unicamente le questioni legate alla capacità o al consenso delle parti contraenti. La *Lex mercatoria*, difatti, si occupa solo di alcune questioni del commercio internazionale e non si dedica alle questioni generali di capacità e consenso, che, invece, rientrano generalmente nelle leggi di ordine pubblico nazionali, alle quali i contraenti internazionali non possono validamente sottrarsi; di qui una suddivisione minima delle norme applicabili ai contratti internazionali.

Per altri autori si tratterebbe solo di un diritto vago o contradittorio che consacra principi molto ambigui e contrastanti, come la forza vincolante dei contratti e la teoria dell'imprevedibilità[20].

Berthold Goldman replica che questo rimprovero, formulato nei confronti della *Lex mercatoria*, potrebbe essere prospettato anche contro l'ordine del diritto internazionale: l'ordine del diritto internazionale non dispone né di un'organizzazione completa, né di mezzi di coercizione efficaci come quelli degli Stati, tuttavia, né la sua esistenza né il suo carattere giuridico sono contestati. Di conseguenza, nonostante la *Lex mercatoria* non disponga – al pari dell'ordine internazionale – né di un'organizzazione così completa, né di mezzi di coercizione altrettanto efficaci di quelli degli Stati, non vi è motivo di mettere in discussione l'esistenza o la giurisprudenza di quest'ultimo ordine. Il pensiero di Goldman, però, si è evoluto e il giurista è arrivato, infine, a chiedersi se fosse veramente indispensabile che la *Lex mercatoria* costituisse un ordinamento giuridico; in particolare, Goldman si interrogava se si potesse parlare di un ordinamento giuridico perfetto e completo, le cui regole potessero essere considerate regole di diritto, e se tale ordinamento potesse integrare, come gli altri

[18] W.J. KASSIR, *Autonomie de la volonté et contrat sans loi en droit international privé*, LGDJ, Paris, 2019.

[19] P. LAGARDE, *Approche critique de la lex mercatoria*, in *Le droit des relations économiques internationales*, 1982, 135 s.

[20] A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce,* L.G.D.J., Paris, 1984, 561 ss.; G.R. DELAUME, *The Proper Law of State Contracts and Lex Mercatoria: A Reappraisal*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 3, 1988, 79 ss.

ordinamenti giuridici, i principi generali del diritto o elaborare progressivamente tali principi, a partire da usi generalmente e costantemente seguiti. Goldman ammetteva, quindi, che la *Lex mercatoria* fosse un ordine potenziale, in divenire: il dibattito si era dunque spostato, dalla qualificazione di ordinamento giuridico, a quella di regola di diritto. In questa prospettiva, l'accento è stato posto, più che su di un ordinamento giuridico perfetto, sull'esistenza di una *societas mercatorum*. Tuttavia, anche l'esistenza di quest'ultima è contestabile, perché priva di solidarietà e di giuridicità. Da un lato, gli interessi di diversi operatori del commercio internazionale, non solo non sono sempre uguali, ma spesso sono anche opposti. Da l'altro lato, se la giuridicità di una norme e l'appartenenza all'ordine giuridico possono essere definite come la possibilità di sottomettere la norma stessa al giudice o all'arbitro[21], si può rilevare che tale non è il caso della *Lex mercatoria*. Per diverse ragioni, gli arbitri non sono i giudici della *Lex mercatoria*. Se così fosse, essi l'applicherebbero d'ufficio, senza ricorrere alla ricerca di una legge applicabile, in assenza di una volontà espressa delle parti. Per di più, un giudice è, per definizione, un organo incaricato a pieno titolo di dirimere le controversie sorte in una società che gli ha dato l'autorità di farlo. Invece, l'arbitrato si basa sulla volontà delle parti di rispettarlo. Le sentenze arbitrali non sono accompagnate dall'*exequatur* e si deve ricorrere al giudice statale per la loro esecuzione forzata. Da questo punto di vista, Goldman rilevava che, per la maggior parte, le sentenze venivano eseguite dalle parti in modo spontaneo, per timore di essere messi al bando dalla *societas mercatorum*.

Il mutamento della teoria della *Lex mercatoria,* intervenuto negli anni sessanta, può preoccupare per vari motivi. La *societas mercatorum*, così come descritta dai suoi promotori, è caratterizzata da una mancanza di democrazia, sia nella definizione delle sue regole, sia nell'esercizio della giustizia. Montesquieu ha sicuramente idealizzato il concetto, nel definire e concepire il libero scambio come un commercio dolce, in quanto il primo è spesso, più che di pace, fonte di guerra. Altri aspetti del pensiero di Montesquieu hanno, invece, avuto un destino più felice, basti pensare alla sua teoria della separazione dei poteri. Nel preteso ordinamento giuridico, dipinto dagli autori lexmercatoristi degli anni sessanta, questa separazione non esisterebbe, così come non esisterebbe, neanche, alcuna garanzia dei diritti fondamentali. Che pensare di una società che non solo produrrebbe le sue norme senza alcun dibattito e senza alcun contropotere, ma che, inoltre, garantirebbe l'autorità della sua giustizia attraverso l'esclusione, senza alcuna forma di ricorso?

[21] J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, Paris, Quadrige, 1994; G. TEUBNER, *Droit et réflexivité: l'auto-référence en droit et dans l'organisation,*, LGDJ, Paris, 1996 ; D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit* ?, Odile Jacob, Paris, 1998, 243.

Sono queste preoccupazioni che devono indurre a concepire una nuova *Lex mercatoria.*

3. La *Lex mercatoria* oggi e domani

La teoria lexmercatorista degli anni '60 si fondava su due ragioni: una positiva, cioè promuovere regole specifiche per il commercio internazionale, e l'altra negativa, cioè escludere le leggi statali[22].

Insistendo sulla necessità di trovare un diritto adeguato alla società dei commercianti, si suggeriva l'inidoneità dei diritti statali a disciplinare le relazioni commerciali internazionali. Tuttavia, l'idea che la specificità delle relazioni commerciali internazionali richieda spesso un regime proprio non porta necessariamente alla conclusione che sia opportuno ricorrere alla *Lex mercatoria*[23].

Oggi, la concezione non si basa tanto su un'opposizione degli ordinamenti giuridici statali o su di un ipotetico ordine giuridico transnazionale, quanto, piuttosto, su di un ricorso globale a un insieme di diritti nazionali. Gli Stati condividono ormai la loro sovranità con le istituzioni internazionali, che svolgono un ruolo crescente nella regolamentazione economica e sociale (ONU, ILO, FMI, Banca mondiale, GATT)[24].

Numerose norme specifiche del commercio internazionale sono state create mediante convenzioni tra gli Stati.

In pratica, la *Lex mercatoria* avrebbe avuto un'influenza molto limitata, al di là di alcuni rari esempi di norme private che disciplinano effettivamente talune transazioni internazionali (lettere di credito, INCOTERMS). Al contrario, alcune convenzioni internazionali hanno avuto un successo tale da trasformarne veramente il diritto del commercio internazionale, basti pensare alla Convenzione di Vienna sul contratto di vendita internazionale di merci del 1980, alla legge modello sull'arbitrato commerciale internazionale del 1985 o alla convenzione di Città del Capo relativa alle garanzie internazionali su attrezzature mobili del 2001. Tuttavia, i processi di produzione di norme dell'UNCITRAL e dell'UNIDROIT sarebbero talvolta oggetto di derive che possono condurre ad una cattura delle produzioni legislative da parte di poteri privati, cioè a un'influenza abusiva di un soggetto sul processo normativo che sfocia in un diritto avente lo scopo di soddisfare i propri interessi[25]. Dal punto

[22] W. KASSIR, *La lex mercatoria:* m*ythe et réalité*, in *Proche Orient Études juridiques,* 1992, 15 ss.

[23] E. GAILLARD, *Trente ans de Lex mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit*, in *Journal du Droit international*, 1, 1995, 5 ss.

[24] E. GAILLARD, *Trente ans de Lex mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit*, cit., 5

[25] C. DEVAUX, *La fabrique du droit du commerce international: Réguler les risques de capture*, Bruylant, Bruxelles, 2019.

di vista dell'elaborazione delle regole, quindi, non ci sarebbe stata veramente democratizzazione.

Dal punto di vista della regolamentazione dei vari settori, la constatazione non è affatto più entusiasmante. Da una trentina d'anni, molte voci si sono fatte sentire a favore di un nuovo ordine giuridico del commercio mondiale, più equo e più democratico. Diversi autori sostengono l'opponibilità dei diritti dell'uomo all'economia[26] nel senso che essi devono essere parte integrante dell'ordine concorrenziale, che non può ridursi ad un ordine puramente commerciale, fondato sulla sola libera circolazione delle merci. Paradossalmente, è forse la globalizzazione stessa che ha reso possibile questo ravvicinamento, in quanto ha dato visibilità alle devastazioni sociali, ecologiche e umane prodotte da uno sviluppo economico consegnato, esclusivamente, alle regole del mercato, i cui "fini da perseguire" non possono più essere ignorati come prima[27].

Diversi autori hanno immaginato la nascita di un vero e proprio ordine giuridico del commercio internazionale, che sancisca una coesistenza pacifica, capace di integrare l'ascesa dei nuovi attori. Ad oggi, le economie emergenti si trovano a dover fare i conti con un sistema multilaterale basato su un principio binario di ripartizione delle preferenze commerciali tra paesi in via di sviluppo e paesi sviluppati; assistiamo, inoltre, alla presenza di una moltitudine di attori: privati, pubblici o in una *governance* multilivello più complessa, come le ONG. I nuovi attori riponevano le loro speranze nella nuova competenza dell'OMC, esercitata attraverso l'organo di risoluzione delle controversie, considerando fondamentale la giuridicità di questo nuovo ordine internazionale embrionale. Infatti, essendo dotata di un meccanismo di risoluzione delle controversie (MRD), per garantire il rispetto delle norme adottate dai suoi 164 membri, l'OMC assume una funzione di pilastro a sostegno delle regole multilaterali, costruite progressivamente da 70 anni; pertanto, tale organizzazione internazionale sarebbe potuta essere promotrice di una vera diplomazia multilaterale.

Tuttavia, oggi l'OMC è in crisi. Washington tenta di bloccare la corte d'appello dell'OMC, e critica la dimensione sovranazionale di questo organo d'appello, che inciderebbe sulla sovranità americana. Dietro la critica delle procedure di lavoro dell'organo, la vera preoccupazione degli Stati Uniti riguarda la

[26] L. BOY, *Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile,* in *Revue internationale de droit économique*, 3, 2003, 471; M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Éditions du Seuil, Paris, 1998, 45 ; J.-B. RACINE, *L'ordre concurrentiel et les droits de l'homme*, in H. ULLRICH, M. RAINELLI, L. BOY,' *L'ordre concurrentiel: mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano,* Frison-Roche, Paris, 2003; J. MERTENS de WILMARS, H. NYSSENS, *Intégration européenne et correction des mécanismes du marché*, in AA. VV., *Philosophie du droit et droit économique: quel dialogue? Mèlanges en l'honneur de Gèrard FARJAT,* Frison-Roche, Paris, 1999, 557; C. CHATIGNOUX, L. TOVI, *Avocat du libéralisme et juge de l'ordre commercial, l'OMC à l'œuvre*, in *Les Échos*, 23 giugno 1999.

[27] M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, cit.

asserita tendenza dei Panels e degli organi di ovviare alla mancanza di rafforzamento delle norme dell'OMC mediante la produzione di una giurisprudenza che si sostituisce al negoziato tra le parti del contenzioso. Washington sostiene che le ambiguità delle regole multilaterali riflettono la mancanza di consenso dei membri dell'OMC e non possono essere risolte dai giudici dell'organizzazione. Il blocco dell'organo di appello comporta, di conseguenza, anche quello di nuove regole multilaterali, prive della sufficiente credibilità.

Inoltre, i contenziosi portati dinanzi all'OMC hanno rivelato una comunione tra Stati e imprese potenti.

Le ONG sono oggetto, soltanto, di disposizioni rudimentali nell'ambito dell'OMC. L'articolo 5, rubricato "Relazioni con altre organizzazioni", al comma 2 dispone: "Il Consiglio generale potrà concludere accordi appropriati ai fini della consultazione e della cooperazione con le organizzazioni non governative che si occupano di questioni connesse con quelle di cui si occupa l'OMC".

L'avvento di un ordine del commercio mondiale equo e democratico sembra, quindi, avere gli stessi connotati dell'umanesimo mercantile elaborato dai primi lexmercatoristi: è una mera, seppur attraente, illusione. Tuttavia, per non concludere con una nota eccessivamente pessimista, rimane la speranza che la crisi innescata dalla pandemia di Covid-19, che porta, inevitabilmente, a ripensare il mondo, permetta di concepire una nuova *Lex mercatoria* dai tratti più umanisti.

IL COMITATO DI BASILEA E IL *FINANCIAL STABILITY BOARD*: REGOLAZIONE FINANZIARIA SOVRANAZIONALE E COSTITUZIONE*

ANDREA PISANESCHI **

Sommario

1. Introduzione: brevi cenni al fenomeno della globalizzazione. – 2. Economie globali e regole globali. – 3. Le autorità sovranazionali di regolazione: Comitato di Basilea e *Financial Stability Board*. – 4. I profili costituzionali generali. – 5. La regolazione multilivello e l'art. 47 della Costituzione.

Abstract

The essay deals with the problem of supranational regulation of financial activities in a globalized economy. It highlights how the production of rules in this field constitutes a problem of constitutional law, before that of commercial or financial law. It describes the activities of the Basle Committee and the Financial Stability Board, and highlights some of the deficits in the way the so-called standard rules are produced in the banking field. Finally, it raises a series of questions about the compatibility of this model with Art. 47 of the Constitution.

Suggerimento di citazione

A. PISANESCHI, *Il Comitato di Basilea e il Financial Stability Board: regolazione finanziaria sovranazionale e Costituzione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al webinar *L'impatto delle dinamiche transnazionali sui sistemi normativi svoltosi* il 23 novembre 2020 e organizzato dall'Università di Pisa, con le associazioni DPCE e AIPC, nell'ambito del Progetto di ricerca di Ateneo 2018-2019 su *Diritto senza politica. Le forme della produzione giuridica nell'epoca transnazionale*.

** Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università di Siena.
Contatto: andrea.pisaneschi@unisi.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 1/2021
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Introduzione: brevi cenni al fenomeno della globalizzazione

È ben noto che nel mondo del diritto il termine globalizzazione può assumere così tanti significati che è poi difficile indicare una tassonomia precisa. In linea molto generale con tale espressione si può intendere la tendenza degli ordinamenti a disciplinare istituti giuridici in maniera simile, oppure la tendenza, sempre più diffusa da parte degli organi di giustizia costituzionale ad utilizzare, nel giudizio di costituzionalità, categorie logiche simili e modelli analoghi di bilanciamenti (specialmente nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali) oppure ancora, sempre nel mondo delle Corti costituzionali, a richiamare precedenti di altre Corti a supporto delle proprie decisioni, oppure infine ad assumere decisioni a livello sovranazionale che poi vengono – in vari modi- fatte proprie dagli Stati.[1]

La tendenza a disciplinare istituti in maniera simile è particolarmente forte in quei paesi che sono legati da accordi internazionali che tendono, in qualche misura, a rendere più uniformi gli ordinamenti (come ad esempio in Europa). Questi ordinamenti sono infatti dotati sia del potere di emanare norme che hanno efficacia all'interno degli Stati membri, sia di una autorità giurisdizionale sovranazionale che svolge la funzione di verificare la compatibilità del diritto interno con il diritto sovranazionale (nel caso il diritto europeo). Anche la tendenza degli organi di giustizia costituzionale ad utilizzare categorie logiche simili, oppure a richiamare precedenti di altre corti a supporto delle proprie decisioni è sempre più diffusa: essa serve, tra l'altro, ad attribuire una ulteriore legittimazione alle decisioni delle Corti costituzionali, spesso in equilibrio tra diritto e politica, specialmente quando si debbono bilanciare diritti costituzionali diversi usando parametri labili come ragionevolezza o proporzionalità.

Il tratto comune di questo "tipo" di globalizzazione giuridica è dato principalmente dall'esistenza di una circolarità di istituti e di modelli decisori. Questo tipo di globalizzazione non incide, per vero, direttamente sulla sovranità degli Stati (a parte quando gli Stati abbiano attribuito ad un'altra organizzazione sovranazionale il potere di dettare norme, come nel caso dell'Unione europea), ma spinge, con meccanismi indiretti, alla creazione di una sorta di "diritto comune", fatto di principi enucleati dalle Corti costituzionali, che sta

[1] La letteratura su questo tema è ormai sterminata. Cfr. S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Bari, 2006; S. CASSESE, *Globalizzazione del diritto*, in *Enc Giur. Treccani*, 2009; S. CASSESE, *Il diritto globale,* Torino, 2009; Per gli effetti della globalizzazione sul diritto pubblico, G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009; nella letteratura straniera D.S. LAW- M. VERSTEEG, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism, Washington University in S.T. Louis*, 2011, htpp://som.com/abstract=1643628, ed ivi abbondanti riferimenti di dottrina; sul c.d. governo multilevel economico E.C. RAFFIOTTA, *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, Bologna, 2013.

avendo la sua massima espressione specialmente nella materia e nella tutela dei diritti fondamentali.

La regolazione economica costituisce uno dei campi dove maggiormente si assiste allo spostamento del potere di dettare le regole verso organizzazioni sovranazionali, in particolare in quei settori sottoposti ad una regolazione stringente di "settore" (come nel caso di banche e istituzioni finanziarie). Come si vedrà, tale spostamento non avviene però (con la eccezione proprio delle nuove regole europee in materia di vigilanza bancaria), in conseguenza di un trattato internazionale -gli effetti del quale sono normalmente disciplinati da regole costituzionali- ma in via di fatto e di prassi. Inoltre, mentre gli ordinamenti sovranazionali legittimati alla produzione di norme -come l'Unione Europea- tendono a replicare i modelli organizzativi dello Stato, con istituzioni rappresentative e organi esecutivi, queste organizzazioni sono composte prevalentemente da rappresentanti delle Banche centrali, hanno un grado di trasparenza molto basso, seguono procedure perlopiù non formalizzate. Nondimeno le decisioni assunte da queste autorità vincolano –nella misura e con i limiti che vedremo- le fonti interne dello Stato e incidono sui flussi di liquidità dei quali possono beneficiare le imprese di uno Stato. Pertanto, incidono sia sul sistema delle fonti che sullo sviluppo economico, e conseguentemente, sulla sostenibilità e sul grado di tutela dei diritti sociali predisposti da ciascuno Stato. In definitiva esse pongono problemi nuovi di diritto costituzionale e non solo di diritto finanziario o commerciale.

2. Economie globali e regole globali

La globalizzazione delle regole è certamente fondamentale in un mondo economicamente globale, e in primo luogo discende da una necessità concorrenziale. Quando una impresa può scegliere il luogo dove installarsi, dove comprare e dove vendere, le regole sono importanti nella scelta della allocazione della sede, del luogo dove comprare e del luogo dove vendere. Tale scelta è ancora più rilevante allorché si tratti di imprese sottoposte a regolazione di settore come banche e altre istituzioni finanziarie. Alla valutazione delle regole generali, alle quali ciascuna impresa è sottoposta, si aggiungerà una valutazione delle regole speciali alle quali l'impresa bancaria o finanziaria è sottoposta dalle autorità di regolazione di settore. Tale impresa tenderà pertanto ad allocarsi dove la regolazione è più favorevole, generando una concorrenza negativa al ribasso o al rialzo tra le regole. Gli Stati e le autorità di regolazione potrebbero infatti essere spinti a produrre o applicare regole meno vincolanti per attrarre nel proprio Stato imprese finanziarie (*competition to the bottom*) così come, ed al contrario, per proteggere i propri "campioni nazionali", a stabilire regole più stringenti per scoraggiare la concorrenza (*competition to the top*). In entrambi

i casi si creano asimmetrie regolatorie che possono essere risolte solo con una regolazione sovranazionale eguale per tutti.

Gli intermediari finanziari, inoltre, a differenza delle altre imprese, incorporano un rischio sistemico rilevante. Comprando e vendendo denaro, e svolgendo tale attività in tutto il mondo, influiscono sui flussi di liquidità ai quali possono attingere cittadini e imprese. Quando un intermediario globale dovesse andare in crisi, producendo una limitazione della liquidità circolante, questo provocherebbe una catena di effetti il cui risultato ultimo potrebbe essere la stabilità della moneta del paese più esposto. Dunque, la regolazione deve essere globale, poiché il rischio sistemico di questi operatori è assai elevato e in grado di contagiare velocemente le economie di più paesi.

Il tema, che come si diceva può apparire a prima vista di diritto finanziario o di diritto commerciale, presenta invece importanti riflessi di diritto costituzionale, sia da un punto di vista degli effetti che la regolazione sovranazionale produce, sia da un punto di vista del sistema delle fonti.

Sotto il primo punto di vista la liquidità circolante - che è effetto della intermediazione finanziaria - influisce sullo sviluppo economico di un paese e sulla sua crescita, e non v' è dubbio che la crescita economica costituisce il primo strumento di mobilità sociale, di perequazione e di diritto al lavoro (valori normalmente presenti in tutte le costituzioni). Ancorché le costituzioni prevedano tali diritti è infatti relativamente condiviso che in assenza di condizioni economiche di sviluppo essi non possono essere garantiti.[2] Inoltre, la crescita e la stabilità economica influiscono sull'accesso del paese ai mercati per finanziare il debito pubblico, dunque sul costo del debito, per conseguenza sulla spesa che il paese può permettersi e quindi sul modello di tutela di diritti sociali che un paese è in grado di assicurare.

Sotto il secondo punto di vista queste autorità producono norme che hanno effetto negli Stati. Come queste norme vengono prodotte, con quali strumenti gli Stati vengono "obbligati" ad osservarle, quale forza esse assumono negli ordinamenti, costituisce inevitabilmente un problema di fonti del diritto.

[2] Il tema dei diritti sociali e in particolare la questione della loro tutelabilità, condizionata o meno dalla questione delle finanze dello Stato, è oggetto di un ampio dibattito. Per posizioni sostanzialmente opposte cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 2010, e C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali: orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000. Per la posizione, qui accolta, che i diritti sociali subiscono comunque un condizionamento derivante dall'entità delle risorse pubbliche disponibili si veda recentemente A. MORRONE, *Le conseguenze finanziarie della giustizia costituzionale,* in *Quaderni costituzionali*, 2015, 585, secondo il quale "*soprattutto in materia di diritti sociali è ricorrente distinguere tra il riconoscimento di un diritto di prestazione, rientrante pienamente nei confini del controllo di costituzionalità e la garanzia della pretesa soggettiva, nell'ambito della quale maggiore è lo spazio riconosciuto alla politica legislativa, essendo quella pretesa condizionata dalla predisposizione di strumenti organizzatori e dall'erogazione di risorse pubbliche*".

3. Le autorità sovranazionali di regolazione: Comitato di Basilea e *Financial Stability Board*

Il mondo di queste autorità è assai vario e complesso. Si farà qui riferimento, sia pure in termini generali, a quelle autorità che incidono sulla regolazione bancaria quali il Comitato di Basilea e il *Financial Stability Board*.[3]

Il Comitato di Basilea svolge funzioni principalmente nell'ambito della determinazione dei requisiti prudenziali di capitale di cui debbono essere dotate le banche, mentre il *Financial Stability Board* svolge funzioni ancillari rispetto al Comitato di Basilea (e al FMI), stabilendo regole che in qualche misura impattano sui requisiti prudenziali delle banche (come gli strumenti di remunerazione dei *managers* e i meccanismi di *governance*).

Al proposito è da ricordare che il *Financial Stability Forum* si è trasformato in *Financial Stability Board* nel 2009, quando è stato riorganizzato in seno al G. 20. Il FSB interagisce con il G.20, dando applicazione agli indirizzi proposti da quest'ultimo e elaborando principalmente principi e linee guida in materia finanziaria.[4]

Da un punto di vista della funzione, tali organizzazioni hanno il compito di definire regole *standard* teoricamente valide per tutti gli appartenenti ad una determinata categoria economica (intermediari finanziari, altre *financial institutions*) e quindi sono qualificabili come "*standard setters".* Inoltre, anche se esse pongono "regole" (sulla natura di queste regole torneremo tra breve) tuttavia non traggono la loro legittimazione da un atto internazionale formale (un trattato), ma sono nate in maniera informale all'interno di altre organizzazioni informali di Stati (normalmente il G.8 prima e il G. 20 dopo).

Nel corso degli anni '90, infatti, il G.7 e le istituzioni finanziarie internazionali come il F.M.I. e la Banca Mondiale, hanno iniziato a svolgere sempre più spesso compiti di elaborazione e diffusione degli *standards* internazionali finanziari. Queste attività sono aumentate con l'istituzione del G.20 che comprende, accanto ai membri del G.8, anche le economie emergenti.[5] Sino al 2008 il gruppo dei 20 si riuniva solo a livello di ministri delle finanze. Dal novembre

[3] Le classificazioni di queste autorità, nonché i principali studi specifici qui citati, sono tratti da M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, 2012, che ha effettuato una compiuta e convincente modellistica relativa al funzionamento di queste organizzazioni sovranazionali.

[4] Su questa organizzazione, ed in particolare sulla sua prima fase quando la organizzazione sovranazionale si chiamava ancora *Financial Stability Forum*, cfr. J. LIBERI, *The Financial Stability Forum, a Step in the Right Direction… not Far Enough*, in *University of Pennsiylvania of International Economic Law*, 2003, vol 24.

[5] In argomento cfr. M. CONTICELLI, *I vertici del G.8, governi e amministrazione nell'ordine globale*, Milano, 2006; sulle origini del G.20 L. MARTINEZ-DIAZ, *The G.20 After Eight Years: How Effective a Veicle for Developing Country Influence?*, Brookings Global Economy and Development Working Paper No. 12, ottobre 2007, nonchè ancora M. DE BELLIS, *cit.*, 90.

2008 (dopo il crollo della Lehman) esso si è costituito quale vertice di Capi dello Stato e di Governo. Da quella data il G.20 si occupa di dare indirizzi principalmente su temi di natura finanziaria (la riforma delle regole sul capitale, il trattamento dei derivati e delle istituzioni sistematicamente rilevanti) che vengono poi tradotti in regole dalle altre *standards setters authorities*.

Ad esempio, il c.d. Comitato di Basilea fu istituito nel 1974 dopo la crisi finanziaria della Germania, all'interno dell'allora G. 10, con il compito di sviluppare *best practises* in ambito finanziario, ed inizialmente era poco più di un gruppo di studio composto dai rappresentanti delle banche centrali dei paesi aderenti al G.10. I membri del Comitato di Basilea sono costituiti dalle amministrazioni nazionali incaricate della vigilanza prudenziale: in sostanza i rappresentanti delle banche centrali e delle autorità di vigilanza dei paesi che fanno parte del G. 10, del Lussemburgo e della Spagna. Il comitato è stato spesso considerato, anche in letteratura, come una sorta di *club* ristretto, anche perché, per lunghissimo tempo non era dotato neppure di uno statuto (lo statuto del *Basilea Committee* è stato approvato nel 2013) né di un regolamento che ne disciplinasse il funzionamento.[6]

Inizialmente il Comitato di Basilea operava in grande segretezza, tanto è vero che il suo primo *standard,* il Concordato approvato nel 1975. venne tenuto per lungo tempo segreto

Con il tempo, tuttavia, gli studi e le *best praticses* individuate dal Comitato di Basilea si sono progressivamente formalizzate sino ad essere definite "regole" sul capitale delle banche. Le cosiddette regole di Basilea I, Basilea II e Basilea III, o appunto regole di Basilea, costituiscono i necessari parametri di riferimento con i quali ogni intermediario creditizio nel mondo deve oggi misurarsi. Tali "regole", teoricamente, non sono vincolanti (non derivano infatti da autorità formalmente legittimate alla produzione di norme) ma, per le ragioni che vedremo, possono essere considerate come un classico esempio di *soft law*[7].

In secondo luogo, tali autorità non hanno collegamenti con le istituzioni rappresentative dei paesi aderenti al G.10 o al G.20. Esse sono normalmente composte da tecnici delle banche centrali dei paesi che fanno parte del G.20 (o del G.10), lavorano con un basso grado di trasparenza e con procedure poco formalizzate, non sono dotate di quei meccanismi di *accountability* che in

[6] Per questa definizione, M.S. BARR e G.P. MILLER, in *Global Administrative Law: the View from Basel*, in *European Journal of International Law*, 2006, vol 17, 18 ss. Si veda anche, in generale, G. BERTEZZOLO, *La regolazione globale della vigilanza bancaria: il Comitato di Basilea,* in S. BATTINI, *La regolazione globale dei mercati finanziari*, Milano, 2007; sul tema delle procedure informali D. ZARIG, *Informal Procedure, Hard and Soft Law*, in *University of Chicago International law Journal,* 2005, vol. 5.

[7] E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, 25 ss.

assenza di un modello di responsabilità politica legittima normalmente le autorità indipendenti, quale il procedimento di partecipazione e la motivazione degli atti.

Si pensi, al proposito, che non esiste una regolamentazione del procedimento che sfocia poi nell'elaborazione degli atti. Il processo di approvazione finale dell'atto avviene in modo informale e non vi sono resoconti fatti salvi i comunicati stampa, pubblicati sul sito del Comitato.[8]

Per produrre regole, in terzo luogo, si basano infatti su modelli di cooperazione reciproca e al massimo su di una procedura definita come di *notice and comment*. La *notice and comment procedure* implica la apertura e la chiusura di una breve fase di consultazione con le categorie interessate, allo scopo di ottenere suggerimenti e\o consensi. Tuttavia, tale procedura non costituisce un diritto per gli interessati, poiché essa è attivata discrezionalmente dall'autorità. In linea di principio, in verità, il Comitato di Basilea sollecita, riguardo alle politiche proposte, il parere di tutte le parti interessate, attraverso l'invito pubblico a far pervenire entro una certa data e per iscritto, le eventuali osservazioni. Il periodo di consultazione dura novanta giorni, vi partecipano normalmente associazioni di categoria, gruppi bancari di notevoli dimensioni, le stesse autorità di vigilanza. Nel caso dell'approvazione degli accordi di Basilea III hanno partecipato alla procedura principalmente grandi gruppi bancari, istituti finanziari, agenzie di *rating* e un ristretto numero di accademici.

Le regole che in questo modo vengono poste da queste autorità hanno grande impatto sulle economie dei paesi e sulla circolazione della liquidità (ad esempio le regole sul capitale poste dal famoso accordo di Basilea III, pur rafforzando la stabilità delle banche hanno notevolmente limitato la circolazione del denaro).[9] Come si è detto esse non sono vincolanti in senso tecnico, poiché l'autorità non è legittimata in forza di un atto internazionale ad emanare norme, ma non v'è dubbio che lo sono di fatto. Il paese che non recepisse tali regole, infatti, può essere sottoposto alla procedura c.d. di *named and shamed* (attivata dal *Financial Stability Board*) che comporta la iscrizione del paese in questione in una sorta di *black list* considerata molto rischiosa perché indice di non affidabilità finanziaria del paese.

[8] Con questa espressione si fa riferimento ad un concetto anglosassone di responsabilità, intesa come relazione tra due soggetti, in forza della quale –relazione- il primo da conto del proprio operato al secondo e il secondo può imporre delle conseguenze. Tali conseguenze, peraltro, non hanno necessariamente natura sanzionatoria. Anche questa nozione, certamente diversa da quella di responsabilità, non appare facilmente utilizzabile in relazione a queste autorità. Per ulteriori distinzioni (*accountability* verticale e orizzontale) e considerazioni al proposito, ancora M. DE BELLIS, *cit.*, XLIV.

[9] F. CANNATA, M. QUAGLIARELLO, *L'impatto di Basilea II sulla crisi finanziaria: fra tanti indiziati un solo colpevole*?, in *Bancaria*, 2009, 38.

Inoltre, se un paese non si conformasse alle regole in questione, pagherebbe un costo economico molto elevato. Le banche di quello Stato, considerate a loro volta non affidabili, dovrebbero approvvigionarsi di liquidità sui mercati internazionali ad un prezzo assai più alto della media, e sarebbero costrette quindi a "ribaltare" tale costo aggiuntivo sul credito alle imprese e ai cittadini. Ciò provocherebbe un rallentamento dello sviluppo e un progressivo aumento delle disparità economiche tra quei paesi che sono in grado di essere conformi alle regole e quei paesi che invece non lo sono.

Per queste ragioni, alcuni Stati hanno preferito trasformare questa *soft law* in *hard law*, recependo, spontaneamente, le norme sovranazionali in fonti di diritto interno. In Europa ciò avviene attraverso le fonti di diritto europeo (principalmente direttive) e poi attraverso fonti secondarie – regolamenti- prodotte dalle Banche Centrali, mentre negli Stati Uniti le regole emanate dal Comitato di Basilea sono applicate direttamente attraverso atti secondari della Banca Centrale. Può quindi essere curioso osservare che negli Stati Uniti l'intero processo di formazione e attuazione di queste regole disintermedia le organizzazioni rappresentative e i modelli di pesi e contrappesi costituzionali. Le regole di *soft law* sono prodotte da un consesso di funzionari di banche centrali e vengono tradotte in *hard law* da quegli stessi funzionari. Negli Stati Uniti, ad esempio, il secondo accordo sul capitale è stato recepito attraverso un atto amministrativo generale emanato congiuntamente dalle quattro autorità di vigilanza di livello federale. Visto che l'accordo di Basilea non costituisce un trattato internazionale, non è stato ritenuto necessario seguire la procedura di ratifica.[10]

In Europa formalmente il processo coinvolge le istituzioni europee che trasformano tali regole in direttive. Per la formazione di tali regole vi è anche una certa compartecipazione della Commissione, che svolge, in parallelo al Comitato di Basilea, delle procedure di consultazione. Nondimeno la capacità delle istituzioni europee di incidere sul contenuto della regolazione è percepito come fortemente ridotta, come emerge da una risoluzione del Parlamento europeo del settembre 2003, con la quale il Parlamento ha deplorato "*che l'accordo di Basilea ed altri accordi internazionali che costituiscono il quadro di riferimento per l'attività legislativa dell'Unione europea, siano definiti senza un mandato democratico e senza essere sottoposti a controllo del Parlamento europeo*" con la conseguenza che "*in futuro le decisioni preliminari su questioni aventi ripercussioni politiche di tale ampiezza non possono più essere adottate esclusivamente da organi specialistici.*"

[10] Cfr. ancora M. DE BELLIS, cit., 321. E P.H. VERDIER, *U.S Implementation of Basel II, Lessons for Informal International Law Making*, 30 giugno 2011, *htpp://papers.ssrn.com//sol3/papers.cfm.abstract.*

Il processo di trasformazione delle regole di *soft law* in *hard law* ha in realtà poche possibilità di incidere, a valle, sul contenuto delle regole una volta che esse sono state approvate. Se ciò avvenisse –su questioni di rilievo ovviamente- si creerebbe infatti una asimmetria regolatoria tra l'Europa e gli Stati Uniti, che a sua volta provocherebbe spostamenti di capitali in quei paesi considerati più affidabili dai mercati finanziari. L'atto di recezione della *soft law* in *hard law* è quindi implicitamente imposto.

Questo processo, in quarto luogo, pone problemi non indifferenti per quei paesi che non sono membri nè del G. 8 nè del G. 20. Essi sono vincolati comunque da regole che non hanno in alcun modo contribuito a formare. Inoltre, le regole prodotte guardano fisiologicamente alle economie avanzate e ai modelli finanziari degli Stati che più pesano all'interno del G.20. Non è un caso, ad esempio, che i requisiti di Basilea III favoriscano le banche dedite ad attività finanziarie piuttosto che le banche principalmente indirizzate all'attività di credito. Esse rispecchiano, di fatto, un modello finanziario ed economico anglosassone, dove il mercato dei capitali è più diffuso e dove conseguentemente le imprese debbono fare meno ricorso al credito, ma allo stesso tempo penalizzano quei modelli di sviluppo che si basano sul principio opposto. Così facendo, evidentemente, si amplificano però gli squilibri economici già esistenti, poiché alla fine il denaro sarà più costoso per quelle economie che si fondano su di un modello diverso da quello anglosassone.

4. I profili costituzionali generali

Il problema qui descritto, che riguarda le autorità globali di regolazione, per un lato si inserisce in un percorso generale di progressiva apertura delle costituzioni verso il mondo delle regole sovranazionali, ma per un altro lato se ne distacca significativamente.

È sin troppo noto che il sistema delle relazioni internazionali, in un contesto di globalizzazione non solo economica, tende a spostare momenti decisori rilevanti al di fuori dello Stato[11]. Il c.d. *multilevel governement*, con le sue possibili declinazioni, costituisce alla fine un modello organizzativo per legittimare ad un tempo lo spostamento verso l'alto del momento decisionale, con il permanere della sovranità degli Stati e delle autonomie riconosciute all'interno dello Stato. L'Europa e la normativa europea costituiscono certo l'esempio più classico, ma anche la questione dell'efficacia delle consuetudini internazionali,

[11] In argomento A. PISANESCHI, *Costituzione e diritto internazionale*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2016. Cfr. in argomento A. BONOMI, *Il limite degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Torino, 2008 e L. GAROFOLO, *Obblighi internazionali e funzione legislativa*, Torino, 2009. In generale A. LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano, 1963.

o la problematica della forza dei trattati internazionali, si inserisce all'interno di un percorso nel quale le costituzioni degli Stati non costituiscono più, né le uniche fonti sulla produzione cui fare riferimento, né gli unici parametri di legittimità delle fonti interne.

Rispetto a questo percorso, tuttavia, gli ordinamenti hanno trovato, a volte formalmente a volte informalmente, elementi di compensazione. A monte si tende a valorizzare sempre più i momenti di compartecipazione nella fase ascendente delle decisioni sovranazionali e l'*accountability* delle autorità che pongono regole, mentre a valle le Corti costituzionali hanno trovato dei punti di ancoraggio di tipo tradizionale: le teorie sui controlimiti consentono –almeno teoricamente- di mantenere una supremazia costituzionale altrimenti pericolosamente in bilico.

I casi che abbiamo sopra citato, che riguardano la regolazione sovranazionale delle attività economiche – ma che incidono su temi squisitamente costituzionali- si distaccano non poco da questi modelli. Le regole prodotte, infatti, non possono essere considerate espressione di un modello di *multilevel governement* secondo gli schemi tradizionali. Le regole sono infatti prodotte da una rete internazionale di funzionari appartenenti ad autorità indipendenti, e mentre a livello nazionale le organizzazioni di cui fanno parte (essenzialmente le banche centrali) hanno comunque livelli di *accountability* derivanti da procedure determinate da leggi ed attuate da normativa regolamentare, esiste una tutela giurisdizionale avverso le norme secondarie, in ogni caso le procedure di formazione delle norme sono procedimentalizzate, a livello sovranazionale regole, procedimenti e principi di *accountability,* sembrano essere insufficienti. Come si è detto, infatti, le norme vengono prodotte all'interno di consessi informali e, al massimo, a seguito di un dialogo tra omologhi (le banche centrali di provenienza) o con una interlocuzione con istituzioni finanziarie di grandi dimensioni.

Questo sistema di *standard setters* e *standar enforcers* sovranazionali e globali pone dunque nuovi problemi –che qui possono essere solo accennati- principalmente nella interpretazione delle costituzioni economiche, nel sistema delle fonti, nei condizionamenti costituzionali che derivano da atti di condizionalità esterna.[12]

[12] P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996; L. CASSETTI, *La cultura del mercato tra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997; G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in A.A.V.V., *La Costituzione economica,* Padova, 1997; F. MERUSI, *Le leggi del mercato: innovazione comunitarie e autarchia nazionale,* Bologna, 2002; F. MERUSI, *Diritto contro economia: resistenze istituzionali all'innovazione economica,* Torino, 2006; A. PISANESCHI, *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore. E ritorno*?, Torino, 2009; R. MICCÙ, *Economia e Costituzione. La costituzione economica nell'ordinamento composito europeo*, Torino, 2011; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma, 2013.

È certo che le c.d. costituzioni economiche (con l'eccezione delle costituzioni socialiste) non determinano – e non pretendono di determinare- un modello economico di sviluppo. Esse però individuano, in maniera più o meno articolata a seconda del tipo di costituzione e del periodo storico nel quale la costituzione è stata redatta, un bilanciamento tra fonti dello Stato ed autonomia privata nella gestione delle attività economiche. Se è stato già ampiamente rilevato che, almeno a livello europeo, questo bilanciamento deve essere integrato con la costituzione europea, i regolatori globali fanno un altro passo in avanti verso lo spostamento all'esterno delle regole economiche. Molte costituzioni, ad esempio, contengono norme che disciplinano l'esercizio del credito, per il collegamento intrinseco che vi è tra questa attività economica, la liquidità circolante e la stabilità della moneta. Il significato di tali norme, in presenza del comitato di Basilea che pone le regole sul capitale, del *Financial Stability Board* che pone regole sulla *governance* e sulla remunerazione degli intermediari creditizi, del FMI che verifica il rispetto di tali norme (e nel caso europeo di una vigilanza trasferita sulla BCE) si è certamente svuotato.

Peraltro, gli atti che vengono posti dai regolatori sovranazionali, i c d. *standards setters*, non possono essere considerati atti meramente tecnici o di settore. Essi incidono e condizionano in maniera rilevante le economie degli Stati e conseguentemente incidono – certamente in via indiretta ma in maniera rilevante- su quelle parti delle costituzioni che afferiscono alla protezione dei diritti c.d. sociali. Indipendentemente da come si vogliano qualificare i diritti sociali, essi contengono un elemento di condizionalità finanziaria ineludibile, che le stesse Corti costituzionali ormai riconoscono. Il bilanciamento dei diritti, infatti, non si limita ormai da tempo ad un bilanciamento strettamente giuridico tra diritti costituzionali. Il valore della crescita economica, della stabilità finanziaria, della sostenibilità delle risorse economiche, sta progressivamente divenendo (anche indipendentemente dalla trasposizione di questi concetti in norme costituzionali) una sorta di valore precostituzionale con il quale la tutela e la garanzia di alcuni diritti deve necessariamente fare i conti.

Inoltre, da un punto di vista del sistema delle fonti, è abbastanza evidente che il fatto che tali regole vengano recepite in fonti di diritto europeo costituisce una sorta di "foglia di fico". Le regole sono già state determinate da altri, in altri consessi e con partecipazione delle istituzioni europee assai scarsa e comunque solo a livello tecnico. La trasposizione in una fonte europea, lungi dal sanare il *deficit* iniziale, evidenzia invece una certa discrasia tra forma e sostanza di quella stessa fonte.

Del resto, non può risolversi questo problema secondo i canoni con i quali furono a suo tempo affrontate e risolte da un punto di vista costituzionale le problematiche relative al potere normativo delle autorità indipendenti. In quei casi vi è comunque una fonte primaria che legittima l'esercizio del potere

normativo dell'autorità indipendente, e comunque, la carenza di *accountability* dell'autorità viene recuperata – non sempre al meglio in verità- attraverso regole sulla partecipazione, motivazione degli atti, trasparenza del processo decisorio, che nel caso dei regolatori globali è però largamente carente. È difficile non rilevare che una più forte partecipazione dell'Unione Europea (non solo a livello tecnico) alla formazione di queste regole sarebbe necessario.

5. La regolazione multilivello e l'art. 47 della Costituzione

Questo modello di regolazione, essenzialmente sovranazionale, si è calato su di una norma costituzionale, l'art. 47, che pare impostare i principi costituzionali della regolazione su di un piano diverso. La previsione " *la Repubblica tutela e incoraggia il risparmio in tutte le sue forme: disciplina coordina e controlla l'esercizio del credito"*, fu interpretata, in un primo tempo, come la copertura costituzionale della legge bancaria del 1936.[13] Il riferimento costituzionale al coordinamento e al controllo dell'esercizio del credito, pareva in effetti costituzionalizzare quel modello di regolazione, di natura strutturale, disciplinato nella legge bancaria del 1936.[14] In particolare la norma giustificava la presenza di poteri pubblicistici di natura autorizzatoria, impeditiva e conformativa esercitabili dagli organi di vigilanza con ampia discrezionalità.

Come si ricorderà, in quel sistema normativo gli organi pubblici di settore vennero dotati del potere di regolare l'ingresso degli intermediari nel mercato, di controllarne la struttura e la espansione territoriale, di fissare limiti penetranti in ordine alla loro gestione. I mercati furono segmentati, distinguendo tra credito a breve, medio e lungo termine, per evitare che gli enti che raccoglievano risparmio a breve effettuassero, oltre certi limiti, operazioni di impiego incompatibili con i caratteri della provvista. La segmentazione del mercato, unitamente all'esercizio dei poteri pubblicistici sopra ricordati, contribuiva a qualificare quel mercato come una sorta di oligopolio amministrato.[15]

Da un punto di vista strutturale, al vertice della regolazione furono posti due organi di natura politica, quali un comitato di ministri economici (finanza, agricoltura, economia nazionale) presieduto dal Presidente del Consiglio e un "Ispettorato per il credito e il risparmio" incardinato presso il Ministero del Tesoro. La Banca di Italia fu qualificata come ente pubblico e configurata non solo come istituto di emissione ma anche come banca centrale.[16]

Questo modello era allora giustificato da una lettura dell'art. 47 della Costituzione orientato a garantire in primo luogo la stabilità macroeconomica attraverso il coordinamento e il controllo del credito, e solo mediatamente e

[13] G. GANDOLFI, *Legge bancaria e costituzione*, in *Giur.it*, 1975, IV, pag. 1.
[14] F. BELLI, *Legislazione bancaria italiana* (1861-2003), Torino, 2004.
[15] F. MERUSI, *Art. 47, in Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1980.
[16] R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, Il Mulino, 2012.

conseguentemente la stabilità microeconomica (la tutela del risparmio).In altre parole, la struttura pubblicistica di controllo sul sistema del credito doveva servire a garantire l'equilibrio tra raccolta e credito, e questo equilibrio era servente a garantire a sua volta il risparmio privato.

L'entrata in vigore del Testo Unico del 1993 e del sistema comunitario, hanno cambiato significativamente il modello. La vigilanza strutturale è stata eliminata, così come la segmentazione dei mercati e il modello di regolazione per soggetti. In quel modello, inoltre, le autorità di regolazione dei mercati non erano più istituzioni meramente nazionali, ma organismi parte di una rete sopranazionale di poteri pubblici. Ciò vale in particolare per la Banca d'Italia che apparteneva – ed appartiene- al Sistema Europeo delle Banche Centrali (Sebc).[17]

In questo contesto all'art. 47 della Costituzione è stata data una lettura diversa. Poiché risparmio e credito sono i due termini che esprimono la liquidità monetaria, oggetto principale della tutela costituzionale sarebbe il valore della moneta e dunque la sua stabilità, e non invece il controllo e il coordinamento del credito. In questo senso la norma dell'art. 47 dovrebbe essere letta in correlazione con altre norme della Costituzione che tendono al medesimo obbiettivo e che con essa fanno sistema, prima tra tutte con l'art. 81 della Costituzione che nel richiedere che leggi che importino nuove spese debbano indicare i mezzi per farvi fronte, implicitamente dispone che alle spese si proceda con entrate effettive e non attraverso l'allargamento della base monetaria.

Il controllo e il coordinamento del credito, poi, non necessariamente devono essere esperiti attraverso strumenti di vigilanza strutturale largamente discrezionali (atti amministrativi autorizzatori, impeditivi e conformativi), ma anche con strumenti di vigilanza prudenziale caratterizzati da discrezionalità tecnica (coefficenti patrimoniali). E' la stabilità monetaria l'interesse principale tutelato dalla norma costituzionale e non invece il controllo del credito.[18]

La globalizzazione finanziaria, che ha accelerato fortemente dopo l'entrata in vigore del Testo Unico, e la crisi economica del 2008, hanno spostato, con decisione, come si è visto nei paragrafi che precedono, la regolazione a livello sovranazionale.[19] Vi è dunque da domandarsi se questo spostamento sia coerente con l'art. 47 e, anche a costo di invertire l'ordine dei fattori, quale è il

[17] G. CERRINA FERONI, *Verso il meccanismo unico di vigilanza sulle banche. Ruolo e prospettive della European Banking Autority* (EBA), in *Federalismi.it*, 2014.

[18] A. PISANESCHI, *Credito e risparmio*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. CASSESE, Milano, 2006.

[19] M. ONADO, *La crisi finanziaria internazionale: la lezione per i regolatori,* in *Banca, impresa e società*, 2009, 28 ss.; G. CERRINA FERONI e G. FRANCO FERRARI, *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Torino, 2012; G. NAPOLITANO, *Uscire dalla crisi,* Bologna, 2012; D. SICLARI, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2009, 1024.

significato che può ricavarsi dall'art. 47 della Costituzione in questo mutato contesto.

Il punto di partenza non può che essere la valutazione dell'interesse tutelato dalla normativa sovranazionale rispetto all'interesse tutelato dalla Costituzione. In relazione a questo profilo non v'è dubbio che gli interessi siano coincidenti. La normativa sovranazionale, nelle sue diverse componenti, ha il fine di garantire la stabilità degli intermediari. Basti pensare alle regole di Basilea III sul capitale, o ai vincoli sulla liquidità posti dal Comitato di Basilea; oppure alle regole sulla remunerazione poste dal Financial Stability Board, che hanno l'obbiettivo di incentivare i *managers* a perseguire obbiettivi di lungo profilo. Ma anche le finalità perseguite dall'EBA e dalla BCE nell'esercizio dei poteri di vigilanza si inscrivono in un contesto di perseguimento del fine della stabilità e dunque indirettamente hanno l'obiettivo di tutelare il risparmio.

In relazione a questi profili gli interessi protetti dall'art. 47 della Costituzione, cioè la stabilità macroeconomica attraverso la stabilità del credito, sembrano coincidenti con i fini tutelati dalla normativa sovranazionale.

Un punto maggiormente problematico è invece dato dalla interpretazione dell'art 47 della Costituzione, nella parte in cui si prevede che sia "la Repubblica" a tutelare il risparmio e a controllare e coordinare l'esercizio del credito. Non v'è dubbio, infatti, che l'attività di regolazione e vigilanza è spostata ormai al di fuori dello Stato, residuando alle istituzioni nazionali solamente una attività meramente esecutiva di norme e decisioni assunte da organismi sovranazionali.

In relazione a questo profilo la questione pare assumere allora sfumature diverse a seconda che si parli di norme europee o di norme poste in essere dalle autorità di regolazione sovranazionali.

Per quanto riguarda le prime, infatti, i meccanismi procedimentali che legano lo Stato italiano al sistema decisionale europeo sembrano in grado di rispettare il principio che è la Repubblica a tutelare il risparmio attraverso il controllo e il coordinamento del credito. La norma europea si forma, infatti, attraverso un meccanismo procedimentale nel quale sono coinvolte le istituzioni comunitarie, e che appare finalizzato a tutelare "anche" gli interessi della Repubblica italiana. Si tratta, non v'è dubbio, di una sovranità limitata, perchè norme e provvedimenti sono mediati dagli interessi degli altri Stati e delle istituzioni europee, ma che non per questo appare incompatibile con il dettato dell'art. 47.[20] Le norme in questione sono, tra l'altro, recepite attraverso fonti primarie nell'ordinamento interno.

[20] Sul tema della sovranità finanziaria limitata degli Stati cfr. A. PISANESCHI, *Sovranità finanziaria dello Stato e condizionalità sovranazionali,* in *Rass. Parlamentare,* 2018, 513.

Diverso invece può essere il ragionamento rispetto alle norme, di *soft law*, poste in essere dalle autorità di regolazione sovranazionali. In questo caso, come si è messo in luce nei paragrafi precedenti, mancano invece i procedimenti a garanzia della partecipazione della "Repubblica" al formarsi delle norme. Come si accennato, mancano in verità proprio i "procedimenti" e la trasparenza nel momento dell'assunzione della decisione. Rispetto a queste tipologie di decisioni la sovranità dello Stato non è solamente limitata, ma praticamente azzerata.

Questi procedimenti pertanto appaiono difficilmente compatibili con la norma costituzionale dell'art. 47, che incardina nella Repubblica il diritto-dovere di tutelare il risparmio attraverso il controllo e il coordinamento sul credito. Se alla espressione Repubblica può certamente attribuirsi il significato di una compartecipazione al procedimento decisionale, come accade di fatto in sede europea, tale espressione non può invece legittimare un mero obbligo di attuazione di decisioni assunte *aliunde.*

TRANSNAZIONALIZZAZIONE DEL DIRITTO PROCESSUALE E ARBITATO INTERNAZIONALE*

LUCIE LORENZINI**

Sommario

1. Considerazioni introduttive. – 2. La nozione di arbitrato commerciale internazionale. – 3. Inquadramento dell'arbitrato commerciale internazionale: distinzione tra regole sostanziali e regole procedurali. – 4. La scelta delle regole di procedura applicabili all'arbitrato commerciale internazionale. – 5. La transnazionalizzazione del diritto processuale (sotto l'impulso dell'arbitro). – 6. Quali sono i settori dove questa transnazionalizzazione ha apportato le novità più significative? – 6.1. La fase preliminare del processo arbitrale (la costituzione del tribunale arbitrale, il *preliminary meeting* e i *Terms of Reference*). – 6.2. La scelta della lingua. – 6.3. Le modalità di comunicazione. – 6.4. Le modalità di assunzione della prova. – 6.5. L'udienza. – 7. Conclusioni.

Abstract

The international arbitration is characterized by the autonomy recognized to the parties and to the arbitrators. Against this backdrop, a procedural practice is gradually developing, which is the result of the experience of the arbitrators. This practice brings together the procedural methods developed in civil law and in common law countries; at the same time, it also differs more and more from each national legal system. The practices, that thanks to a process of consolidation tend to become real customary sources, favor the creation of a transnational procedural law of arbitral justice. The transnationalization of the procedural law of arbitration is considerably important because it ensures all parties, regardless of their geographical origin, equal treatment, and it offers them arbitration that is not simply based on national procedural systems.

Suggerimento di citazione

L. LORENZINI, *Transnazionalizzazione del diritto processuale e arbitrato internazionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al webinar *L'impatto delle dinamiche transnazionali sui sistemi normativi* svoltosi il 23 novembre 2020 e organizzato dall'Università di Pisa, con le associazioni DPCE e AIPC, nell'ambito del Progetto di ricerca di Ateneo 2018-2019 su *Diritto senza politica. Le forme della produzione giuridica nell'epoca transnazionale*.

** Maître de Conférences in diritto privato - Università di Corsica - Equipe méditerranéenne de recherche juridique (EMRJ / UR 7311).

Contatto: lorenzini_l@univ-corse.fr

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 1/2021
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Considerazioni introduttive

Il concetto di "diritto transnazionale" è nato sessant'anni fa negli Stati Uniti grazie al contributo di Philip Jessup il quale, proponendo un nuovo approccio allo studio del diritto internazionale, ha coniato l'espressione "*Transnational Law*". Con tale locuzione si allude ad un diritto che, da una parte, regola azioni o eventi che trascendono le frontiere nazionali e che, dall'altra, contiene elementi di diritto internazionale pubblico e privato, così come altri tipi di regole che non corrispondono esattamente a nessuna delle categorie tradizionali[1].

A seguire, si cercherà di dimostrare l'attualità di tale approccio, elaborato più di sessant'anni fa, prendendo come riferimento l'esperienza dell'arbitrato commerciale internazionale — e, in particolare, il suo ambito processuale — sottolineando, altresì, i legami (*necessari almeno sul piano del riconoscimento della sentenza arbitrale*) che tale arbitrato mantiene con gli ordinamenti nazionali[2]. Gli Stati, infatti, hanno progressivamente rinunciato ad esercitare un potere normativo completo sull'istituto, disciplinando solo alcuni aspetti della procedura e limitando la possibilità di controllo solo ad elementi ritenuti inderogabili. Primo fra tutti, l'arbitrabilità della materia oggetto del contendere e il rispetto di un principio fondamentale quale quello del contraddittorio. Per tutto il resto, viene lasciato ampio spazio all'autonomia privata. Quest'atteggiamento di "*laissez-faire*"[3] degli ordinamenti statali fa sì che si siano sviluppate forme atipiche di produzione normativa che nascono direttamente dal mondo arbitrale e sulle quali ci si soffermerà in seguito.

Tutto ciò presuppone, in via preliminare, la necessità di distinguere chiaramente le regole sostanziali – applicabili all'arbitrato commerciale internazionale – da quelle che attengono alle regole di procedura, in modo da porre in rilievo come oggi l'arbitrato in parola sia disciplinato da un vero sistema transnazionale di regole e procedure proprie.

2. La nozione di arbitrato commerciale internazionale

[1] P.C. JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956, 2 ss. P. C. Jessup conia l'espressione "*Transnational Law*", la quale include "*all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories*".

[2] L'arbitrato internazionale costituisce un fenomeno regolato anche sul piano interno, attraverso previsioni che, ritenute applicabili in forza di collegamento definito dallo stesso diritto interno, mirano a tutelare la convenziona arbitrale, su cui si fonda, e a garantire la possibilità di esecuzione, anche coattiva, della decisione cui mira.

[3] Infatti, la Convenzione di New York non detta una ripartizione di giurisdizione tra gli Stati in tema di disciplina dell'arbitrato. Di conseguenza, gli Stati sono liberi di determinare unilateralmente l'ambito di applicazione della propria normativa e giurisdizione in materia arbitrale (si veda L.G. RADICATI DI BROZOLO, *The control system of arbitral awards: a pro-arbitration critique of Michael Reisman's 'Normative architecture of international commercial arbitration'*, in *Arbitration — The Next Fifty Years, ICCA Congress Series,* 16, 2012, 74 ss).

Si intende per arbitrato commerciale internazionale quella forma di risoluzione delle liti tra soggetti privati che insorgono dai rapporti del commercio internazionale, così come si ricava dalla Convenzione di Ginevra del 1961 dedicata proprio all'*arbitrato commerciale internazionale*. Non esiste una definizione unanime dell'istituto, per cui i singoli Stati l'hanno ricavata semplicemente distinguendo l'arbitrato internazionale da quello puramente interno, tramite una varietà di criteri di qualificazione. L'elemento comune in questa varietà è rappresentato dalla circostanza che il contratto litigioso presenti elementi di estraneità, come la diversa nazionalità "*o la residenza dei contraenti*", oppure che tali elementi si rintraccino "*per il suo oggetto o per il luogo della sua prevalente esecuzione rispetto all'ordinamento deputato alla regolamentazione dell'arbitrato stante la localizzazione di questo in un determinato territorio nazionale*"[4]. La definizione francese, ad esempio, sembra essere ancora oggi la più ampia possibile: "*Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international*"[5].

Come ben sappiamo, l'arbitrato – sia interno che internazionale – è valido strumento alternativo alla giustizia statale, in quanto il tribunale arbitrale emette una decisione, il c.d. lodo ("*award*"), che è non solo vincolante ("*binding*") per le parti in causa, ma costituisce anche titolo idoneo all'esecuzione forzata ("*enforcement*")[6].

La differenza (peraltro sempre più sfumata) tra arbitrato interno e arbitrato internazionale è individuabile nel loro diverso regime giuridico, soprattutto sostanziale: il primo, infatti, normalmente è chiamato ad applicare norme provenienti da un solo ordinamento; mentre il secondo è necessariamente influenzato da una pluralità di ordinamenti.

Nel sistema italiano, tramite la riforma del 2 febbraio 2006[7], che ha sostituito il regime dualista con quello monista (*ovvero ha dato vita ad un regime che*

[4] P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, II ed., Giuffrè, Milano, 2008, 4 ss.

[5] Art. 1504 del Codice di procedura civile francese.

[6] G. BONATO, *La natura e* gli *effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*, Jovene, Napoli, 2012.

[7] Decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40 (Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato), si veda: P. BERNARDINI, *Ancora una riforma dell'arbitrato in Italia*, in *Dir. Comm. Int.,* 2006, 227 ss.; ID, *L'arbitrato internazionale in Italia dopo la riforma del 2006*, in *Dir. Comm. Int*., 2009, 3, 481 ss; P. BIAVATI, *Arbitrato internazionale*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrati speciali*, Zanichelli, Bologna 2008, 393 ss.; C. GIOVANNUCCI-ORLANDI, *La nouvelle réglementation italienne de l'arbitrage après la loi du 2 février 2006*, in *Rev. arb.,* 2008, 1, 19-31; E. FAZZALARI, *La Riforma della disciplina dell'arbitrato (L. n. 80/2005 e D. lgs. n. 40/2006*, Giuffrè, Milano, 2006; A. BRIGUGLIO, *La dimensione trasnazionale dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2005, 679 ss. ; C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, vol. I, II, III, II ed., Cedam, 2012 ; L. Salvaneschi, *Arbitrato*, Zanichelli, 2014.

equipara quasi totalmente la disciplina dell'arbitrato interno ed internazionale[8]), non è più prevista una definizione legislativa dell'arbitrato internazionale che lo differenzia dall'arbitrato interno[9]; contrariamente a quanto si verifica nei sistemi dualisti, come ad esempio la Francia[10] o la Svizzera[11], dove l'arbitrato interno e quello internazionale sono espressamente sottoposti a regole parzialmente diverse[12].

Nel presente contributo, l'espressione *arbitrato commerciale internazionale* sarà, quindi, utilizzata per indicare tutti quegli arbitrati che presentano collegamenti con una pluralità di ordinamenti. Risultano esclusi da tale definizione:

[8] Sul passaggio in Italia dal regime dualista a quello monista si veda L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Requiem per il regime dualista dell'arbitrato: riflessioni sull'ultima riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1267 ss.

[9] Una definizione implicita dell'arbitrato internazionale (sede di una delle parti all'estero al momento della sottoscrizione della convenzione arbitrale) figura ora all'art. 830, c. 2, c.p.c. italiano, il quale per gli arbitrati con tali caratteristiche sottrae alla Corte d'Appello la decisione della controversia a seguito dell'annullamento del lodo, salvo accordo contrario delle parti (in deroga al regime previsto per l'arbitrato interno). Per un commento si veda ad es. L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Requiem pour le régime dualiste de l'arbitrage? Réflexion après la réforme de 2006 en Italie*, in A. BONOMI, D. BOCHATAY, *Arbitrage interne et international*, Librairie DROZ, Genève 2010, p. 226 ss.

[10] In Francia, l'arbitrato interno è disciplinato dagli artt. 1442-1503 del Codice di procedura civile; mentre l'arbitrato internazionale è disciplinato dagli artt. 1504-1527 del Codice di procedura civile. L'arbitrato internazionale è definito all'art. 1504 come quello che "[...] *met en cause des intérêts du commerce international*". A questo proposito, vale la pena ricordare che il criterio di internazionalità dell'arbitrato adottato nel sistema francese è fondato su di una concezione strettamente economica, incentrata unicamente sul tipo di interessi oggetto della controversia, rispetto alla quale è irrilevante la presenza di un elemento di estraneità di tipo giuridico, attinente alla nazionalità delle parti, al luogo della residenza o del domicilio di queste ultime, al luogo della conclusione del contratto principale oggetto della lite deferita agli arbitri o alla sede della procedura arbitrale. Tra le tante decisioni in materia, si vedano in giurisprudenza: App. Paris, 29 marzo 2001, in *Revue de l'arbitrage*, 2001, 543, con nota di BUREAU, secondo cui il codice di rito ha adottato "*une définition exclusivement économique de l'arbitrage international selon laquelle il suffit que le litige soumis à l'arbitre porte sur une opération qui ne se dénoue pas économiquement dans un seul État*"; Cass., 26 gennaio 2011, in *Recueil Dalloz*, 2011, 312. In dottrina, si vedano: Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996, 64 ss.; Ch. SERAGLINI, *Arbitrage commercial international*, in J. BEGUIN, M. MENJUCQ (a cura di), *Droit du commerce international*, coll. «*Traités*», Paris, Litec, 2005, 847 ss.; J.M. JACQUET, *La distinction entre arbitrage interne et international en droit français*, in A. BONOMI, D. BOCHATAY (a cura di), *Arbitrage interne et international*, Librairie Droz, Ginevra, 2010, 177 ss.; P.C. ALEGRIA, M.T. HERVELLA, *Mantenimiento del dualismo y del concepto de arbitraje internacional en el Decreto nº 2011-48 de 13 de enero de 2011 de reforma del Derecho Arbitral Francés*, in *Spain Arbitration Review*, 2011, n. 11, 55 ss., in part. 58 ss.

[11] V. il Capitolo 12 della Legge Federale relativa al Diritto Internazionale Privato (*LDIP*) del 18 dicembre 1987, in particolare l'art. 176. I. La Legge federale del diritto svizzero dell'arbitrato è stata oggetto di una riforma in vigore dal 1° gennaio 2021: https://www.admin.ch/opc/it/federal-gazette/2018/6019.pdf

[12] Tramite certe regole comuni che sono proprie dell'arbitrato indipendentemente dal carattere internazionale o meno dello stesso: come l'indipendenza della clausola d'arbitrato del contratto in cui si inserisce. V. l'art. 1506 del codice di procedura civile francese che prevede regole applicabili sia all'arbitrato interno che internazionale.

- sia *l'arbitrato internazionale in senso proprio*, ovvero quel meccanismo di composizione delle controversie tra enti sovrani, soggetti del diritto internazionale pubblico, in relazione a posizioni giuridiche da questo definite[13];
- sia *l'arbitrato internazionale degli investimenti*[14], quale speciale fattispecie di arbitrato per la soluzione di liti tra investitori privati e Stati stranieri, che sono soggetti a proprie procedure e sottoposti a principi peculiari di diritto internazionale pubblico[15].

Di conseguenza, per comprendere appieno il fenomeno della transnazionalizzazione della procedura nell'arbitrato commerciale internazionale, è opportuno soffermarsi, anzitutto, sull'inquadramento normativo dell'istituto, in modo da ben verificare come questa specie di arbitrato interferisca con una pluralità di fonti normative ad esso applicabili dal punto di vista sia sostanziale che procedurale.

3. Inquadramento dell'arbitrato commerciale internazionale: distinzione tra regole sostanziali e regole procedurali

Le caratteristiche specifiche dell'arbitrato commerciale internazionale, in gran parte, sono dovute al contesto transnazionale in cui quest'arbitrato opera e al conseguente interfacciarsi di norme di provenienza molto diversa che ne influenzano in modo determinante la disciplina.

Quindi, l'arbitrato commerciale internazionale – oltre ad essere disciplinato da regole parziale nei codici nazionali – risulta ad essere oggetto sia di una disciplina posta in regolamentazioni private (quali le regole arbitrali di svariate Istituzioni), sia di una disciplina specifica recata da strumenti internazionali, Convenzionali, di *Soft law* o direttamente provenienti dalla prassi stessa.

In realtà, il rilievo preminente riconosciuto alla disciplina internazionale implica un rovesciamento di impostazione rispetto a quella tradizionalmente riservata alla ricostruzione dei rapporti tra disciplina interna e sovranazionale. In effetti, tale disciplina non si limita a fornire, come normalmente si intende,

[13] U. VILLANI, *Arbitrato fra Stati*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, 338 ss.

[14] Per uno studio dell'arbitrato internazionale degli investimenti si veda per una guida completa ed autorevole: K. YANNACA-SMALL, *Arbitration under International Investment Agreements*, Oxford University Press, 2010; e in diritto italiano: P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, Giuffrè, Milano, II ed., 2008; G. SACERDOTI, *La convenzione di Washington del 1965 per la soluzione delle controversie tra Stati e nazionali di altri Stati in materia di investimenti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, 614 ss. In diritto francese: A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, 2014, A. Pedone, Paris; e nella giurisprudenza francese, V. Cass. civ. 1ère, 2 maggio 1966, *Galakis*, n. 61-12.255, Bull. civ. I, n. 256.

[15] Come la Convenzione di Washington del 18 marzo 1965 sulla risoluzione di controversie in materia di investimenti tra Stati contraenti e cittadini stranieri, si veda G. SACERDOTI, *La Convenzione di Washington del 1965 per la soluzione delle controversie tra Stati e nazionali di altri Stati in materia di investimenti*, cit., 615 ss.

un "*diritto speciale*" applicabile nell'ambito di suo specifico rilievo, derogativo della disciplina comune interna. Al contrario, la disciplina dell'arbitrato internazionale, così come sopra descritta, fornisce una sorta di quadro normativo di fondo, nel quale si inseriscono le normative interne, nella misura in cui esse forniscono, secondo la prospettiva internazionale, elementi di riferimento per il fondamento, lo sviluppo e l'efficacia dell'arbitrato.

Tuttavia, il problema di fondo è rappresentato dal fatto che l'arbitrato commerciale internazionale diventa un punto di incontro tra legislazioni di diversi Stati, tra le quali bisogna scegliere le norme di procedura applicabili ad una lite "*multi-localizzata*", praticamente "*denazionalizzata*".

Nell'arbitrato commerciale internazionale, la problematica delle regole di procedura applicabili ad una lite "*multi-localizzata*" è diversa da quella relativa alla *lex mercatoria*, che riguarda invece le regole di diritto applicabili al merito della controversia.

In effetti, da un punto di vista sostanziale, la soluzione delle controversie sottoposte all'arbitro dipende, innanzitutto, dalla volontà delle parti, espressa nell'accordo arbitrale o, in alternativa, dalla scelta degli arbitri, i quali possono avvalersi di norme sia nazionali sia transnazionali, come i Principi UNIDROIT o gli Incoterms o ancora la *lex mercatoria*. Ciò significa che l'arbitrato commerciale internazionale, da un punto di vista "sostanziale", si può anche organizzare sulla base di regole non codificate in alcuna legislazione nazionale, ma che, formalizzate (come strumenti privati), costituiscono il prodotto dell'esperienza degli arbitri che gestiscono questo tipo di procedimento.

Tuttavia, da un punto di vista "processuale", non esiste una disciplina uniforme e completa per l'arbitrato commerciale internazionale.

In realtà, la disciplina convenzionale contenuta, prima, nel Trattato di Ginevra del 1961 — *l'unica peraltro che si occupasse un minimo degli aspetti procedurali, facendo riferimento all'arbitrato amministrato* —, e poi nella Convenzione di New York, — *di cui l'Italia è parte sin dal 1969*[16] *ma che è relativa solo all'efficacia della clausola arbitrale e al riconoscimento del lodo estero* —, non è completa, nonostante abbia contribuito significativamente alla circolazione internazionale dell'arbitrato[17]; soprattutto lascia liberi i legislatori nazionali di disciplinare l'arbitrato internazionale nel suo insieme come meglio credono.

[16] La ratifica risale al 31 gennaio 1969 e l'entrata in vigore al 7 giugno 1969. L'esecuzione della Convenzione si deve alla Legge 19 gennaio 1968, n. 62. La data è precedente in quanto l'ordine di esecuzione è contenuto, come da prassi, nella Legge di autorizzazione alla ratifica.

[17] In particolare, la disposizione normativa di cui all'art. 3 lascia sostanzialmente liberi gli Stati di definire le regole processuali da applicare al riconoscimento dei lodi rientranti nell'ambito operativo della Convenzione, con l'unico limite costituito dal divieto di imporre condizioni sensibilmente più rigorose o spese di giustizia notevolmente più elevate rispetto a quelle imposte per il conferimento di esecutorietà ai lodi nazionali.

A sua volta, la *Model Law* dell'Uncitral ha certamente contribuito all'uniformazione delle legislazioni nazionali[18], ma il maggior contributo è, in realtà, venuto da strumenti di *Soft Law* proposti da varie Istituzioni (come l'*Uncitral Arbitration Rules* del 2010[19], le *Notes on Organizing Arbitral Proceedings*[20], le *Prague Rules*[21] o ancora le regole che vengono dell'International Bar Association: le *Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*[22], le *Guidelines on Party Representation in International Arbitration*[23] o le *Guidelines on* Conflicts *of Interest in International Arbitration*[24], fonti di *Soft Law* della massima importanza[25]) che sono adottati volontariamente dalle parti.

Tuttavia, queste prassi, che favoriscono la formazione di un diritto processuale transnazionale dell'arbitrato, non implicano una "cristallizzazione" delle regole processuali emanate. Si tratta di regole e principi "complementari" – che possono essere applicati sia in parte sia totalmente, oppure non utilizzati –

[18] La *Model Law*, adottata nel 1985 e riformata nel 2006, è stata emanata al fine di assistere gli Stati nel processo di riforma e modernizzazione delle proprie leggi regolanti l'arbitrato ed è stata largamente recepita a livello mondiale. In effetti, 116 Stati e territori (ovvero 83 Paesi) hanno adottato la *Model Law*, ma non l'Italia e la Francia, si veda:

https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status

[19] https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-rules-revised-2010-e.pdf ; più la modifica nel 2013 all'articolo 1§4.

[20] L'UNCITRAL - *Notes on Organizing Arbitral Proceedings,* sono regole che mirano soprattutto a fornire una *checklist* delle questioni da affrontare nell'organizzazione di una procedura arbitrale internazionale con una descrizione delle varie soluzioni che si possono adottare, senza peraltro imporre alcun obbligo alle parti e agli arbitri.

[21] I *Prague Rules* mirano ad offrire alle parti e agli arbitri principi e regole considerate dai loro proponenti più adatte per migliorare certi aspetti critici del funzionamento dei procedimenti arbitrali. Si veda: M. HENRY, *Les Prague Rules: ou comment le vent d'Est pourrait insuffler une dynamique vertueuse à l'arbitrage*, in *Rev. arb.* 2019, I, 315-328.

[22] Le IBA *Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration* rappresentano un tentativo di "codificare" la prassi arbitrale esistente sulle prove particolarmente utili quando le parti provengono da culture giuridiche differenti di *common law* e di *civil law*. In effetti, sia nella loro versione originaria del 1999 sia in quella risultante dalle modifiche apportate ulteriormente, queste regole mirano a fornire alle parti e agli arbitri una procedura efficace, economica ed equa per l'assunzione delle prove nell'arbitrato internazionale. Le Regole disciplinano la presentazione di documenti, testimoni di fatto e periti nonché la conduzione delle ispezioni e delle udienze istruttorie e sono concepite per essere utilizzate ed adottate insieme alle regole e alle procedure istituzionali, *ad hoc* o di altro tipo che disciplinano gli arbitrati internazionali. Si veda G. VON SEGESSER, *The IBA Rules on the taking of Evidence in International Arbitration*, in *ASA Bulletin*, 2010, 735 ss.

[23] Le Linee guida dell'IBA sulla rappresentanza delle parti nell'arbitrato internazionale, le *Guidelines on Party Representation in International Arbitration*, dettano una serie di principi relativamente alla condotta dei rappresentanti delle parti nelle procedure arbitrali internazionale.

[24] Nella prassi, gli arbitri utilizzano le *Linee Guida elaborate dall'IBA* al fine di decidere se accettare le nomine per individuare le circostanze potenzialmente rilevanti da comunicare alle parti. Allo stesso modo, le parti e i loro avvocati frequentemente prendono in considerazione le *Linee Guida* nel valutare l'imparzialità e indipendenza degli arbitri, così come le istituzioni arbitrali e le corti spesso consultano le Linee Guida nel valutare le ricusazioni di arbitri.

[25] F. BORTOLOTTI, *L'amministrazione della prova nell'arbitrato internazionale*, in *Riv. arb.*, 2016, 599 ss.

rispetto ai quali le parti o gli arbitri possono trarre ispirazione, senza che ciò limiti in alcun modo il loro potere di decidere discrezionalmente, tenendo conto delle specifiche esigenze del caso di specie.

Ovviamente, le principali istituzioni arbitrali hanno fatto da cassa di risonanza a tutte queste regole, inserendole, oramai, in modo piuttosto uniforme nei loro "Regolamenti arbitrali" e vedendole, poi, applicate negli arbitrati amministrati, certamente più numerosi di quelli *ad hoc*[26].

4. La scelta delle regole di procedura applicabili all'arbitrato commerciale internazionale

Per individuare la disciplina del procedimento arbitrale, è necessario fare riferimento alla volontà delle parti, alle quali è attribuito un ruolo principe, poiché esse sono legittimate ad indicare le norme cui gli arbitri devono attenersi per risolvere la controversia[27].

Questo potere, riconosciuto alle parti, permette loro di disciplinare tutto il procedimento nel modo più adatto alla specificità del caso concreto e, soprattutto, al di là di uno specifico sistema giuridico e del suo formalismo.

Nella pratica, però, le parti raramente stabiliscono le regole di procedura e, quando ciò accade, si limitano, per lo più, a fare riferimento ad un regolamento arbitrale (arbitrato amministrato), per semplicità e per consentire la massima prevedibilità sull'andamento della procedura. Tuttavia, se una questione di procedura non è disciplinata dall'accordo tra le parti, ovvero dall'autonomia privata, subentra il potere suppletivo degli arbitri.

Sorge allora spontaneo domandarsi se tale potere sia o meno illimitato. In realtà, la discrezionalità degli arbitri incontra un primo limite, peraltro valido anche rispetto alle scelte dirette delle parti, nella necessità di rispettare i

[26] La distinzione tra arbitrato *ad hoc* a e arbitrato amministrato trova una sua fonte ufficiale nella Convenzione di Ginevra sull'arbitrato commerciale internazionale del 21 aprile 1961, al suo art. 4§1. In realtà, la distinzione tra arbitrato *ad hoc* ed *amministrato* attiene alle modalità di scelta delle regole del procedimento.

Nell'arbitrato *ad hoc* le parti convengono una specifica disciplina sul rito che gli arbitri dovranno seguire ovvero chiedono, implicitamente od esplicitamente, agli arbitri le regole sullo svolgimento del giudizio (come consentito dall'art. 816bis c.p.c. italiano), si veda: S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Giuffré, Milano, 1999, 4. Invece, l'arbitrato *amministrato* presuppone una convenzione che richiami un regolamento predisposto da una istituzione, pubblica o privata, volto a dettare preventivamente le regole e la gestione del giudizio si veda per la genesi storica dell'istituto: A.M. BERNINI, *L'arbitrato amministrato: il modello della Camera di Commercio Internazionale*, Cedam, Padova, 1996, p. 12 e ss.

[27] Riconosciuto in particolare dal diritto francese (art. 1509 c.p.c.); italiano (art. 816-bis c.p.c.); tedesco (§1042 ZPO); inglese (sez. 1(b), 34(1), 41(1) dell'Arb. Act 1996); brasiliano (art. 21 della Legge 23 settembre 1996); canadese (art. 19 della Legge del 17 giugno 1985); belga (art. 1700 §1 e §2 della Legge 24 giugno 2013) ; egiziano (art. 25 della Legge 21 aprile 1994 sull'arbitrato internazionale); giapponese (art. 26 (2) LJA, Legge n. 2003-138); marocchino (art. 327-42 CPCM); svizzero (art. 182 (1) e (2) LDIP); e di Hong Kong (sez. 47 dell'Arbitration Ordinance entrata in vigore il 1 giugno 2011).

principi dell'equo processo, a cominciare da quello "del contraddittorio". Principio che obbliga, ad esempio, la concessione alle parti di ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa, a pena, in qualunque ordinamento, di impugnabilità del lodo per nullità[28], con conseguenze dirette anche sulla possibilità di riconoscimento del lodo[29].

Inoltre, per individuare la disciplina del procedimento arbitrale, gli arbitri faranno per lo più riferimento alla legge dello Stato dove ha sede l'arbitrato (vale a dire "*lex arbitri*" o "*lex fori*"), tenendo comunque bene a mente anche quella del Paese in cui si chiederà il riconoscimento del lodo.

Spesso, il ricorso alla *lex arbitri* è il frutto tanto di uno spirito di conservazione, quanto di una tendenza ad assimilare l'arbitrato alla giurisdizione statale. Va sottolineato che, contrariamente a quanto spesso si dice, la concezione dell'arbitrato quale strumento ancorato all'ordinamento della sede, non è dettata dalla Convenzione di New York. Se quest'ultima non ha ripudiato la concezione tradizionale, essa non l'ha neppure abbracciata in via esclusiva: la Convenzione in oggetto non ha, infatti, adottato una posizione chiara né sulla natura e sulla fonte dell'arbitrato, né sul rispettivo collegamento con il diritto nazionale, lasciando così aperte tutte le possibilità più consone alla realtà di oggi[30].

Il richiamo alla *lex arbitri*, pur verificandosi frequentemente nella prassi, non rappresenta di per sé un secondo limite generale alla discrezionalità degli arbitri, ma lo diventa solo nell'eventualità in cui vi siano norme inderogabili. Questo secondo limite poi, non essendo così uniformemente imposto come il primo (perché riguarda solo le norme inderogabili), può essere aggirato, ad esempio, con un'attenta scelta della sede dell'arbitrato (che come la *lex arbitri*, svolge la stessa funzione della *lex fori* in sede giurisdizionale ovvero determina *di default* la legge applicabile alla procedura). Oggi, è infatti unanimemente riconosciuta quale sia l'importanza della scelta della sede dell'arbitrato: anche se corrisponde ad una nozione giuridica che rinvia ad una sede "legale", ma non concreta – *nel senso che non fa riferimento ad un legame fisico tra un*

[28] Si veda ad esempio, l'art. 829, c. 1, n. 9, Codice di procedura civile italiano e l'articolo 1520, n. 4 del Codice di procedura civile francese.

[29] Convenzione di New York del 1958 (dicitura integrale: Convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere).

[30] Su tali questioni mi permetto di rinviare a L.G. RADICATI DI BROZOLO, *L'arbitrato come sistema transnazionale di soluzione delle controversie: caratteristiche e rapporto con il diritto interno*, in *Rivista dell'arbitrato,* 2020,1, 6 e 8; ID., *The control system of arbitral awards: a pro-arbitration critique of Michael Riesman's "Architecture of international commercial arbitration"*, in *ICCA Congress Series n. 16*, 74 ss.; ID, *The enforcement of annulled awards: an important step in the right direction*, in *Cahiers de l'arbitrage / The Paris Journal of International Arbitration*, 2013, 1027; ID, *The enforcement of annulled awards: further reflections in light of Thai Lao-Lignite*, in *American Review of International Arbitration*, 2014, 47 ss.

arbitrato ed un determinato luogo geografico in cui si svolgono le attività relative ad un procedimento arbitrale (*udienze, deliberazioni, firma del lodo ecc.*) –, in realtà, la sede dell'arbitrato corrisponde ad un criterio di collegamento utilizzato ai fini, tra l'altro, dell'identificazione del giudice "d'appoggio" e di "controllo", e ha serio rilievo per determinare la cosiddetta nazionalità dell'arbitrato e del lodo (ad esempio, estero o italiano). Questo spiega come la scelta della sede rappresenti una questione, particolarmente rilevante, per i professionisti che assistono le parti.

Tuttavia, se una questione di procedura non è disciplinata dalla *lex arbitri* o gli arbitri decidono di non seguirla, gli arbitri stessi hanno il potere (ma si potrebbe dire anche il dovere), di condurre lo svolgimento del procedimento nella maniera "*più consona al caso concreto*", anche scegliendo differenti regole nazionali[31].

Del resto, nei codici nazionali non esiste una regolamentazione completa: esistono poche regole per l'arbitrato in genere, e per l'internazionale in particolare, anche in quei Paesi come la Francia che, avendo scelto il sistema dualista, hanno qualche norma specifica sul punto[32].

Nell'arbitrato sia amministrato (per eventuali variazioni) sia *ad hoc* risulta, dunque, non solo opportuno, ma altresì indispensabile, l'indicazione ad opera degli arbitri, delle regole processuali che intendono applicare; regole che devono essere condivise, debitamente e preventivamente, con le parti in causa e i rispettivi avvocati.

Nell'arbitrato amministrato si presume che l'individuazione delle regole processuali venga affrontata nella prima udienza, tramite, ad esempio, l'*acte de mission* (come previsto nel regolamento della CCI), che permette la definitiva condivisione ed accettazione delle "regole del gioco".

Nell'arbitrato *ad hoc,* gli arbitri più esperti hanno preso l'abitudine di emanare "un'ordinanza introduttiva", dove si chiariscono le regole da applicare per lo svolgimento della procedura, anche sotto il profilo della gestione materiale dei vari aspetti (ad esempio, modalità da utilizzare per le comunicazioni, invio di documenti, modalità di assunzione delle prove ecc.).

5. La transnazionalizzazione del diritto processuale (sotto l'impulso dell'arbitro)

Chiarito tutto questo, perché scegliere quindi il tema della "*Transnazionalizzazione del diritto processuale nell'arbitrato internazionale*"?

La transnazionalizzazione delle regole di procedura dell'arbitrato, inteso qui *come sistema processuale*, può per certi aspetti essere più difficile rispetto

[31] Art. 816-bis Codice di procedura civile italiano e art. 1509 Codice di procedura civile francese.
[32] Si veda l'articolo 1506 Codice di procedura civile francese.

alle scelte di diritto sostanziale, dove ormai esiste una chiara tendenza ad eliminare qualunque controllo dei giudici statali sull'applicazione delle norme di diritto[33]. In effetti, il notevole sviluppo di questo strumento di risoluzione delle controversie non può comportare il definitivo distacco, da parte degli operatori, dalle regole statali. L'intervento del giudice nazionale può sempre essere *utile* – ad esempio, per la nomina degli arbitri o per la loro ricusazione – ma diventa anche *necessario*[34], come per l'*exequatur* o l'impugnazione del lodo[35].

Comunque, anche nel campo della procedura, si rileva la creazione – attraverso la prassi, posta in essere dall'arbitro – di strumenti di "*soft law procedurale*", ovvero norme di diritto processuale condivise, che giorno dopo giorno continuano a svilupparsi.

Innanzitutto, vi sono regole inerenti alla procedura stessa[36], adottate dai singoli legislatori nazionali e che conducono ad un inquadramento processuale comune dell'arbitrato internazionale a livello interno; al punto che, oggi, negli arbitrati internazionali, si ha una regolamentazione della procedura prevalentemente standardizzata. Queste regole attengono al processo stesso e riguardano ad esempio:

- il rispetto del contraddittorio e l'uguaglianza delle parti[37];
- il principio della separabilità e dell'autonomia della clausola compromissoria[38];

[33] L.G. RADICATI DI BROZOLO, *L'arbitrato come sistema transnazionale di soluzione delle controversie: caratteristiche e rapporto con il diritto interno*, in *Riv. arb.* 2020, 1, 11 ss.

[34] Per dare, ad esempio, l'intervento del giudice è necessario per dare efficacia alle convenzioni arbitrali, permettendo ai privati di derogare alla giurisdizione dei propri giudici a favore di un regolamento privato delle loro controversie.

[35] L. LORENZINI, *Commento Sentenza 13/2018 - Corte Costituzionale 30 gennaio 2018* -, in G. BONATO, L. LORENZINI (a cura di), *Chronique de la jurisprudence étrangère (Italie),* in *Revue de l'arbitrage* 2018, IV, 795 ss.

[36] La dottrina francese parla di regole processuali "*en l'absence desquelles on ne pourrait parler de justice*" e che "*transcendent tous les particularismes techniques et nationaux*", v. B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, Paris,1998, 29.

[37] Riconosciuto in particolare dal diritto francese (art. 1510 c.p.c.); italiano (art. 816-bis c.p.c); inglese (sez. 33 dell'Arb. Act 1996); mauriziano (art. 24 della Legge del 25 novembre 2008); belga (art. 1699 et 1704, al. 4 della Legge del 24 giugno 2013); svedese (art. 24 della Legge del 4 marzo 1999), canadese (art.18 della Legge del 17 giugno 1985), austriaco (art. 594 della Legge federale del 13 gennaio 2006); egiziano (art. 26 della Legge 21 aprile 1994 sull'arbitrato internazionale) o ancora dal diritto giapponese (art. 25 LJA: Legge n. 2003-138).

[38] Riconosciuto in particolare dal diritto francese (art.1506 c.p.c. che rinvia all'art. 1447 c.p.c.); italiano (art. 808 al. 3 c.p.c.); tedesco (§1040(1) ZPO); svizzero (art. 178 (3) LDIP); inglese (art. 7 dell'Arb. Act. 96); belga (art. 1690§1); brasiliano (art. 8 della Legge 23 settembre 1996); svedese (art. 3); canadese (art. 16.1); cinese (art. 19 riforma del 1994); egiziano (art. 23 della Legge 21 aprile 1994 sull'arbitrato internazionale); algerino (art. 1040 NCPCA); mauriziano (art. 20 della Legge del 25 novembre 2008) e argentino (Decisione della Corte d'appello nazionale civile e commerciale federale, 1ª camera, 1° marzo 2011, *Smit International Argentina SA c/Puerto Mariel SA*).

- l'obbligo di motivazione della sentenza arbitrale[39];
- la libera scelta della sede dell'arbitrato ad opera delle parti[40];
- l'obbligo dell'imparzialità e dell'indipendenza dell'arbitro[41];
- il principio di "*Kompetenz-Kompetenz*"[42];
- o ancora la ragionevolezza dei termini procedimentali.

In secondo luogo, esistono regole di procedura che sono create dalla prassi e accettate dai contendenti nelle liti, senza essere necessariamente previste in nessuna delle leggi nazionali degli Stati da cui provengono le parti confliggenti.

Infatti, l'arbitrato commerciale internazionale va sempre più ad organizzarsi in base a regole che costituiscono il prodotto dell'esperienza degli arbitri, chiamati ad organizzare questo tipo di procedimenti per la soluzione delle controversie a livello internazionale. In particolare, dallo studio intrapreso in altra sede[43], grazie alla comparazione tra circa una trentina di legislazioni e la pratica internazionale arbitrale, si è vista emergere, accanto alle norme nazionali, una produzione informale e transnazionale di regole di procedura non vincolanti, applicabili all'arbitrato commerciale internazionale. Quindi, poco alla volta si è giunti ad una sorta di "*procedura transnazionale condivisa*", vale a dire un corpo di regole di procedura che si sono sviluppate e che, in misura crescente, vengono utilizzate negli arbitrati internazionali, sotto l'impulso della *Model Law* e degli altri strumenti non codificati. Regole che, infine, portano ad un

[39] Riconosciuto in particolare dal diritto tedesco (§1054 ZPO); italiano (art. 823 al.2, c.p.c.); inglese (art. 52 dell'Arb. Act 1996); austriaco (art. 606 (2) della Legge federale del 13 gennaio 2006); brasiliano (art. 26 della Legge del 23 settembre 1996); canadese (art. 31 (2) della Legge del 17 giugno 1985); svedese (art. 31 della Legge del 4 marzo 1999); belga (art. 1713§4 della Legge del 24 giugno 2013); spagnolo (art. 37(4) Legge 20 maggio 2011); svizzero (art. 189 LDIP) e algerino (art. 1056, c. 5 NCPCA).

[40] Riconosciuto in particolare dal diritto italiano (art. 816, c. 1 c.p.c.); belga (art. 1676 §6, §7 et §8 et art. 1701§1°; svizzero (art. 176.3 LDIP); tedesco (§ 1025(1 e 2) e §1043(1) ZPO); inglese (art. 2 e art. 3 dell'Arb. Act 1996); austriaco (art. 577(1) della Legge federale del 13 gennaio 2006); svedese (artt. 22 e 46 della Legge del 4 marzo 1999); canadese (art. 20 della Legge del 17 giugno 1985); giapponese (art. 28 LJA Legge del 2003); egiziano (art. 28 della Legge 21 aprile 1994) e Stati Uniti: *Sentenza Ocean Prod Inc. v. Molinos Rio de la Plata SA, 1999 WL 239692 S.D.N.Y.*

[41] Riconosciuto in particolare dal diritto italiano (art. 815 c.p.c.); francese (art1456 applicabile dal rinvio dall'art. 1506. 2° c.p.c.); belga (art. 1686§1 della Legge del 24 giugno 2013); brasiliano (art. 13§6 della Legge 23 settembre 1996); canadese (art. 11.5 della Legge del 17 giugno 1985); cinese (art. 34 (3) della Legge del 31 agosto 1994) e egiziano (art. 16.3 della Legge 21 aprile 1994).

[42] In base a tale principio, prima, il giudice nazionale deve astenersi dall'occuparsi della controversia sottoposta all'arbitrato (effetto negativo) e solo il tribunale arbitrale ha il potere decidere sulla propria competenza quando è oggetto di discussione (effetto positivo). Principio previsto, ad esempio, dal diritto francese (1506 che rinvia all'articolo 1465 c.p.c.); italiano (art. 817 e 819-ter c.p.c); svizzero (art. 186, c. 1 LDIP); algerino (art. 1044 NCPCA); romeno (art. 571 NCPCR) o ancora portoghese (art. 18 della Legge del 14 dicembre 2011).

[43] L. LORENZINI, *Arbitrage interne et international, monisme ou dualisme: réflexion de droit comparé à partir d'une étude franco-italienne*, Tesi di Dottorato di ricerca, Università di Parigi 10 Nanterre (Francia) e Università di Bologna (Italia), novembre 2015.

diritto oggettivo, considerato come un embrione di disciplina transnazionale dell'arbitrato, che conduce le parti, di diverse nazionalità, a svincolarsi dalle norme nazionali per aderire ad una prassi che diventa norma in ragione dell'oggetto della lite[44].

6. Quali sono i settori dove questa transnazionalizzazione ha apportato le novità più significative?

Dare una descrizione precisa della prassi processuale internazionale è ovviamente impossibile, proprio perché essa costituisce espressione dell'autonomia delle parti e degli arbitri, ed è quindi soggetta a variare da un caso all'altro a seconda delle loro preferenze[45]. Tuttavia, è possibile identificare i settori dove la transnazionalizzazione ha apportato le novità più significative.

6.1. La fase preliminare del processo arbitrale (la costituzione del tribunale arbitrale, il *preliminary meeting* e i *Terms of Reference*).

Una volta costituito il tribunale arbitrale, è prassi diffusa procedere con un *preliminary meeting* tra le parti e l'arbitro, che può tenersi anche in videoconferenza. Oggetto del *preliminary meeting* è un confronto generale sull'organizzazione della procedura; ad esso possono seguire i cd. *procedural orders* dell'arbitro, in cui vengono fissate una serie di regole specifiche applicabili alla procedura. A conclusione di questa fase è prevista la sottoscrizione dei *Terms of Reference* (o atto di missione) ad opera delle parti. Si tratta di un documento redatto a seguito delle discussioni scritte e orali intervenute tra le parti e l'arbitro in questa fase. Tale segmento procedurale ha, tra le sue funzioni principali, quella di delimitare l'oggetto dell'arbitrato e di precisare sia le domande delle parti che la lista delle questioni, nonché di regolare vari aspetti di non secondaria importanza della futura procedura (come la sede, la lingua, il calendario, ecc).

6.2. La scelta della lingua

Al momento di redigere la convenzione arbitrale è auspicabile che le parti indichino la lingua in cui dovrà svolgersi la procedura. La scelta della lingua è importante perché incide non solo sulla possibilità per le parti, gli arbitri e i difensori, di svolgere agevolmente le loro funzioni; ma anche sui costi e sui tempi della procedura (soprattutto se le parti devono procedere alla traduzione di documenti nella lingua della procedura). In assenza di scelta delle parti,

[44] Qui la procedura transnazionale si offre indipendentemente dalla nazionalità dei cittadini della controversia internazionale: le regole diventano una norma superiore che va al di là delle singole norme nazionali.

[45] F. BORTOLOTTI, *L'amministrazione della prova nell'arbitrato internazionale*, cit., 599.

provvede il tribunale arbitrale, che gode di ampia discrezionalità al riguardo[46]. Nella pratica, il tribunale, solitamente, sceglie la lingua comune alle parti ma se queste ultime hanno lingue diverse, la scelta cade sulla lingua del contratto[47]. Inoltre, il tribunale arbitrale può decidere la lingua della procedura, anche, alla luce di ulteriori criteri, come la lingua della corrispondenza scambiata dalle parti, la lingua degli arbitri e dei legali delle parti, la lingua dei testimoni chiave, la lingua in cui sono redatti i documenti rilevanti oppure la lingua della legge applicabile al merito.

6.3. Le modalità di comunicazione

In base alla prassi, si tende a limitare il numero di documenti scritti[48] forniti dalle parti, salvo che questa limitazione non si concretizzi in un indebito limite alla difesa delle parti.

6.4. Le modalità di assunzione della prova[49]

Di regola, nella fase istruttoria, prima delle udienze, il tribunale arbitrale autorizza le parti a produrre testimonianze scritte e, se il caso lo richiede, perizie tecniche[50], qualora i difensori incaricati dalle parti non abbiano particolare familiarità con il diritto applicabile alla controversia. È, infatti, frequente che le parti depositino una perizia concernente questioni specifiche di diritto.

Nel contesto di una procedura arbitrale internazionale, assume un ruolo centrale l'udienza dedicata all'esame dei testimoni, che vede un'attiva partecipazione dei difensori delle parti. Anche se la funzione e il peso probatorio delle udienze orali variano notevolmente a seconda della tradizione giuridica di riferimento[51], negli arbitri internazionali accade, sempre più spesso, che sia prevista una fase probatoria ispirata alla procedura di origine anglosassone (una, seppur limitata, *discovery*), nella quale le parti chiedono, reciprocamente, la produzione di quei documenti ritenuti rilevanti ai fini della soluzione della

[46] Art. 17 LCIA Arbitration Rules.

[47] Art. 20 del Regolamento ICC del 2017.

[48] Artt. 3(1) e 3.12(b) IBA *Rules of Evidence*.

[49] Per una visione d'insieme delle problematiche relative alla istruzione probatoria nell'arbitrato internazionale, si veda M. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Commentario breve al Diritto dell'Arbitrato*, Cedam, Padova, 2017, 625 ss., spec. 978 ss.

[50] Le testimonianze scritte riguardano testimonianze di mero fatto mentre le perizie tecniche riguardano non solo testimonianze su questioni tecniche e/o quantificazione dei danni ma anche questioni di diritto.

[51] Mentre nella tradizione di alcuni paesi di *civil law* viene distinta la posizione delle parti e quella dei testimoni ai fini della prova, poiché la prova orale ha una rilevanza secondaria rispetto alle prove documentale; nei paesi di *common law* la testimonianza è di fondamentale importanza. Si veda: J.F. POUDRET, S. BESSON, *Arbitrage international, Droit comparé de l'arbitrage international*, Schulthess, Genève, 2002, 587, per il quale: "[...] *il existe une différence fondamentale entre les mesures visant à obtenir la production de documents selon les droits de tradition civiliste et les procédures de discovery*".

controversia[52]. Gli arbitri internazionali, nell'esercizio del loro potere e dovere di regolare lo svolgimento del giudizio, sono liberi di decidere sia se consentire il procedimento di *discovery* sia come disciplinarlo. Sul punto *l'International Bar Association* (IBA) ha predisposto una serie di regole pratiche per l'assunzione delle prove negli arbitrati internazionali[53]. Una disciplina relativa, in particolare, alla prova per testimoni (come ad esempio in tema di *witness statements*[54]) e che permette anche alla parte, attraverso la sua testimonianza diretta, di avere un ruolo assai più incisivo di quello normalmente consentito dalle regole processuali dei paesi di *civil law*[55]. In caso di mancata ottemperanza all'ordine di produzione di un determinato documento, gli arbitri non hanno nessun potere coattivo autonomo, ma solo il potere di inferire che tale documento sia contrario agli interessi della parte che si è rifiutata di produrlo, applicando così la cosiddetta regola delle "*adverse inferences*"[56].

6.5. L'udienza

L'udienza arbitrale, in cui vengono sentite oralmente le parti, i loro avvocati, i testimoni e gli esperti, rappresenta un momento importante della procedura arbitrale, soprattutto a livello internazionale, anche su richiesta di una sola delle parti[57]. Per quanto riguarda l'udienza, vi è una tendenza alla verbalizzazione della stessa, tramite registrazione e successiva trascrizione integrale, come avviene ad esempio negli Stati Uniti, anche se in sede giudiziaria. In Italia e in Francia, invece, in sede giudiziaria il verbale d'udienza è redatto in forma riassuntiva, sotto la direzione del giudice.

[52] Il problema si pone soprattutto per gli arbitri aventi sede nei paesi di *civil law* tra cui l'Italia e la Francia, dove la *discovery* è un procedimento del tutto sconosciuto in sede di giurisdizione ordinaria.

[53] *IBA Rules on the Taking of Evidenze in International Arbitration* del 2010, articoli 3.3 fino a 3.7. I quali prevedono che è necessario che la richiesta di produzione riguardi documenti identificati specificamente o facenti parte di una categoria strettamente delimitata che possa ragionevolmente ritenersi esistente; il che dovrebbe almeno in teoria escludere forme di *discovery* troppo ampie *(fishing expeditions).* Inoltre la parte richiedente deve indicare i motivi per cui i documenti richiesti sono rilevanti per il caso e determinanti per il suo esito, nonché perché ritiene che l'altra parte ne abbia la disponibilità. V. F. BORTOLOTTI, *L'amministrazione della prova nell'arbitrato internazionale*, cit., 609.

[54] Vedi ad esempio, art. 4 delle IBA *Rules on Evidenze*; art. 5 *Prague Rules*; art. 20 del Regolamento *LCIA Arbitration Rules*. Tuttavia, il legale non deve influenzare il testimone, ma solo aiutarlo a raccogliere la testimonianza e a prepararsi per l'udienza dando loro le indicazioni necessarie per affrontare l'udienza. M. HWANG S.G., A. CHIN, *The Role of Witness Statements in International Commercial Arbitration*, in *ICCA, International Arbitration 2006: Back to Basics?* (Atti del XVIII° Congresso dell'ICCA, Montreal 2006), ICCA Conress series, vol.13, 650 ss, spec. 657.

[55] Per esempio, di usare la *direct examination, la cross examination* e soprattutto la *re-direct examination.*

[56] Articolo 9.5 delle IBA *Rules of Evidence*.

[57] Art. 8 *Prague Rules*; art. 25(6) del Regolamento ICC Edizione 2017; art. 19 (1) del Regolamento *LCIA Arbitration Rules* Edizione 2014; Art. 15. 2 del Regolamento UNCITRAL; Art. 27(1) *SCC Institute Rules.*

7. Conclusioni

Il tema della "transnazionalizzazione" dimostra l'esistenza di una tendenza alla globalizzazione, anche in materia arbitrale, idonea a farci comprendere come lo studio dell'arbitrato non possa più avvenire con un approccio limitato ad una sola realtà nazionale, ma debba aver luogo con una visione di insieme, che vada al di là dei singoli ordinamenti giuridici.

Del resto, è di grande interesse l'attenzione riservata, nell'ambito del presente convegno, al problema delle regole di procedura comuni sviluppate attraverso l'arbitro; regole che alla fine permettono ad ognuno di sentirsi parte di una comunità molto più ampia e non solo limitata ad un determinato territorio. L'essenza di quanto detto si riscontra nella definizione di Philip Jessup inizialmente citata, la quale allude ad un diritto idoneo a regolare situazioni che trascendono le frontiere nazionali e che contiene elementi di diritto internazionale pubblico e privato, così come altri tipi di regole che non corrispondono esattamente a nessuna delle categorie tradizionali[58].

[58] Cit. nota 1.

SCIENZA GIURIDICA, POLITICA ED ECONOMIA NELL'UNIFORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO*

ALESSANDRO SOMMA **

Sommario

1. Sulla opportunità e possibilità di un diritto uniforme. – 2. Mutazione giuridica, metodologia comparatistica e uniformazione del diritto. – 3. Codificazione e uniformazione del diritto privato. – 4. Al servizio del principe: sul ruolo della dottrina nella costruzione del diritto privato europeo. – 5. Segue: il solidarismo impossibile. – 6. Uniformazione del diritto e modelli economici: il capitalismo neoamericano. – 7. Segue: federalismo hayekiano e neoliberalismo. – 8. Uniformazione vs concorrenza tra ordinamenti giuridici? – 9. Il ruolo delle corti: l'uso giurisprudenziale della comparazione. – 10. A mo' di conclusione: uniformazione del diritto privato e federalismo solidarista.

Abstract

Even if the movement towards uniform law is slowing down, due to growing concerns about its possibility and opportunity, the convergence of national law is somehow evolving. A possible way of tackling the many problematic aspects of this topic, is to analyse the role of legal science, politics, and judges on this regard, i.e. to outline the contribution of scholars, legislators and courts to the formation of uniform law. The main argument of this contribution is that they are primarily committed to enhance a neoliberal way of conceiving the economic order, since unification of law along alternative values is incompatible with the current idea of interpreting the role of the State.

Suggerimento di citazione

A. SOMMA, *Scienza giuridica, politica ed economia nell'uniformazione del diritto privato*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al webinar *L'impatto delle dinamiche transnazionali sui sistemi normativi* svoltosi il 23 novembre 2020 e organizzato dall'Università di Pisa, con le associazioni DPCE e AIPC, nell'ambito del Progetto di ricerca di Ateneo 2018-2019 su *Diritto senza politica. Le forme della produzione giuridica nell'epoca transnazionale*.

** Professore ordinario di Diritto privato comparato nell'Università La Sapienza di Roma.
Contatto: alessandro.somma@uniroma1.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 1/2021
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Sulla opportunità e possibilità di un diritto uniforme

Negli ultimi tempi il tema dell'uniformazione del diritto[1], come si sa al centro di dibattiti risalenti e partecipati, ha attirato l'attenzione dei comparatisti di sensibilità privatistica interessati a riflettere criticamente sulla globalizzazione. Dopo una fase iniziale caratterizzata dal favore per il fenomeno, per molti aspetti ispirata da idealità quali il proposito di favorire un diffuso riconoscimento dei diritti fondamenti e il dialogo tra i popoli[2], questo viene sempre più stigmatizzato per la sua capacità di indurre una insidiosa omologazione di tutte le sfere in cui si verificano gli sconfinamenti tipici di quel fenomeno: politica, economica e culturale. Si è nel merito sostenuta l'opportunità di superare visioni etnocentriche del fenomeno diritto[3], e di assumere la tutela dell'identità a motivo ispiratore dei raffronti. Più in generale si è promosso l'abbandono dei paradigmi ereditati dalla modernità, attenti più a ciò che unisce gli oggetti del raffronto, a favore di paradigmi capaci di far emergere ciò che li differenzia.

Si è insomma proposto di accedere a una comparazione condotta secondo un metodo contestualista contrapposto in particolare al metodo funzionale[4], attenta a valorizzare quanto non da ieri si indica con espressioni quali tradizione, esperienza o cultura giuridica[5]. Il tutto per risintonizzarsi con il significato etimologico di «comparazione», che implica il mettere alla pari, tuttavia non per rendere omogeneo, bensì per consentire la «coesistenza pacifica di quanto viene considerato uguale»[6]: per consentire coabitazioni «nella riconoscenza e nel rispetto di una specificità attraverso la quale deve passare chiunque possa pretendere di partecipare a una comprensione nel senso forte del termine»[7].

Questi propositi hanno dato vita a una forma di comparazione militante in quanto pretende di evidenziare le diversità contro i tentativi di soffocarle

[1] La locuzione «diritto uniforme» si intende qui in senso lato, per includere le diverse forme che assume il superamento della diversità tra diritti nazionali, quindi senza distinguere tra unificazione e armonizzazione. Sugli aspetti terminologici del tema, per tutti J. BONELL, Voce *Unificazione internazionale del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. 45, Milano, Giuffrè, 1992, 720 s.

[2] Sulla scia della letteratura influenzata dal dramma del secondo conflitto mondiale: per tutti M. SARFATTI, *Comparative law and the unification of law*, in *Tulane Law Review*, 26, 1951-52, 317 ss.

[3] Ad es. W. TWINING, *Globalisation and Comparative Law*, in E. ÖRÜCÜ, D. NELKEN (a cura di), *Comparative Law. A Handbook*, Oxford e Portland, Hart Publishing, 2007, 69 ss.

[4] T. AMICO DI MEANE, *Metodologia e diritto comparato alla ricerca della creatività. Verso un approccio flessibile*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 3, 2019, 185 s.

[5] V. rispettivamente J.M. MERRYMAN, *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law* (1969), Milano, Giuffrè, 1973, 7 ss.; R. ORESTANO, *Della esperienza giuridica vista da un giurista* (1980), in ID., *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna, Il Mulino, 1981, 505 ss. e M. Van HOECKE,M. WARRINGTON, *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 47, 1998, 498 ss.

[6] H.P. GLENN, *The national legal tradition*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 11, 2007, 15.

[7] P. LEGRAND, *Le droit comparé*, Paris, Presses Universitaires de France, V ed., 2015, 94.

attraverso l'esaltazione delle comunanze, quindi di concentrare l'attenzione sulle «coordinate di tempo e di luogo» e persino sulla «fugacità»: per promuovere «l'identità culturale dei popoli come degli individui», elevando la diversità a «valore giuridico»[8]. Una comparazione che a ben vedere sviluppa la riflessione sul pluralismo giuridico in aspetto privilegiato dalla comparazione nella sua essenza di critica radicale ai dogmi ereditati dalla tradizione, primi fra tutti quelli alimentati da chi riduce il diritto alle sue fonti formali di produzione[9]. E che si definisce postmoderna per ricondursi a quell'insieme complesso e variegato di opzioni culturali tenute insieme dal proposito di contrapporsi alle tensioni uniformanti della modernità, di combattere la sua aspirazione alla «programmazione della totalità sociale»[10].

Certo, il riferimento alla postmodernità non consente di qualificare in termini più circostanziati l'approccio alla comparazione cui rinvia la reazione alla modernità, e tuttavia esso restituisce il senso della diffidenza, se non dell'avversione, con cui si guarda all'uniformazione del diritto. Una diffidenza e una avversione condivisa da chi non solo sostiene l'inopportunità di quest'ultima, bensì anche e soprattutto la sua impossibilità dal punto di vista teorico, prima ancora che pratico.

Non si potrebbe cioè formare un diritto uniforme in quanto le sue proposizioni sono comunque interpretate a livello locale, e questo impedisce di accantonare le differenze: il diritto non è «atopico», perché in quanto «atto linguistico» non può mai produrre «un significato universale»[11]. Se dunque le regole possono anche apparire come uniformi, lo stesso non può dirsi per il significato loro attribuito dagli interpreti, il cui apporto creativo appare ineliminabile e alla base di una irrimediabile diversità del diritto e nel diritto[12]. Con buona pace di chi pensa di aggirare il problema accompagnando l'uniformazione del diritto con quella della formazione del giurista[13], sulla scorta di quanto si era sperimentato nell'ambito del movimento di *Law and development*: con risultati tanto effimeri da determinarne il fallimento[14].

[8] E. JAYME, *Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione*, in *Rivista di diritto civile*, 43, 1997, I, 813 ss. Anche ID., *Internationales Privatrecht und postmoderne Kultur*, in *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 22, 1997, 230 ss.

[9] G. FLETCHER, *Comparative Law as a Subversive Discipline*, in *American Journal of Comparative Law*, 46, 1998, 695.

[10] J.-F. LYOTARD, *La condizione postmoderna* (1979), Milano, Feltrinelli, 1999, 27.

[11] P. LEGRAND, *Le droit comparé*, cit., 88 e 102 s.

[12] P. LEGRAND, *What "Legal Transplants"?,* in D. NELKEN, J. FEEST (a cura di), *Adapting Legal Cultures*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2001, 55 ss.

[13] Ad es. A. FLESSNER, *Rechtsvereinheitlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 56, 1992, 243 ss.

[14] Cfr. D.M. TRUBEK e M. GALANTER, *Scholars in Self-Estrangement. Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States*, in *Wisconsin Law Review*, 4, 1974, 1078 ss.

Militerebbe a favore della impossibilità di un diritto uniforme anche l'affermazione che essa è una conseguenza naturale della variazione, la quale costituisce a sua volta il motore dell'evoluzione: tanto che «la diversità è la proprietà del reale». E tuttavia, diversamente da quanto avviene negli ambiti studiati dalle scienze dure, la cultura e quindi anche il diritto viene interessata dal fenomeno dell'imitazione, il quale apre la strada, se non all'uniformazione, al moto verso di essa[15].

Se dunque sono numerose e fondate le ragioni per sostenere l'inopportunità e al limite l'impossibilità di un diritto uniforme, ciò non toglie che sia da tempo in atto un processo di denazionalizzazione del diritto[16], sebbene meno ambizioso dal punto di vista di chi, riferendolo a settori ampi dell'ordinamento o invocando una minuziosa disciplina di ogni aspetto della materia trattata[17], lo ha in qualche modo «mitizzato»[18]. Neppure toglie che al diritto uniforme si siano dedicati e si dedichino tuttora numerosi e variegati sforzi: da parte del legislatore, delle corti e della dottrina. A questi ci dedicheremo nel corso del lavoro, per verificare i risultati di volta in volta ottenuti, e a monte individuare la loro ispirazione politico normativa di fondo.

2. Mutazione giuridica, metodologia comparatistica e uniformazione del diritto

Prima di procedere in tal senso, occorre dire dell'uniformazione non tanto come finalità apertamente perseguita dagli operatori del diritto cui abbiamo appena fatto riferimento, bensì come tendenza che diversi comparatisti mostrano di ritenere una peculiarità intrinseca del fenomeno diritto. Questo emerge soprattutto dalle loro analisi sulla mutazione giuridica, ovvero dagli studi volti a identificare i motivi per cui il diritto cambia, ma lo stesso discende da alcune opzioni metodologiche, ovvero dall'impiego di specifiche modalità del raffronto.

Iniziamo con le analisi sulla mutazione giuridica, notoriamente condotte in passato sulla scorta dei paradigmi evoluzionisti: quelli che hanno

[15] R. SACCO, *La diversità nel diritto (a proposito dei problemi di unificazione)*, in *Rivista di diritto civile*, 48, 2000, I, 15 ss.

[16] Per tutti D.P. FERNANDEZ ARROYO, *The growing significance of sets of principles to govern trans-boundary private relationships*, in UNIDROIT (a cura di), *Eppur si muove: The age of Uniform Law – Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, vol. 1, Roma, Unidroit, 2016, 251 ss.

[17] Al proposito S. FERRERI, *The devil is in the details. Undetected differences in projects to harmonize the law*, *ivi*, 316 ss. Anche ID., *Le fonti a produzione non nazionale*, in A. PIZZORUSSO et al., *Le fonti del diritto italiano. Le fonti scritte*, in *Trattato di diritto civile*, dir. da R. SACCO, Torino, Utet, 1998, 242 ss.

[18] M. BOODMAN, *The myth of harmonization of law*, in *American Journal of Comparative Law*, 39, 1991, 699 ss.

accompagnato la nascita della moderna comparazione giuridica in occasione del celeberrimo congresso parigino tenutosi durante l'Esposizione universale del 1900. Lì si è ribadita una convinzione diffusa all'epoca, ovvero che il diritto evolve in modo unilineare secondo uno schema in cui si ammettono tutt'al più «varianti insignificanti», come quelle concernenti «la serie degli stati embrionali degli esseri viventi». E si è in tal modo attribuito alla comparazione giuridica il limitato compito di ricostruire la «concatenazione regolata, uniforme e inevitabile di fasi successive» che descrive la traiettoria dell'evoluzione del diritto[19]: il compito di mettere in luce le tappe del suo convergere verso modelli uniformi, identificati con quelli fatti propri dalla tradizione giuridica occidentale in quanto tradizione più evoluta.

Come si sa, da tempo l'approccio evoluzionista allo studio del diritto è screditato, sebbene tuttora presente sottotraccia nelle analisi di molti tra coloro i quali affermano di condannarlo. Prevale ora un approccio diffusionista, per il quale la mutazione giuridica viene ritenuta un effetto del contatto tra culture piuttosto che dell'innovazione originale, e quindi dell'imitazione cui abbiamo appena fatto riferimento[20]. Di qui l'importanza della circolazione dei modelli, di norma motivata con il prestigio di quello imitato, anche se essa è più sovente il risultato di una imposizione «resa possibile da una conquista militare o da una dominazione politica»[21], o più spesso economica.

L'opzione per l'approccio diffusionista non mette però al riparo dalla tendenza a utilizzare l'analisi della mutazione giuridica come riscontro di una sorta di naturale tendenza degli ordinamenti ad alimentare forme di uniformazione del diritto. Lo vediamo in particolare nella teoria dei cosiddetti trapianti giuridici, secondo cui il diritto cambia perché si realizza nel tempo una catena di imitazioni più o meno fedeli di regole e istituzioni, in massima parte modellate sul diritto romano, oltre che sul *common law* inglese. Il tutto realizzato non tanto dal potere politico, di norma «poco interessato a produrre diritto», bensì dai cultori del diritto dell'ordinamento imitatore, in particolare dai giudici e dagli studiosi. I quali operano secondo criteri di ordine meramente tecnico, essendo condizionati unicamente dalla loro specifica «cultura giuridica»[22].

Questa teoria è criticabile innanzi tutto perché svaluta la connessione diretta tra diritto e società, ma non è questo l'aspetto che qui più interessa. Essa consente infatti di mettere in luce un possibile esito dell'approccio

[19] G. TARDE, *Le droit comparé et la sociologie*, in *Bulletin mensuel de la Société de législation comparé*, 32, 1900, 530 s.

[20] Per tutti A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, dir. da R. SACCO, Torino, Utet, III ed., 2008, 24 ss.

[21] Cfr. R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, il Mulino, 2007, 47.

[22] A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Athens e London, University of Georgia Press, II ed., 1993, 107 ss.

diffusionista, ovvero il suo prestarsi a essere utilizzato per costruire catene artefatte di imitazioni, e dunque accreditare forme di uniformazione spontanea del diritto funzionali a stabile una gerarchia tra ordinamenti dominata da quello esportatore di modelli: descrivibile in termini di centro dell'esperienza giuridica, punto di riferimento per le periferie inesorabilmente votate all'importazione di modelli. Trascurando che l'imitazione non è mai riducibile all'assorbimento passivo di contenuti eteronomi, essendo essa una pratica per la quale rileva anche l'apporto creativo dell'imitatore[23], riconducibile fra l'altro alla eventuale selezione dei prodotti dell'imitazione: tanto che non di trapianto dovrebbe parlarsi, il quale di norma presuppone la morte dell'organismo donante, bensì di «innesti» destinati a produrre la «fusione delle vite di due organismi», il donante e il ricevente, o in alternativa la «sovrapposizione dell'uno all'altro»[24].

A ben vedere i teorici dei trapianti giuridici non nascondono che questi non si risolvono in una fedele trasposizione di regole, le quali anzi subiscono «frequentemente se non sempre delle trasformazioni»[25]. E tuttavia, come abbiamo detto, reputano che la trasposizione sia il risultato dell'azione dei cultori del diritto e non anche del potere politico. Il diritto sarebbe insomma un fenomeno apolitico, e proprio da questa sua caratteristica discenderebbe la sua capacità di esprimersi attraverso modelli uniformanti e uniformati.

Lo stesso nesso tra uniformazione e carattere apolitico del diritto lo ritroviamo presso i fautori di un particolare metodo della comparazione giuridica: l'analisi funzionale. Come si sa, quest'ultima induce a condurre raffronti a partire da domande poste in termini fattuali e non concettuali, e in tal senso a interrogarsi sulla funzione degli istituti giuridici[26]. Questo approccio ha contribuito non poco a qualificare la comparazione giuridica come scienza votata a contestare le ortodossie teoriche ereditate dalla tradizione, prima fra tutte il positivismo legislativo, ma ha nel contempo alimentato altre forzature non meno insidiose. Lo si è in effetti utilizzato per affermare che, sebbene presentino «differenze nello sviluppo storico, nella loro struttura sistematico teorica e nello stile delle applicazioni pratiche», ordinamenti giuridici diversi adottano soluzioni in tutto e per tutto assimilabili. Tanto che il comparatista, pur constatando notevoli diversità sul piano tecnico giuridico, può muovere da un vero e proprio paradigma epistemologico: la «presunzione di similitudine delle

[23] Per tutti G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, Il Mulino, 2010.

[24] E.A. FELDMAN, *Patients' Rights, Citizens' Movements and Japanese Legal Culture*, in D. NELKEN (a cura di), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot etc., Dartmouth, 1997, 220 s.

[25] A. WATSON, *Legal Transplants*, cit., 116 s.

[26] K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, III ed., 1996, 359 ss. e 382 ss.

soluzioni pratiche», valida se non altro in tutti gli ambiti non compromessi da opzioni culturali. E ciò porta a concludere che, fuori dal diritto di famiglia, delle persone e successorio, vi sia un «diritto privato apolitico» in buona sostanza coincidente con il diritto patrimoniale o del mercato[27].

A ben vedere questa conclusione appare inevitabile, e in tal senso una verità autoreferenziale, se si considera la premessa da cui muovono i fautori dell'analisi funzionale: che occorre limitarsi a raffrontare unicamente regole concepite per assolvere alla medesima funzione[28]. Ma non è questo l'aspetto più rilevante ai nostri fini, bensì l'implicito convincimento che l'uniformazione in quanto peculiarità del fenomeno diritto, o quantomeno il moto verso di essa, possa emergere esclusivamente adottando metodologie più o meno apertamente pensate per occultare la dimensione politico normativa di quel fenomeno.

Si torna così alla riflessione con cui abbiamo introdotto queste pagine: adottando un punto di vista attento all'identità degli oggetti messi a confronto, la comparazione difficilmente può essere messa al servizio dell'uniformazione del diritto. Un simile punto di vista deve essere talvolta relativizzato, se non altro perché la sua esasperazione impedirebbe al comparatista di assolvere a compiti fondamentali come la classificazione degli ordinamenti, da ritenersi un insostituibile strumento didattico[29], oltre che un imprescindibile punto di riferimento per la microcomparazione[30]. Detto questo, abbiamo fornito ulteriori riscontri di come l'uniformazione del diritto richieda di accettare forzature più o meno evidenti in ragione delle opzioni metodologiche di volta in volta fatte proprie dal cultore del diritto comparato.

3. Codificazione e uniformazione del diritto privato

Torniamo a riflettere sulla promozione dell'uniformazione del diritto, che rappresenta una finalità costitutiva della moderna comparazione giuridica[31], enfatizzata, esattamente come l'approccio evoluzionista alla mutazione giuridica, nel corso dell'incontro ritenuto il suo formale atto di nascita. Allora la materia venne messa al servizio dei tentativi di individuare tendenze diffuse negli ordinamenti con caratteristiche economiche e sociali assimilabili, ovvero

[27] K. ZWEIGERT, *Die «praesumptio similitudinis» als Grundsatzvermutung rechtsvergleichender Methode*, in AA.VV., *Buts et methodes du droit comparé*, Padova, Cedam, 1973, 737 s.

[28] Cfr. M. GRAZIADEI, *The Functionalist Heritage*, in P. LEGRAND, R. MUNDAY (a cura di), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge etc., Cambridge University Press, 2003, 102.

[29] Per tutti H. KÖTZ, *Abschied von der Rechtskreislehre?*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 6, 1998, 493 ss.

[30] Ad es. M. SIEMS, *Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, II ed., 2018, 48.

[31] R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, dir. da R. SACCO, Torino, Utet, VII ed., 2019, 142. Nella letteratura risalente ad es. H.E. YNTEMA, *Comparative research and unification of law*, in *Michigan Law Review*, 41, 1942, 261.

accomunati dalla condivisione di un medesimo livello di «civilizzazione giuridica»[32]. Si sarebbero in tal modo identificate le linee «ideali di progresso giuridico» e contribuito a confezionare «il diritto comune dell'umanità civilizzata»[33].

Un simile programma traeva spunto da due convincimenti: che l'uniformazione incontrasse nelle codificazioni nazionali un ostacolo insuperabile, e che solo la scienza giuridica avrebbe potuto alimentare il processo di superamento della frammentazione alimentata dal legislatore. Questo si ricava dal rilievo che il diritto comune dell'umanità civilizzata avrebbe assunto il medesimo ruolo attribuito «nei Paesi in cui si avevano diverse consuetudini o diverse legislazioni locali, come l'antica Francia o la Germania prima del suo codice civile», alla «costruzione progressiva e dottrinale di un diritto unitario formatosi al di sopra e oltre le diversità giuridiche»[34].

A ben vedere il contrasto tra uniformazione e codificazione nazionale del diritto privato deve essere relativizzato. Notoriamente i testi adottati nei diversi ordinamenti derivano da una consapevole circolazione di pochi modelli originali[35], e sono pertanto veicoli di uniformazione piuttosto che di frammentazione dell'esperienza giuridica, tanto più marcata quanto più coinvolge i modelli dottrinali accanto a quelli legislativi. Questo vale per le fasi storiche connotate dal protagonismo dello Stato nazionale, quando i modelli di riferimento erano soprattutto francesi e tedeschi, ma le cose non mutano sostanzialmente negli anni in cui si moltiplicano le cessioni di sovranità nazionale a favore di corpi politici sovranazionali: quando pure si ripropone l'idea di una inconciliabilità tra codificazione nazionale e uniformazione del diritto privato.

Esemplare quando avvenuto nell'Europa unita, dove sul finire degli anni Ottanta del Novecento il Parlamento ha chiesto di dare «inizio agli indispensabili lavori preparatori preliminari all'elaborazione di un codice europeo comune del diritto privato», e in tale prospettiva di «potenziare i centri di studi di diritto comparato esistenti» e «incentivare i tentativi di codificazione»[36]. Come è noto, ma sul punto torneremo fra breve, non solo un simile testo non ha ancora visto la luce, ma il passare del tempo ha evidenziato come esso sia del tutto estraneo all'agenda politica dei prossimi decenni. Si è però assistito a una sorta di competizione tra ordinamenti nazionali intenzionati a fornire il modello più idoneo e aggiornato per l'impresa codificatoria europea, alla base

[32] Cfr. D.S. CLARK, *Nothing New in 2000? Comparative Law in 1900 and Today*, in *Tulane Law Review*, 75, 2001, 875 ss.

[33] R. SALEILLES, *Conception et objet de la science du droit comparé*, in *Bulletin mensuel de la Société de Législation Comparé*, 32, 1900, 383 ss.

[34] *Ibidem*.

[35] Per tutti A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 26 ss.

[36] Risoluzione *su un'azione volta a ravvicinare il diritto privato degli Stati membri* del 26 maggio 1989, doc. A 2-157/89.

di riforme più o meno ampie e per molti aspetti convergenti dei principali articolati.

Per primi si sono mossi i Paesi Bassi, che si sono dotati di un nuovo *Burgerlijk Wetboek*, in gran parte entrato in vigore nel 1992. Questo codice è il risultato di una lunga gestazione, che fu avviata negli anni Cinquanta del Novecento e che nelle sue fasi finali è stata mossa dall'intento di realizzare una sorta di sistemazione del diritto civile europeo, più che una riscrittura del diritto civile nazionale. Il tutto formalmente riconosciuto e celebrato dal Parlamento europeo[37], oltre che affiancato da iniziative accademiche sostenute dall'esecutivo e volte a promuovere la redazione di un codice civile europeo[38].

Sollecitati dagli olandesi, anche i tedeschi hanno inteso fornire il loro contributo, sebbene limitatamente al diritto delle obbligazioni, con una riforma del *Bürgerliches Gesetzbuch* dedicata alla «modernizzazione della materia» ed entrata in vigore nel 2002[39]. In un primo tempo la riforma doveva limitarsi a recepire alcune direttive europee in tema di tutela del consumatore, che tuttavia hanno offerto lo spunto per la più ampia revisione del Codice mai realizzata, avendo essa coinvolto numerose disposizioni collocate nella Parte generale e nel Libro delle obbligazioni[40]. Il tutto accompagnato da una aperta ostilità da parte della dottrina, in massima parte convinta di dover difendere l'originaria purezza concettuale e sistematica dell'articolato ottocentesco. Questa non ha tuttavia potuto contrastare la volontà del legislatore tedesco di fornire il più aggiornato modello al quale l'eventuale codificazione del diritto civile europeo si sarebbe dovuta o almeno potuta ispirare, la cui attrattività si è voluta far dipendere dall'accoglimento di numerose soluzioni elaborate dagli studiosi impegnati nella costruzione del diritto privato europeo[41].

I francesi non potevano a questo punto restare inerti. Per aggiornare il diritto delle obbligazioni contenuto nel *Code civil*, nel 2004 il Ministero della giustizia ha così avviato una complessa opera di riscrittura di quella parte dell'articolato, condotta avendo come punto di riferimento lo stato dell'arte in ambito europeo[42]. Dopo anni in cui si sono succeduti alcuni progetti e si è

[37] Risoluzione *sul diritto contrattuale europeo e la revisione dell'acquis: prospettive per il futuro* del 23 marzo 2006, P6_TA (2006) 0109.

[38] Cfr. A. HARTKAMP et al. (a cura di), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen etc., Ars Aequi Libri, 1994.

[39] *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* del 26 novembre 2001.

[40] Ad es. O. REMIEN (a cura di), *Schuldrechtsmodernisierung Und Europäisches Vertragsrecht: Zwischenbilanz Und Perspektiven*, Heidelberg, Mohr Siebeck, 2008.

[41] Cfr. i numerosi riferimenti contenuti nella relazione di accompagnamento all'*Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts* del 14 maggio 2001: *BT-Drucksache* 14/6040, 92, 96, 103, 129, 131, 164 s. e 214.

[42] Ad es. B. FAUVARQUE-CASSON, *Droit européen des contrats*, in *Recueil Dalloz*, 184, 2008, 557.

prodotta molta letteratura destinata a valutarli criticamente[43], nel 2015 si è finalmente giunti alla promulgazione di una legge nella quale si affida all'esecutivo il compito di emanare una ordinanza per «modernizzare, semplificare, migliorare la leggibilità, rinforzare l'accessibilità del diritto comune dei contratti, del regime delle obbligazioni e della prova»[44]. Quest'ultimo è stato predisposto poco dopo[45], tenendo conto «dei progetti di armonizzazione del diritto europeo e internazionale dei contratti e del diritto comparato»[46], per prendere parte in posizione privilegiata al dibattito sulla eventuale codificazione del diritto civile europeo: per mettere il «genio francese» nella condizione di rappresentare «un pungolo» per il legislatore europeo[47].

In letteratura non si disconosce che in ambito europeo nuove codificazioni nazionali o riforme di quelle in vigore abbiano contribuito a realizzare forme di uniformazione «in senso debole» del diritto privato[48]. Queste sono state ritenute il prodotto di una tensione transnazionale della dottrina continentale, oltre che della volontà di assecondare le dinamiche di un ordine economico incentrato sul principio di concorrenza. Vedremo però che il ruolo della dottrina nei processi di uniformazione del diritto privato risulta piuttosto marginale, se non altro rispetto a quanto immaginato da coloro i quali hanno pensato di far rivivere per tale via i fasti del positivismo scientifico. Vedremo anche che nel merito le possibilità di successo sono tanto più ridotte quanto più l'uniformazione realizza un allontanamento dai modelli economici dominanti, il che discende direttamente da una debolezza intrinseca del diritto di fonte sapienziale: il suo essere efficace nella misura in cui viene accolto dalla comunità dei soggetti cui si rivolge.

Ci concentreremo poi sui modelli economici dominanti, quelli emersi dallo scontro tra forme di capitalismo che ha visto prevalere la variante neoamericana, e a monte l'ortodossia neoliberale come fondamento di quest'ultima. Identificheremo quindi l'architettura europea come catalizzatore di riforme ispirate a quell'ortodossia, e in particolare a quanto viene identificato come federalismo hayekiano. Avremo così una utile chiave di lettura degli attuali

[43] Per tutti D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Rivista di diritto civile*, 62, 2016, II, 432 ss.

[44] Art. 8 *Loi relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures* n. 2015-177 del 16 febbraio 2015.

[45] *Ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016, convertita con la *loi* n. 2018-287 del 20 aprile 2018.

[46] *Loi* n. 2015-177 del 16 febbraio 2015, cit., *Exposé des motifs*.

[47] L. LEVENEUR, *Le Code civil et le droit communautaire*, in UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS (a cura di), *1804-2004. Le Code civil un passé un présent un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, 951.

[48] E. TUCCARI, *Riforma del codice civile e diritto privato europeo: verso un'armonizzazione in senso debole?*, in P. SIRENA (a cura di), *Dal fitness check alla riforma del codice civile. Profili metodologici della ricodificazione*, Napoli, Jovene, 2019, 301.

processi di uniformazione del diritto privato in area europea: di quelli riconducibili alla volontà di produrre una convergenza delle discipline nazionali, ma anche di quelli originati dal proposito di contrastarla, ad esempio attraverso forme di competizione tra ordinamenti giuridici.

Ci dedicheremo infine al ruolo delle corti come fonti di diritto uniforme, e dunque dell'uso giurisprudenziale della comparazione: aspetto sovente trascurato anche per le difficolta relative al reperimento dei dati su cui fondare la riflessione, e tuttavia non certo irrilevante, se non altro per completare la panoramica sui diversi canali attraverso cui si realizza la convergenza dei diritti nazionali.

Non ci occuperemo invece degli operatori economici in quanto protagonisti nella produzione di diritto uniforme, ovvero della nuova *lex mercatoria* intesa come disciplina del mercato autoprodotta dai suoi operatori, a cui si è notoriamente dedicata una letteratura vasta e attenta ai molteplici profili del tema[49]. L'economia a cui facciamo riferimento nel titolo di questo lavoro verrà presa in considerazione solo in quanto ispiratrice delle soluzioni accolte dalle fonti del diritto uniforme qui analizzate: la scienza giuridica e la politica, ovvero la dottrina e il legislatore.

4. Al servizio del principe: sul ruolo della dottrina nella costruzione del diritto privato europeo

Dedichiamoci ora al secondo convincimento fin da subito manifestato da chi ha reputato l'uniformazione del diritto privato un fondamentale compito attribuito alla comparazione: che il superamento del particolarismo debba essere affidato alla scienza giuridica e dunque tradursi nell'elaborazione di testi di *soft law*, almeno se non si tratta di disciplinare aspetti specifici e circoscritti[50]. Il convincimento è tuttora diffuso, esattamente come l'idea che il superamento del particolarismo sia una finalità prima della comparazione, e persino la sua ragion d'essere: come mostrano di ritenere in particolare i cultori dell'analisi funzionale cui abbiamo fatto più sopra riferimento.

Una retorica accattivante accompagna gli inviti a concepire l'uniformazione del diritto privato come una intrapresa eminentemente dottrinale: l'intervento del legislatore implica la volontà di imporre norme comportamentali dall'alto e dunque in modo autoritario, laddove la scelta di ricorrere agli studiosi implica un favore per l'intervento dal basso, per la partecipazione diffusa alla disciplina

[49] Sia consentito limitarsi a questi riferimenti obbligati: a F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 2001 e M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Roma e Bari, Laterza, 2012.

[50] Per i quali si riconosce l'utilità di ricorrere a convenzioni: al proposito la panoramica di J. BONELL, *Comparazione giuridica e unificazione del diritto*, in G. ALPA et al., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Roma e Bari, Laterza, nuova ed., 2012, 4 ss. Nella letteratura risalente R. DEMOGUE, *L'unification internationale du droit privé*, Paris, A. Rousseau, 1927, 49 ss.

dei comportamenti umani[51]. Questa retorica sembra disconoscere insegnamenti che vengono da lontano, e che pare persino banale richiamare: l'alto di cui si parla ha a che vedere con la partecipazione democratica e non certo con dinamiche autoritarie, queste ultime tipiche semmai dei processi di produzione spontanea delle regole. Processi non a caso celebrati dall'ortodossia ora dominate sulla scia della distinzione hayekiana tra «regole di comportamento» e «regole di organizzazione», ovvero tra diritto privato e diritto pubblico, la cui produzione i sistemi di *common law* riservano nel primo caso alle corti[52]: proprio per rimarcare il carattere autoritario del diritto prodotto dal legislatore, e più precisamente per prevenire interventi capaci di mettere il mercato al riparo dal principio di concorrenza.

Altri scomodano antiche dispute per sostenere l'opportunità di sottrarre la produzione di regole privatistiche a legislatori in preda a tensioni instabili, e in tal senso non sintonizzati con le delicate dinamiche che presiedono al mutamento giuridico[53]. Anche questo orientamento, di sapore premoderno e dunque nuovamente criticabile dal punto di vista della scarsa sensibilità per il meccanismo democratico, non riesce ad allontanare il sospetto che l'esito cui mira possa spiegarsi scomodando motivazioni decisamente più prosaiche. La produzione di regole giuridiche costituisce un'attività cui evidentemente aspirano molti soggetti, tutti interessati a condividerla con il legislatore nazionale in quanto fonte di produzione per secoli incontrastata. Non stupisce dunque se tra questi soggetti sia annoverabile il giurista, ovvero colui il quale è stato a sua volta scalzato dal legislatore nazionale nel suo ruolo di fonte di produzione: di qui le critiche al codice e più in generale all'utilizzo della *hard law* come strumento di uniformazione del diritto privato.

Tra i critici più vivaci si annoverano notoriamente i giuristi convinti di potere ricostruire la trama di un diritto europeo ricorrendo alla romanistica, e nel contempo di ripristinare i fasti del positivismo scientifico: circostanza evidenziata nella scelta di scomodare per questa proposta il nome di «neopandettistica»[54]. Un simile proposito ben si combina con le finalità perseguite dalla disciplina del mercato concepita a livello europeo, sulle quali torneremo fra breve, che un diritto privato a base romanistica asseconderebbe incondizionatamente: come si ricava a titolo esemplificativo dal rilievo che «i contratti basati

[51] Ad es. W. VAN GERVEN, *Codifying European private law*, in *European Law Review*, 8, 2002, 156 ss.

[52] F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata* (1973-1979), Milano, Il Saggiatore, 2000, 154 s.

[53] La celeberrima disputa tra Friedrich Carl von Savigny e Anton Thibaut viene ad esempio evocata da R. ZIMMERMANN, *Codification. The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law*, in *European Review of Contract Law*, 8, 2012, 367 ss.

[54] Al proposito P.G. MONATERI, TH. GIARO e A. SOMMA, *Le radici del diritto comune europeo. Un cambiamento di prospettiva*, Roma, Carocci, 2005, part. 218.

su null'altro che il consenso informale» è «diritto romano coperto di vestiti moderni», e in tal senso «uno dei quei principi latenti del diritto europeo» dei contratti[55].

Sono numerosi i riscontri di come il ruolo dei cultori del diritto nell'opera di costruzione del diritto privato europeo sia molto distante da quello cui rinvia il riferimento ai fasti del positivismo scientifico. Il riscontro definitivo è quello fornito dai lavori concernenti la redazione di un Quadro comune di riferimento inizialmente limitato al diritto contrattuale e poi esteso al diritto privato europeo, che su stimolo della Commissione sono stati affidati a una rete di studiosi individuata nell'ambito del 6. Programma quadro di ricerca e sviluppo tecnologico dell'Unione europea (2002-2006). Nel Quadro comune si volevano ricondurre a unità le migliori soluzioni adottate a livello nazionale e l'*acquis communautaire*, fornendo così nell'immediato principi, definizioni e regole modello utili a migliorare la coerenza e la qualità del diritto europeo, oltre che la base per un possibile futuro «strumento opzionale»: un non meglio definito «corpus moderno di regole particolarmente adattate ai contratti transfrontalieri nel mercato interno»[56].

La rete di studiosi non è stata libera nell'identificazione dei principi, delle definizioni e delle regole da ricondurre al Quadro, innanzi tutto perché ha dovuto operare nel rispetto della massima secondo cui «il principio della libertà contrattuale è fondamentale»: tanto che «qualora si intenda rendere obbligatoria l'applicazione di una norma, occorre indicarlo e giustificarlo». È stata inoltre costituita una commissione di portatori di interessi economici in cui erano rappresentati soprattutto imprese e professioni legali, le cui indicazioni si vollero rendere vincolanti per la rete di studiosi. Questi ultimi hanno infatti dovuto prendere parte a seminari su temi individuati dai portatori di interessi, nel corso dei quali veniva fornita la linea da seguire[57].

Ma non è tutto. Il Quadro comune di riferimento è stato completato da un decennio circa[58], e nel frattempo utilizzato come base per un ulteriore articolato confezionato su incarico della Commissione europea, interessata a incrementarne la pratica utilizzabilità. L'articolato, detto studio di fattibilità (*Feasibility study*), non ha però avuto particolari impieghi: ha semplicemente ispirato

[55] R. ZIMMERMANN, *Roman Law and European Legal Unity*, in A. HARTKAMP et al. (a cura di), *Towards a European Civil Code*, cit., 72.

[56] Comunicazione *Migliore coerenza del diritto contrattuale europeo. Un piano d'azione* del 12 febbraio 2003, Com/2003/68 def.

[57] *Prima relazione annuale sullo stato di avanzamento dei lavori in materia di diritto contrattuale europeo e di revisione dell'acquis* del 23 settembre 2005, Com/2005/456 def.

[58] Cfr. C. von BAR et al. (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Munich, Sellier, 2009.

la redazione di una Proposta di regolamento «relativo a un diritto comune europeo della vendita»[59], peraltro successivamente ritirata.

5. Segue: il solidarismo impossibile

A ben vedere, vi sono esempi di articolati prodotti dalla scienza giuridica che hanno messo in luce tensioni politico normative non riconducibili all'ortodossia ora prevalente a livello europeo. Questi non hanno però incontrato il favore degli operatori economici, o meglio di quelli più interessati a far valore la loro forza sociale e ad affidare così al diritto il compito di consolidare i rapporti di forze emersi dal libero gioco di domanda e offerta. A riprova di quanto il cosiddetto diritto prodotto dal basso, in quanto formato al riparo dalla partecipazione democratica, non sia capace di realizzare forme di redistribuzione della ricchezza alternative a quelle cui prelude la riduzione dell'inclusione sociale all'inclusione nel mercato[60].

Esemplare da questo punto di vista la sorte dei Principi di diritto europeo dei contratti confezionati nell'ambito di una Commissione presieduta da Ole Lando, pubblicati tra la seconda metà degli anni Novanta e il principio del nuovo millennio[61].

Questa Commissione ebbe cura di mantenere una posizione equidistante rispetto alle istituzioni europee e a quelle nazionali di provenienza: al fine, si volle esplicitare, di preservare autonomia e indipendenza nella realizzazione di un'opera dal forte impatto politico ed economico[62]. Anche per questo l'articolato ha potuto includere soluzioni complessivamente riconducibili al proposito di realizzare «l'inesorabile tramonto della *sanctity of contract*»[63], come in particolare quelle che accolgono un modello di buona fede di tipo solidale: strumento di riequilibrio della diversa forza sociale dei contraenti realizzato al fine di promuovere la loro emancipazione, se del caso contro il funzionamento del mercato[64].

Questa impostazione non stupisce, dal momento che le disposizioni dei Principi maggiormente innovative da questo punto di vista si sono ispirate alla rilettura del diritto civile di matrice ottocentesca operata dalle corti alla luce del costituzionalismo antifascista: che ha completato il ripristino della

[59] Proposta dell'11 ottobre 2011, Com/2011/635 def.

[60] Citazioni in A. SOMMA, *Diritto e capitalismo. Leggi dello Stato e leggi del mercato nella costruzione della soggettività neoliberale*, in M.G. BERNARDINI, O. GIOLO (a cura di), *Teorie critiche del diritto*, Pisa, Pacini, 2017, 295 ss.

[61] COMMISSIONE PER IL DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, Milano, Giuffrè, 2001, Parte III, Milano, Giuffrè, 2005.

[62] O. LANDO, *European Contract Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 31, 1983, 655.

[63] G. ALPA, *I Principles of European contract law*, in *Rivista critica del diritto privato*, 18, 2000, 497.

[64] A. SOMMA, *La buona fede contrattuale: modelli ordoliberali e modelli solidali a confronto*, in *Europa e diritto privato*, 8, 2006, 501 ss.

democrazia politica con il varo della democrazia economica, al fine di impedire che l'intervento eteronomo nell'ordine economico potesse ispirarsi al solo proposito di presidiare il principio di concorrenza e promuoverne per tale via l'equilibrio e lo sviluppo del mercato. E il diritto delle corti si annovera tra le principali fonti di ispirazione per il lavoro compiuto dalla Commissione Lando[65], per questo incline ad alimentare il solidarismo nel diritto privato.

Proprio questa caratteristica consente di misurare la distanza che separa il Quadro comune di riferimento dai Principi di diritto europeo dei contratti. Il primo ha inteso coordinare le soluzioni individuate dai secondi con quelle accolte dal diritto privato comunitario, ovvero combinare due complessi di regole espressivi di modelli politico normativi difficilmente conciliabili, almeno oltre la mera operazione «di facciata»[66]. Il diritto privato comunitario, infatti, ammette interventi eteronomi sull'attività dei privati solo se finalizzata a presidiare il corretto funzionamento del mercato, ovvero a prevenirne i fallimenti. Il tutto evidenziato dall'accoglimento di un modello di buona fede di tipo cooperativo, tollerata solo in quanto «prezzo ragionevole da pagare per estendere il meccanismo di mercato ai partecipanti più deboli»: se non altro perché consente di evitare «limitazioni della libertà contrattuale molto più incisive, consistenti nel regolare il contenuto del contratto o nell'imporre uno stretto controllo sui prezzi»[67]. In linea con la menzionata enfasi posta su quella libertà, e con l'idea che la buona fede alluda semplicemente alla «promozione di pratiche mercantili oneste»[68], in quanto tali tese a presidiare e non anche a contrastare la redistribuzione della ricchezza affidata al libero incontro di domanda e offerta.

Come abbiamo detto, il Quadro comune di riferimento è stato di fatto abbandonato, e ciò ha segnato anche il destino dei Principi predisposti dalla Commissione Lando, che pure erano stati valorizzati in particolare dai partecipanti francesi al progetto[69]. Non hanno avuto più fortuna altri articolati, come ad esempio i Principi di diritto europeo della responsabilità civile

[65] Cfr. A. SOMMA, *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito*, in G. ALPA (a cura di), *I nuovi confini del diritto privato europeo*, Milano, Giuffrè, 2016, 253 ss.

[66] D. BLANC, *Droit européen des contrats: un processus en voie de dilution*, in *Recuelil Dalloz*, 184, 2008, 566 s.

[67] M. STORME, *Freedom of Contract. Mandatory and Non-mandatory Rules in European Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 15, 2007, 242.

[68] C. VON BAR et al., *Introduction*, in IID. (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, cit., 17.

[69] ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, SOCIETE DE LEGISLATION COMPAREE, *Principes contractuels communs*, Paris, Société de législation comparée, 2008.

confezionati dallo *European Group on Tort law*[70], o il Codice europeo dei contratti confezionato dall'Accademia dei giusprivatisti europei[71]. Del resto, in quanto articolati prodotti dal basso, fanno dipendere il loro successo dal favore con cui vengono accolti dagli operatori del mercato in quanto principali utenti del diritto uniforme[72]. E questo li condanna a prendere le distanze da soluzioni in odore di ostilità nei confronti dell'ortodossia ora dominante: ostilità che, come vedremo, può essere riconosciuta anche alla mera decisione di uniformare il diritto privato, almeno oltre i confini delle sole norme imperative.

Da un simile punto di vista sembrano fare eccezione i Principi dei contratti commerciali internazionali confezionati nell'ambito di Unidroit, pubblicati per la prima volta nel 1994 e ora giunti alla quarta edizione[73]. Invero l'articolato ha riscosso un successo non effimero, nonostante accolga almeno in parte soluzioni non maturate nel perimetro dell'ortodossia ora dominante. Va peraltro detto che, se per un verso gli operatori del commercio internazionale mostrano di gradire il rinvio ai Principi per disciplinare i loro rapporti contrattuali, per un altro si corre il rischio di vederlo fare in forme tali da disinnescare le disposizioni capaci di comprimere l'autonomia privata in modo pregiudizievole per l'interesse del contraente forte[74]. A dimostrazione che la *soft law* ben può produrre i medesimi effetti del diritto duro, tuttavia prevalentemente nella misura in cui viene invocata contro i portatori di debolezza sociale[75].

Di qui la conclusione che, se vogliamo discutere di un successo dell'uniformazione del diritto privato prodotta dal basso e almeno in parte sensibile al solidarismo, dobbiamo concentrare l'attenzione su un fenomeno già segnalato discutendo delle dinamiche riconducibili al proposito di confezionare un codice civile europeo: l'utilizzo degli articolati cui abbiamo appena fatto riferimento come modello per il legislatore[76], in particolare per l'aggiornamento dei codici nazionali che aspirano a divenire un punto di riferimento per il testo europeo. Se peraltro si considera che questo è oramai sparito dall'agenda politica, non vi sono margini per sostenere la possibilità di alimentare il solidarismo attraverso la cosiddetta uniformazione dal basso del diritto privato.

[70] EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, Wien e New York, Springer, 2005.

[71] ACADEMIE DER PRIVATISTES EUROPEENS, *Code européen des contrats. Avant-projet. Livre Premier*, Milano, Giuffrè, 2004.

[72] I. SCHWENZER, *Global unification of contract law*, in *Uniform Law Review*, 21, 2016, 60 ss.

[73] UNIDROIT, *Principles of international commercial contracts*, Rome, Unidroit, IV ed., 2016.

[74] Spunti a tal proposito in M.J. BONELL, *Policing the International Commercial Contract against Unfairness under the Unidroit Principles*, in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 3, 1995, 73 ss.

[75] A. SOMMA, *Some like it soft. Neocorporativismo e diritto europeo dei contratti*, in ID. (a cura di), *Soft law e hard law nella società del diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2009, 153 ss.

[76] Da ultimo P. SIRENA, *Die Rolle wissenschaftlicher Entwürfe im europäischen Privatrecht*, in *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 36, 2018, 851 ss.

6. Uniformazione del diritto e modelli economici: il capitalismo neoamericano

Se per un verso non vi sono tracce di un ritorno ai fasti del positivismo scientifico, e nemmeno a un più modesto ma non irrilevante ruolo della scienza giuridica nel processo di uniformazione del diritto privato, per un altro verso vi sono riscontri di come la trama concettuale per le costruzioni del cultore del diritto sia oramai quella derivante dalla scienza economica: a conferma di come il giurista non sappia colmare con un suo progetto lo spazio apertosi con il ripensamento del ruolo attribuito al legislatore nazionale[77]. Di qui la necessità di identificare quali siano i paradigmi ora dominanti entro la scienza economica, ovvero il fondamento dei precetti che i cultori del diritto sono chiamati a formulare, nei casi di uniformazione dottrinale del diritto privato, o i legislatori ad adottare, nelle ipotesi cui faremo tra breve riferimento.

Possiamo in prima battuta osservare che l'orientamento ora prevalente è quello impostisi come esito di uno scontro tra modelli di capitalismo a cui gli studiosi si sono dedicati sul finire degli anni Ottanta del secolo scorso: quando l'implosione del blocco socialista ha fatto tramontare l'interesse per il raffronto tra l'economia di piano e l'economia di mercato, e consentito così alle varianti di quest'ultima di guadagnare centralità nella riflessione scientifica. Due furono i modelli individuati: il «capitalismo neoamericano» affermatosi nel Regno Unito e negli Stati Uniti con Ronald Reagan e Margaret Thatcher, e il «capitalismo renano» realizzatosi in Germania e per certi aspetti nei Paesi nordeuropei e in Giappone [78].

Il primo modello esprime una rinnovata fiducia nella capacità del mercato di assicurare una ottimale redistribuzione delle risorse, alla base di una visione conflittuale delle relazioni sociali che evidentemente investe anche la concezione dell'impresa: chiamata a considerare le relazioni tra datore di lavoro e lavoratori come relazioni di mercato qualsiasi, in quanto tali tendenzialmente flessibili e precarie. Tipici del capitalismo neoamericano sono anche il riferimento alla borsa come principale canale di finanziamento delle imprese, e l'idea che lo Stato e la sicurezza sociale siano un catalizzatore di inattività e dunque di improduttività. Per questo il modello contempla una ridotta pressione fiscale in funzione perequativa, mentre affida la previdenza sociale al mercato e promuove la negoziabilità di beni come la salute o l'educazione.

Opposto il capitalismo renano. Comprende una visione delle imprese come comunità complesse bisognose di pacificazione e cooperazione, tanto da favorire relazioni di lavoro stabili e tutelate, e individuare nella banca il principale

[77] Cfr. A. SOMMA, *Verso il postdiritto? Fine della storia e spoliticizzazione dell'ordine economico*, in *Politica del diritto*, 49, 2018, 79 ss.

[78] Riprendiamo qui le categorie elaborate da M. ALBERT, *Capitalismo contro capitalismo* (1991), Bologna, Il Mulino, 1993.

canale di finanziamento: soluzione capace anch'essa di indurre rapporti armonici con il territorio. Tipica del capitalismo renano, in quanto produce cooperazione e pacificazione sociale, è anche la particolare estensione dello Stato e della sicurezza sociale, per la quale si contempla una elevata spesa pensionistica e sanitaria, finanziata da una pressione fiscale altrettanto elevata[79].

Si è detto che questi modelli di capitalismo hanno dato vita a uno scontro. Possiamo ora aggiungere che questo scontro ha visto il prevalere del modello neoamericano, e soprattutto che l'Europa unita si può annoverare tra i catalizzatori di un simile esito[80]. Si devono infatti a questa costruzione sovranazionale vicende note come la crescente considerazione della relazione di lavoro alla stregua di una relazione di mercato qualsiasi, o la finanziarizzazione dell'economia e dunque l'identificazione della borsa come principale canale di finanziamento delle imprese, o ancora la contrazione dei sistemi della sicurezza sociale.

Di qui ulteriori vincoli per le forme di uniformazione del diritto in area europea, che evidentemente devono alimentare e non anche ostacolare la diffusione del capitalismo neoamericano e dei suoi fondamenti. Sono questi i vincoli che decidono le possibilità di successo della dottrina cimentatasi in una simile impresa, e che ben possono motivare la scarsa incisività di cui abbiamo finora discusso. Il medesimo condizionamento incombe evidentemente anche sul legislatore, sul cui ruolo è ora opportuno concentrarsi.

7. Segue: federalismo hayekiano e neoliberalismo

Se il prevalere del capitalismo neoamericano è relativamente recente, lo stesso non può dirsi dell'ortodossia da cui trae spunto, ovvero del neoliberalismo. Questo è stato teorizzato sin dagli anni Trenta del secolo scorso, quando si è affermato il convincimento che la mitica mano invisibile non fosse capace di assicurare il corretto funzionamento del mercato, e che occorresse a tal fine edificare uno «Stato forte e indipendente» cui attribuire compiti di «severa polizia del mercato»[81]: i pubblici poteri dovevano cioè imporre il meccanismo

[79] Altre distinzioni sono assimilabili a quella tra capitalismo renano e neoamericano: ad esempio quella tra «economie di mercato liberali» ed «economie di mercato coordinate» descritta da P.A. Hall, D. Soskice (a cura di), *Varieties of Capitalism. The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford e New York, Oxford University Press, 2001, o quella tra «capitalismo della borsa» e «capitalismo del welfare», su cui R. Dore, *Stock Market Capitalism: Welfare Capitalism. Japan and Germany versus the Anglo-Saxons*, Oxford e New York, Oxford University Press, 2000.

[80] A. SOMMA, *Quando l'Europa tradì se stessa*, Roma e Bari, Laterza, in corso di pubblicazione.

[81] A. RÜSTOW (1938), in S. AUDIER, *Le Colloque Walter Lippman*, Lormont, Bord del l'eau, 2012, 469 s.

concorrenziale, utilizzarlo come strumento di direzione politica dei comportamenti individuali[82].

Risale allo stesso periodo l'identificazione del «federalismo interstatuale» quale architettura istituzionale idonea a sostenere il modo neoliberale di intendere l'ordine economico, non a caso teorizzato da Friedrich von Hayek[83]. Ce ne occuperemo ora per l'intreccio con il tema cui ci stiamo dedicando: quel tipo di federalismo fornisce indicazioni circa le modalità dell'uniformazione del diritto privato, e in particolare consente di comprendere i fondamenti di quella alimentata dalla costruzione europea.

Hayek riteneva, con i primi teorici del moderno federalismo, che la sovranità statuale fosse una fonte inesauribile di conflitti, e che fosse pertanto incompatibile con il proposito di preservare la pace[84]. Di qui la proposta di una costruzione sovranazionale nella quale evitare però di riprodurre le dinamiche tipiche dello Stato nazionale, motivo per cui occorreva attribuirle le sole prerogative necessarie e sufficienti a realizzare una «unione economica». Quest'ultima doveva poi assicurare la libera circolazione dei fattori produttivi in quanto espediente attraverso cui ottenere la moderazione fiscale degli Stati membri, e con ciò la spoliticizzazione dell'ordine economico: una pressione fiscale elevata «spingerebbe il capitale e il lavoro da qualche altra parte», e questo sottraeva alle «organizzazioni nazionali, siano esse sindacati, cartelli od organizzazioni professionali», il «potere di controllare l'offerta di loro servizi e beni». Di più: se attraverso la leva fiscale lo Stato nazionale alimentava «solidarietà d'interessi tra tutti i suoi abitanti», la federazione impediva legami di «simpatia nei confronti del vicino», tanto che diventavano impraticabili «persino le misure legislative come le limitazioni delle ore di lavoro o il sussidio obbligatorio di disoccupazione»[85].

Altrimenti detto, von Hayek evidenziava come la dimensione nazionale non fosse solo alla base del conflitto tra Stati, bensì anche e soprattutto del conflitto redistributivo, che si poteva neutralizzare solo edificando un ordine economico entro cui i prezzi si formino unicamente per effetto del libero incontro di domanda e offerta: un ordine nel quale «le varie comunità d'interesse si sovrappongano territorialmente e non si identifichino mai a lungo con gli abitanti di una particolare regione»[86]. Di qui il perimetro delle prerogative federali,

[82] Citazioni in A. SOMMA, *La dittatura dello spread. Germania Europa e crisi del debito*, Roma, Derive Approdi, 2014, 49 ss.

[83] F.A. VON HAYEK, *Le condizioni economiche del federalismo tra Stati* (1939), Soveria Mannelli, Rubbettino, 2016.

[84] Ad es. H. BRUGMANS et al., *Federazione europea*, Firenze, La Nuova Italia, 1948. Al proposito M. ALBERTINI, A. CHITI-BATELLI, G. PETRILLI (a cura di), *Storia del federalismo europeo*, Torino, Eri, 1973, part. 43 ss.

[85] F.A. VON HAYEK, *Le condizioni economiche del federalismo tra Stati*, cit., 54 ss.

[86] *Ivi*, 58 s.

chiamate a edificare un ordine politico che faccia «a meno delle identità collettive», o in alternativa che renda «l'individualismo competitivo l'unica identità collettiva possibile»[87]. Attribuendo ai pubblici poteri il solo raggio di azione necessario e sufficiente a ridurre l'inclusione sociale a inclusione nel mercato.

Da questo schema, attuativo di un federalismo minimalista e competitivo, discendono indicazioni circa le modalità dell'uniformazione del diritto privato. Essa deve favorire la «creazione del mercato», il che si verifica necessariamente ricorrendo all'integrazione negativa: la mera rimozione degli ostacoli alle libertà economiche. L'integrazione positiva, ovvero l'identificazione di standard uniformi circa i comportamenti degli operatori economici, può avere il medesimo effetto, ma può anche realizzare forme di «correzione del mercato»[88]. Per questo era avversata dai federalisti di ispirazione neoliberale, i quali la consideravano incompatibile con la volontà di dotare il livello sovranazionale dei soli poteri necessari e sufficienti a spoliticizzare il mercato. E che in tale prospettiva contrapponevano il loro modello di federalismo minimalista a quello afflitto da «elitismo tecnocratico e dirigista» e incarnato da Jean Monnet[89].

Come si sa, l'Europa unita si è in un primo momento arrestata all'integrazione negativa, ma al più tardi con le Commissioni presiedute da Jacques Delors ha iniziato a perseguire con intensità e impegno crescenti l'integrazione positiva[90]. Non lo ha fatto tuttavia contro il mercato, bensì per meglio attrezzarsi a presidiare il corretto funzionamento del principio di concorrenza, ovvero nel solco di idealità non certo estranee al punto di vista neoliberale.

Del resto, proprio per alimentare un simile punto di vista non è sufficiente promuovere la sola integrazione negativa, come si ricava in modo esemplare proprio considerando l'uniformazione del diritto privato. Questa può essere evitata se concerne norme dispositive, ovvero che possono essere derogate dagli operatori economici nell'esercizio delle loro libertà. Lo stesso non può però valere per le norme imperative, ad esempio quelle destinate a tutelare soggetti deboli: ove il loro contenuto fosse lasciato alla discrezionalità dei legislatori nazionali, si produrrebbero insopportabili alterazioni della concorrenza tra operatori riconducibili a diversi ordinamenti. Tanto che non è sufficiente arrestarsi all'armonizzazione minima, che lascia spazio a un inasprimento delle tutele a livello statuale, dovendosi spingere sino a realizzare l'armonizzazione massima o completa: l'unica capace di evitare discriminazioni tra operatori

[87] G. PRETEROSSI, *Residui, persistenze, illusioni: il fallimento politico del globalismo*, in *Scienza e politica*, 28, 2017, 113.

[88] F. SHARPF, *Governare l'Europa. Legittimità democratica ed efficacia delle politiche nell'Unione Europea*, Bologna, Il Mulino, 1999, 51 s.

[89] F.O. REHO, *Federalismo hayekiano e integrazione europea*, in F.A. VON HAYEK, *Le condizioni economiche del federalismo tra Stati*, cit., 17 s.

[90] A partire dal Libro bianco dedicato a *Il completamento del mercato interno* del 14 giugno 1985, Com/85/310 fin.

economici fondati sulla nazionalità, come con frequenza crescente mostra di ritenere il legislatore europeo[91].

Ovviamente le disposizioni imperative cui facciamo riferimento sono coerenti con l'impostazione neoliberale. In massima parte, la tutela dei soggetti deboli alimentata dal diritto privato europeo non concerne infatti la loro emancipazione, bensì l'assolvimento dei loro compiti di sistema in quanto consumatori. Promuove cioè la loro capacità di prendere parte in modo informato ed efficiente alla redistribuzione della ricchezza realizzata attraverso il libero incontro di domanda e offerta, o eventualmente presidia il mercato in quanto arena nella quale ai produttori sono inibiti comportamenti incompatibili con una simile finalità[92].

Va detto infine che l'uniformazione del diritto privato realizzata dal legislatore in ambito europeo non passa unicamente dai canali a tal fine individuati dai Trattati: in particolare l'emanazione di regolamenti e direttive. Il medesimo risultato viene ottenuto con quanto possiamo definire in termini di mercato delle riforme, ovvero di misure adottate come contropartita per l'assistenza finanziaria: una prassi esplicitamente menzionata con riferimento al ricorso del Meccanismo europeo di stabilità, che può tuttavia ritenersi il vero motore occulto dello sviluppo della costruzione europea[93].

8. Uniformazione vs concorrenza tra ordinamenti giuridici?

Si è detto che, dal punto di vista neoliberale, l'integrazione negativa viene sempre accolta con favore in quanto non si traduce mai in una compressione delle libertà di mercato, e che tuttavia essa non consente di produrre uniformazione del diritto: alimenta anzi una competizione tra ordinamenti nazionali. Cercheremo ora di meglio precisare queste affermazioni, per mostrare come a ben vedere anche la mera integrazione negativa possa rivelarsi un motore di uniformazione del diritto privato.

Che questa forma di integrazione produca una competizione tra ordinamenti nazionali è per certi aspetti inevitabile, con riferimento a tutti gli ambiti riguardati dalle quattro libertà fondative del mercato comune: di circolazione delle merci, dei servizi, delle persone e dei capitali. Invero, se in questi ambiti si procede alla mera integrazione negativa, ovvero si accorda il mutuo

[91] Ad es. G. BENACCHIO, *Il diritto europeo dei cosmetici: dall'armonizzazione all'uniformazione*, in V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Cosmetici. Diritto, regolazione, bio-etica*, Roma, Roma Tre Press, 2014, 36 ss.

[92] Come si verifica in modo esemplare con il divieto di discriminazione: cfr. A. SOMMA, *Principio di non discriminazione e cittadinanza nel diritto privato europeo*, in G. ALPA (a cura di), *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, Milano, Giuffrè, 2009, 259 ss.

[93] Citazioni in A. SOMMA, *Il mercato delle riforme. Appunti per una storia critica dell'Unione europea*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 48, 2018, 167 ss.

riconoscimento delle relative discipline nazionali, gli Stati sono indotti a concepirle in modo tale da attirare produttori attraverso disposizioni di favore: dal punto di vista dei rapporti con i pubblici poteri o della pressione fiscale, ma anche della tutela dei lavoratori o dell'ambiente.

Proprio questo effetto è stato indotto da interventi della Corte di giustizia, che ha utilizzato il mutuo riconoscimento per forzare lo sviluppo del mercato comune nelle fasi in cui difettava la volontà politica necessaria a farlo attraverso forme di integrazione positiva. Esemplare è una decisione che sul finire degli anni Novanta ha riguardato il diritto societario, per il quale vale il principio della libera circolazione delle persone, e a monte del mutuo riconoscimento delle modalità relative alla loro costituzione. Il principio si ricava da due disposizioni: quella per cui «le società costituite conformemente alla legislazione di un Paese membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione», sono equiparate alle persone fisiche (art. 54 Tfue), e quella per cui, di conseguenza, nei confronti delle società sono vietate le «restrizioni alla libertà di stabilimento» (art. 49 Tfue).

Questo schema si coordina con la previsione che il diritto europeo deve armonizzare le misure necessarie a tutelare gli interessi dei soci e dei terzi (art. 50 Tfue). Per molti aspetti la previsione è però rimasta lettera morta, e questo ha innescato una competizione tra legislatori nazionali, inasprita dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Per quest'ultima, infatti, il collegamento tra la società e il Paese di origine si individua attraverso criteri meramente formali: dipende da quanto viene indicato nello statuto della società, e non anche da valutazioni sostanziali, come quelle che fanno leva sul luogo dove la società effettivamente svolge la sua attività principale. Il tutto per limitare fortemente le ingerenze dei pubblici poteri, a sottolineare come la funzione sociale dell'impresa sia «definitivamente tramontata» e sostituita da «quella dimensione aziendalistica e tutta privata in cui nacque e che è bene le competa»[94].

La controversia che ha ispirato questo orientamento è il caso Centros[95]: società registrata nel Regno Unito, dove tuttavia non svolge alcuna attività, che ha così evitato l'applicazione di una misura che negli ordinamenti europei continentali è tradizionalmente posta a tutela dei creditori: l'obbligo di versare interamente un certo capitale[96]. La società, i cui soci sono cittadini danesi residenti in Danimarca, ha chiesto di registrare una propria succursale in quest'ultimo Paese, ma l'istanza non è stata accolta: si è ritenuto che Centros non intendesse in realtà costituire una succursale bensì la sede principale, per abusare

[94] G. M. FLICK, *Gli obiettivi della Commissione per la riforma del diritto societario*, in *Rivista delle società*, 46, 2000, 7.

[95] Sentenza *Centros Ltd. contro Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* del 9 marzo 1999, Causa C-212/97.

[96] Per tutti D. CORAPI, *Le società per azioni*, in G. ALPA et al., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, cit., 459 s.

così della libertà di stabilimento ed eludere le tutele previste dalla legge danese per i creditori. La Corte di giustizia ha però respinto questa interpretazione, e ribadito che il collegamento di una società con un ordinamento nazionale si individua secondo un criterio meramente formale: la sede statutaria. E neppure la lotta alle frodi può giustificare una prassi di diniego della registrazione di una succursale di società che ha la propria sede anche solo fittizia in uno Stato membro: «è l'opportunità di iniziativa economica ad essere tutelata, e insieme con essa la libertà negoziale di giovarsi degli strumenti a tal fine predisposti negli ordinamenti degli Stati membri», mentre «i motivi, i calcoli, gli interessi individuali dell'interessato sottostanti a tale scelta non vengono in considerazione»[97].

Sono a questo punto chiare le implicazioni del ricorso alla competizione tra legislatori nazionali, e le relative ripercussioni sulla possibilità per i pubblici poteri di ingerirsi nell'attività privata per finalità diverse da quelle concernenti la promozione dell'ortodossia neoliberale. Chi intenda costituire una società sulla base di regole allineate a questa ortodossia, potrà farlo da qualunque Paese europeo, se solo avrà cura di indicare nello statuto dell'ente che formalmente esso ha la sede principale nel Regno unito: anche se si tratta di una sede fittizia, anche se la sede secondaria è di fatto quella principale. Con ciò costringendo gli altri Paesi a perdere attrattiva nei confronti degli investitori, oppure a modificare anch'essi il diritto societario nel senso forzato dal mutuo riconoscimento.

La prassi, sempre più diffusa, di costituire società con sede principale ma fittizia nel Regno Unito, non ha danneggiato i lavoratori e i consumatori, a cui viene assicurata la validità di criteri sostanziali: i rapporti tra questi ultimi e la società sono disciplinati dal diritto del Paese in cui essa svolge effettivamente la sua attività[98]. Si sono avute però conseguenze negative sui rapporti tra capitale e lavoro per gli aspetti considerati parte del diritto societario: come in Germania la disciplina della cogestione, ovvero della partecipazione dei lavoratori alla direzione della società[99]. Ebbene, la concorrenza tra ordinamenti sta portando alla prassi per cui le società tedesche sono formalmente ritenute sedi distaccate di società inglesi, in quanto tali non tenute ad adottare questo modello di *governance*[100].

[97] Così l'Avvocato generale La Pergola nelle sue *Conclusioni* del 16 luglio 1998.

[98] Artt. 6 e 8 Regolamento *sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali* del 17 giugno 2008, Ce/593/2008.

[99] Su cui A. SOMMA, *Giustizia o pacificazione sociale? La codeterminazione nello scontro tra modelli di capitalismo*, in UNIDROIT (a cura di), *Eppur si muove*, vol. 1, cit., 74 ss.

[100] Già S. SICK e L. PÜTZ, *Der deutschen Unternehmensbestimmung entzogen: Die Zahl der Unternehmen mit ausländischer Rechtsform wächst*, in *Wsi Mitteilungen*, 2011, 1, 34 ss.

Di qui la notevole pressione a riformare il diritto societario tedesco, a riprova di quanto abbiamo anticipato: la concorrenza tra ordinamenti attiene formalmente al rispetto delle diversità, e tuttavia finisce per funzionare come una sorta di catalizzatore di riforme tese a produrre uniformazione. A questo si riferiscono del resto i fautori di un simile meccanismo nel momento in cui la reputano il motore di una «corsa verso l'alto»[101]: ovviamente dal punto di vista neoliberale[102].

9. Il ruolo delle corti: l'uso giurisprudenziale della comparazione

Si usa ricordare che la storia offre due notevoli esempi di uniformazione del diritto: quella realizzata nei sistemi di *civil law* attraverso l'opera dei cultori dello *ius commune* prima e dei legislatori poi, e quella compiuta nei Paesi di *common law* ricorrendo all'operato delle corti[103]. Se la prima osservazione non è scontata, ma supportata dalla forza uniformante del processo di codificazione del diritto privato cui abbiamo già fatto riferimento, lo stesso non può dirsi della seconda: gli ordinamenti di *common law* sono tipicamente ordinamenti aperti, per i quali rileva la dimensione temporale più di quella spaziale, e dove la circolazione delle fonti del diritto non risente dei limiti imposti laddove prevale la dimensione statuale.

Detto questo, negli ordinamenti di *civil law* si assiste ciò nonostante a una circolazione di pronunce giurisprudenziali, che evidentemente rileva unicamente su un piano per così dire retorico: come espediente attraverso cui rafforzare una decisione necessariamente basata su fonti formali di produzione del diritto. E che questo sia percepito anche come una modalità attraverso cui alimentare l'uniformazione del diritto, lo testimonia una risalente proposta pensata per sviluppare il diritto privato europeo: quella di riconoscere ai precedenti delle corti supreme dei Paesi europei reciproca autorità persuasiva[104], per alimentare così percorsi ermeneutici «paneuropei»[105].

[101] Al proposito per tutti E.-M. KIENINGER, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002.

[102] A. SOMMA, *Mercificare il diritto. La via liberista alla tutela della differenza*, in A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma e Bari, Laterza, 2004, 58 ss.

[103] R.H. GRAVESON, *The international unification of law*, in *American Journal of Comparative Law*, 4, 1968, 4 e R. DAVID, *The international unification of law*, in *International Encyclopaedia of Comparative Law*, vol. 2, Tübingen etc., J.C.B. Mohr etc., 1971, Ch. 5, 3 s. Anche R. POUND, *Unification of law*, in *American Bar Association Journal*, 20, 1934, 695.

[104] M.L. RUFFINI GANDOLFI, *Per l'uniforme interpretazione ed applicazione di un futuro codice europeo dei contratti*, in *Rivista di diritto civile*, 46, 2000, 727.

[105] C. VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktrecht*, Bd. 1 (*Die Kernbereiche des Deliktsrechts, seine Angleichung in Europa und seine Einbettung in die Gesamtrechtsordnung*), München, C.H. Beck, 1996, 399. Anche W. Odersky, *Harmonisierende Auslegung und europäische Rechtskultur*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2, 1994, 1 ss.

Di una circolazione di pronunce giurisprudenziali finalizzata a produrre diritto uniforme, si può tuttavia parlare anche fuori dalle dinamiche relative allo sviluppo della costruzione europea. Lo si può fare pensando all'uso giurisprudenziale del diritto comparato, nel solco di una risalente letteratura intenzionata a ritenere quest'ultimo un «metodo di interpretazione universale»[106], per il quale si è anche tentato di individuare un fondamento positivo ricorrendo alle disposizioni codicistiche concernenti la chiusura delle lacune dell'ordinamento. In Italia si è ad esempio proposto di valorizzare la circostanza che il riferimento all'analogia non si accompagna alla menzione della statualità, come invece per i principi generali dell'ordinamento giuridico (art. 12 disp. prel. cod. civ.)[107]. In Svizzera si è poi pensato di ricorrere alla disposizione per cui il giudice può decidere secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore (par. 1 ZGB), traendo spunto dalla constatazione che quest'ultimo si ispira sovente alle soluzioni elaborate all'estero[108]. I cultori del diritto austriaco suggeriscono invece di utilizzare il riferimento al diritto naturale (par. 7 ABGB), al fine di elevare al rango di fonte formale gli articolati elaborati a livello internazionale sulla base di indagini di diritto comparato: in particolare i menzionati Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali e i Principi Lando del diritto europeo dei contratti[109].

È appena il caso di avvertire che l'uso giurisprudenziale della comparazione può avvenire in chiave distruttiva, ovvero per indicare l'opportunità di non importare un modello, su presupposto che esso trae spunto da principi non condivisi dall'ordinamento importatore. Il che si verifica di norma nei settori dell'ordinamento più interessati da opzioni valoriali forti, come in particolare nel diritto di famiglia e delle persone[110].

Se peraltro l'uso distruttivo della comparazione è decisamente limitato, lo stesso non può dirsi di quello costruttivo, ovvero concepito per supportare soluzioni che possono essere in contrasto con schemi ricondotti a una fonte formale di produzione del diritto, o promossi dalla dottrina o ancora da pronunce

[106] K. ZWEIGERT, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 15, 1949/50, 5 ss.

[107] P.G. MONATERI, A. SOMMA, "*Alien in Rome*". *L'uso del diritto comparato come interpretazione analogica ex art. 12 preleggi*, in *Foro italiano*, 124, 1999, V, 47 ss.

[108] B. AUBIN, *Die rechtsvergleichende Interpretation autonom-internen Rechts in der deutschen Rechtsprechung*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 34, 1970, 458 ss.

[109] Ad es. W. POSCH, *Judikative Rechtsangleichung: ein Weg zur Europäisierung des Privatrechts*, in *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 6, 1998, 521 ss.

[110] Esempi in A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, Giuffrè, 2001, 170 ss.

innovative[111]. Anche se non siamo di fronte a un fenomeno diffuso[112], sebbene la sua reale dimensione non sia accertabile, dal momento che il riferimento alle soluzioni aliene avviene di norma sottotraccia, e comunque senza espliciti riscontri di ordine testuale[113].

Ovviamente la dimensione risente della vicinanza in termini di valori condivisi tra gli ordinamenti esportatore e importatore[114], oltre che dalla concreta possibilità di conoscere la decisione straniera, quest'ultima dipendente anche da vicende meno implicanti ma non meno decisive, come l'eventuale barriera linguistica. Va peraltro detto che l'uniformazione del diritto privato realizzata dalle corti non tocca, almeno non in modo significativo, aspetti della disciplina dell'ordine economico che possono metterne in discussione l'ispirazione neoliberale.

Detto questo, è peraltro evidente che la giurisprudenza gioca un ruolo fondamentale nell'uniformazione del diritto privato realizzata in prima battuta dal legislatore, ma destinata all'insuccesso se le corti interpretano i precetti formulati da quest'ultimo alla luce dei canoni maturati nel loro contesto di riferimento[115]: soluzione che potrebbe produrre costi dell'uniformazione nettamente superiori rispetto ai suoi benefici[116].

Il tema è tra i più approfonditi in ambito internazionalprivatistico, in particolare con riferimento alla qualificazione: l'interpretazione dei concetti che nelle norme di conflitto individuano l'ambito materiale di applicazione, determinando il diritto applicabile alla fattispecie contenente elementi di internazionalità. Non è stata accolta la tesi di chi proponeva di abbandonare nel merito il concettualismo tipico di un diritto nazionale, e di valorizzare in sua vece la situazione fattuale cui la norma di conflitto si riferisce[117]. È ciò nonostante significativo che essa viene considerata all'origine dell'analisi funzionale[118], più

[111] Da ultimo E. ADAMO, *Diritto civile e argomentazione comparativa. Profili applicativi*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2018.

[112] Per tutti B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato* (2006), Bologna, Il Mulino, 2009.

[113] Già R. SACCO, *Droit commun de l'Europe et composantes du droit*, in M. CAPPELLETTI (a cura di), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Leiden, London, Boston, Sythoff etc., 1978, 101 s.

[114] Esempi in G. ALPA (a cura di), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 2006.

[115] Al proposito, per tutti J. BONELL, *Comparazione giuridica e unificazione del diritto*, cit., 12 ss.

[116] H. KÖTZ, *Rechtsvereinheitlichung. Nutzen Kosten Methode Ziele*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 50, 1986, 1 ss.

[117] E. RABEL, *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, vol. 1, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1945, 49 s.

[118] Cfr. R. MICHAELS, *The Functional Method of Comparative Law*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford e New York, Oxford Univrsity Press, II ed., 2019, 345 ss.

volte richiamata nel corso del lavoro, ovvero di un approccio metodologico al servizio dei processi di uniformazioni dei diritti nazionali.

10. A mo' di conclusione: uniformazione del diritto privato e federalismo solidarista

Giunti alla conclusione di questa rassegna di aspetti e profili problematici concernenti l'uniformazione del diritto privato, possiamo riepilogare il percorso svolto per poi abbozzare riflessioni circa la possibilità di una convergenza dei diritti nazionali attorno a schemi solidaristici.

Abbiamo preso le mosse dall'uniformazione come vocazione costitutiva della moderna comparazione giuridica, tradizionalmente reputata un compito da affidare alla scienza giuridica piuttosto che al legislatore e dunque alla politica. Abbiamo poi mostrato la debolezza di questo assunto dal punto di vista storico: la codificazione del diritto privato è avvenuta come esito di una circolazione di modelli, e dunque relativizzandone la dimensione nazionale. Gli ultimi decenni hanno poi mostrato la debolezza della scienza giuridica come motore dell'uniformazione, in massima parte dovuta alle caratteristiche del diritto morbido in quanto prodotto del suo operato: accolto dai suoi destinatari nella misura in cui corrisponde alle loro aspettative, in particolare quelle degli operatori del mercato. Da un simile punto di vista l'uniformazione dottrinale può avere successo solo se la scienza giuridica accetta di abdicare al proprio ruolo di produttrice e riproduttrice di un sapere autonomo: se si rende disponibile a interpretare fedelmente il modello economico dominante in quanto presidio delle aspettative degli operatori del mercato.

Di qui l'interesse per questo modello, i cui tratti salienti sono ricavati dall'ortodossia neoliberale: per la quale lo Stato interviene nell'ordine economico al fine di imporre il funzionamento della concorrenza, e in tale prospettiva spoliticizzare il mercato.

Il tipo di uniformazione del diritto privato indotta da questo schema può essere descritto osservando la costruzione europea. Lì l'uniformazione persegue le finalità alimentate dal federalismo teorizzato decenni or sono da von Hayek, per il quale occorreva promuovere soprattutto l'integrazione negativa, ovvero incentivare la libera circolazione delle merci e dei fattori produttivi. A questa si deve aggiungere l'integrazione positiva, tuttavia solo nella misura in cui concerne norme imperative: l'inderogabilità di queste ultime si presta altrimenti a produrre le distorsioni della concorrenza riconducibili al diverso trattamento riservato a operatori economici in ragione della loro nazionalità.

Sono così delineate le linee di fondo seguite dal legislatore nel suo contributo all'uniformazione del diritto privato, che non sono certo scalfite da quella realizzata dalle corti, non necessariamente orientata in senso neoliberale. Certo, questa non appare del tutto trascurabile, anche se risulta scarsamente

incisiva, e tuttavia è relativa a vicende sostanzialmente irrilevanti per la complessiva disciplina dell'ordine economico.

Evidentemente è possibile una uniformazione del diritto privato alternativa a quella allineata all'ortodossia neoliberale, ma questa non può svilupparsi entro schemi federalisti di matrice hayekiana: necessita di un federalismo compatibile con forme di redistribuzione della ricchezza alternative a quelle affidate al libero incontro di domanda e offerta. E proprio a questo tipo di uniformazione hanno fatto riferimento, nello stesso periodo in cui si definiscono le coordinate teoriche del neoliberalismo, i fautori di un federalismo impropriamente definito come socialista, giacché non allude al superamento del capitalismo, ma più semplicemente dell'individualismo come fondamento dello stare insieme come società[119].

Da questo punto di vista la dimensione nazionale del diritto doveva essere superata, tuttavia non per alimentare un livello sovranazionale chiamato a spoliticizzare il mercato, bensì per sviluppare una «dottrina sociale del federalismo» espressiva di «solidarietà organica»: per favorire il recepimento della «democrazia sociale e politica», esattamente come si era fatto con «il contributo positivo della Rivoluzione francese». E ciò includeva opzioni tese a sottolineare la volontà di rendere l'ordine economico un'arena dominata dall'ordine politico, da disciplinare rispettando l'equilibrio tra meccanismo concorrenziale e meccanismo democratico: da qui il favore per una «parziale pianificazione nel campo economico», oltre che per imprese «affidate alla comunità», sebbene non necessariamente a quella statuale[120].

Altrimenti detto, il federalismo socialista doveva realizzare «l'uguaglianza economica e sociale», e dunque promuovere l'impiego delle risorse disponibili «in modo da procurare la miglior vita possibile a tutti». Per questo occorreva realizzare la «disciplina collettiva della vita economica», soprattutto «mediante la sostituzione in larga misura della proprietà collettiva alla proprietà privata delle risorse industriali», ritenuta un passaggio obbligato per «provvedere al miglioramento delle condizioni di lavoro e delle istituzioni sociali»[121].

Questa forma di federalismo non può certo realizzarsi attraverso la mera integrazione negativa, affiancata da quella positiva solo nella misura necessaria e sufficiente a preservare la concorrenza e non anche la partecipazione democratica nelle scelte concernenti la disciplina del mercato. La libera circolazione

[119] Secondo un uso dell'espressione relativamente diffuso nei primi decenni del Novecento: per tutti L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon* (1911), Paris, Alcan, II ed., 1920, 8 s.

[120] H. BRUGMANS, *Le ragioni fondamentali del federalismo europeo* (1947), in ID. et al., *Federazione europea*, Firenze, Nuova Italia, 1948, 19 ss.

[121] B. WOOTTON, *Socialismo e federazione* (1940), *ivi*, 192 ss. e 208 ss. Diffusamente anche ID., *Freedom under Planning*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1945.

delle merci e dei fattori produttivi costituisce infatti un ostacolo alla partecipazione, dal momento che impone ai legislatori nazionali di assumere scelte incompatibili con il proposito di redistribuire ricchezza con modalità alternative al libero incontro di domanda e offerta. In particolare l'assenza di un controllo statuale sulla circolazione dei capitali, infatti, impone di attirare investitori attraverso l'abbattimento dei salari e della pressione fiscale sulle imprese, il che determina un impoverimento della forza lavoro e una contrazione del *welfare*[122].

In alternativa si può concepire l'integrazione negativa come passaggio successivo al raggiungimento dell'integrazione positiva, avendo però cura di riferire la prima a tutte le vicende rilevanti per la disciplina delle merci e dei fattori produttivi: ad esempio, con riferimento ai capitali, occorre che standard uniformi circa i comportamenti degli operatori economici siano definiti anche con riferimento ai livelli salariali e alla pressione fiscale sulle imprese.

Come si intuisce, si tratta di un approccio incompatibile con l'architettura su cui si fonda la costruzione europea, come detto in massima parte ricavata dal federalismo di matrice hayekiana. Di qui la conclusione che il giudizio formulato a proposito del diritto privato uniforme di fonte sapienziale ben si può estendere a quello di fonte legislativa: appare irrimediabilmente incapace di alimentare il solidarismo, dal momento che anche la politica, come la scienza giuridica, opera all'interno di una cornice pensata per assolutizzare le indicazioni provenienti dal circuito dell'economia. E il diritto uniforme si presta a «pietrificare lo status quo»[123], piuttosto che a determinare mutamenti radicali, come quelli indispensabili a superare l'ortodossia neoliberale.

[122] Ad es. M. PIANTA, *L'Europa della finanza*, in *Parolechiave*, 48, 2012, 103 ss.

[123] P. BEHRENS, *Voraussetzungen und Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsvereinheitlichung*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 50, 1986, 19 ss.

LA *LEX INFORMATICA*[*]

GIAN LUCA CONTI[**]

Sommario

1. Il diritto di un'architettura invisibile. – 2. L'ambito di applicazione della lex informatica. – 3. 5 W. – 4. ICANN. – 5. 3WC. – 6. La rete e il TAO. – 7. Social etc. – 8. Conclusioni.

Abstract

This essay deals with the lex informatica, understood as the set of rules that regulate the web. These rules are mostly inaccessible, in the sense that they regulate phenomena that are beyond the perception and understanding of those who are affected by them. Nevertheless, these phenomena strongly affect the ability of individuals to exercise their freedoms and fundamental rights.

Suggerimento di citazione

G.L. CONTI, La *lex informatica*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[*] Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al webinar *L'impatto delle dinamiche transnazionali sui sistemi normativi* svoltosi il 23 novembre 2020 e organizzato dall'Università di Pisa, con le associazioni DPCE e AIPC, nell'ambito del Progetto di ricerca di Ateneo 2018-2019 su *Diritto senza politica. Le forme della produzione giuridica nell'epoca transnazionale*.

[**] Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Pisa.
Contatto: gianluca.conti@unipi.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV – Fascicolo 1/2021
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

Gian Luca Conti
Università di Pisa
Dipartimento giurisprudenza

http://lex_informatica
<requiem/ouverture*

1 – Il diritto di un'architettura invisibile

Con l'espressione "lex informatica" si allude al complesso insieme di norme che regolano la rete. Si tratta massimamente di norme invisibili a occhio nudo, nel senso che esse regolano dei fenomeni che si collocano al di là della percezione e della comprensione di coloro che ne subiscono le conseguenze.
Ciononostante questi fenomeni incidono fortemente sulla capacità dei singoli individui di esercitare le proprie libertà e i propri diritti fondamentali [RFC 8280], disegnano la realtà così come la percepiamo [BRAMAN 2020], possono influenzare la formazione delle decisioni pubbliche [SUNSTEIN 2017, WEBCONSENT].
Si può immaginare che il modello con cui la rete ha progressivamente e anarchicamente sviluppato e razionalizzato la formazione dei protocolli che regolano i termini della simbiosi uomo – macchina [LICKLIDER 1960] – come è oramai possibile definire l'esperienza individualmente collettiva della rete – sia il punto di partenza per ripensare organicamente gli stessi pilastri della democrazia ovvero che rappresenti il requiem della democrazia come sforzo di razionalizzazione del potere fondato sulla protezione dei diritti fondamentali e sulla loro immanenza [MILTONETAL 2019].
In entrambi i casi, si formula un giudizio di valore sul movimento della storia nel mentre la si vive.

* Nella formattazione del testo, l'Autore, che ringrazia la Redazione dell'Osservatorio sulle Fonti per la sensibilità dimostrata, ha utilizzato i criteri di redazione delle Request For Comment della Internet Engineering Task Force per sottolineare l'esigenza che i giuristi - quando si occupano di codice - devono adeguare il proprio linguaggio, anche a costo di parere dei programmatori: il codice parla al diritto una lingua che il diritto deve comprendere se vuole regolare il codice. Come il costituzionalista che tratta del diritto parlamentare deve essere un po' anche scienziato della politica, così quando si occupa della rete deve cercare di adeguare le proprie capacità di interpretazione alla materia che sta indagando e al suo linguaggio.

Più realistico e pragmatico è cercare di comprendere la direzione in cui si muove la lex informatica, i principi cui la stessa è improntata nella anarchica diaspora che la caratterizza e, soprattutto, renderla oggetto di uno studio consapevole della sua natura globalmente costituzionale e materialmente decentralizzata, portare in questo ordinamento i chierici di un diritto costituzionale oramai stanco dei bivacchi parlamentari e costringerli a razionalizzarlo, vincendo una reciproca riottosità.
La riottosità della comunità della rete a risolvere questioni legali, a considerare il diritto (e i diritti) nel quadro che stanno disegnando attraverso un codice la cui forza espansiva è costituzionalmente inarrestabile [HRPCRG 2020], infatti, si contrappone alla pigra timidezza con cui gli studiosi del diritto costituzionale si avvicinano alle tematiche della lex informatica e ai mutamenti di paradigma che questa impone sulle loro categorie secolari: la sovranità è un autonomous system [RFC 1950] e la libertà personale è privacy [RFC 6973] mentre la Costituzione si fonda sui principi tipici della programmazione END TO END.

2 – L'ambito di applicazione della lex informatica

IoT, Social Platforms, Programmatic Advertising sono espressioni fuorvianti per comprendere la lex informatica e il suo ambito di applicazione.
La lex informatica, sicuramente, definisce, fra le altre cose, anche lo Internet of Things, le piattaforme come Facebook, Twitter, Instagram, Tic Toc sulle quali molti esprimono la loro personalità, ovvero i metadati che consentono a calcolatori estremamente veloci di gestire domanda e offerta di un mercato pubblicitario istericamente dominati da pochissimi.
Ma questo è il piano che conosciamo tutti, quello che viviamo nel nostro iperconnesso quotidiano.
Il Global Internet Report della Internet Society del 2019 [ISOC 2019] contiene una illustrazione della

Internet Economy: tre settori fortemente interconnessi, ciascuno dei quali dialoga e condiziona gli altri.
La rete è prima di tutto economia: undici delle venti società maggiormente capitalizzate del mondo appartengono alla rete, sfruttano la rete per ricavi da compagnia delle Indie [UNCTAD 2019:18], e oltre la metà dei cittadini del mondo sono connessi alla rete [WEARESOCIAL 2020]. La lex informatica è ciò che rende possibile questo fenomeno, materialmente possibile, consentendo nello stesso tempo di dargli una direzione.
Il Volunteer core della lex informatica [RFC 6722] pone una questione antica come la rappresentanza: i volontari sono davvero animati da uno spirito benevolo e dalla volontà di rendere la rete migliore di come l'hanno trovata [RFC 3935]? E che diritto hanno di renderla migliore, stabilendo che cosa è migliore?
Rough consensus e Running code [RFC 3935] sono una risposta a questa domanda?
La rete è composta di tre settori: il backbone, ovvero la infrastruttura, che è regolata dal diritto delle telecomunicazioni, un diritto sempre più orientato verso le macchine, i calcolatori che allocano la banda sfruttando le potenzialità della intelligenza artificiale in termini incomprensibili agli umani, se non ai programmatori di queste macchine [BRAMAN 2020]. La infrastruttura può essere definita come un insieme di collegamenti fra nodi che consentono il collegamento fra punti terminali e il diritto di questa infrastruttura trova il proprio fondamento negli accordi in seno all'ITU. Qui la guerra si gioca intorno alla neutralità della rete e riguarda l'allocazione della banda.
In secondo luogo, ci sono gli ISP, coloro che consentono l'accesso alla rete ai punti terminali di rete. Ciascun ISP concorre a definire un nodo della rete, può essere considerato un gateway, e ciascun nodo della rete attribuisce ai propri utenti un indirizzo internet (IP). Qui la guerra si chiama fiducia e riguarda l'aspettativa dell'utente finale a che il proprio IP sia utilizzato dall'ISP solo per ciò che l'utente finale è in grado di prevedere. Gli IP consentono la costruzione di un web della sorveglianza nel momento in cui l'ISP, che è capace di leggere in trasparenza

gli IP nei metadati che compongono il campo del mittente e del destinatario nei pacchetti di comunicazione, li rende disponibili a fini di marketing, che è il meno, o di sicurezza pubblica [RFC 8280].
In terzo luogo, ci sono le applicazioni, ovvero tutto ciò che consente a chi accede alla rete di utilizzarla per soddisfare le proprie esigenze. E' un mondo multicolore, in cui la realtà della vita e delle relazioni umane viene sostituita dall'esperienza della rete. Per un'applicazione, i dati sono solo dati e la libertà è trasmettere dati. Per l'utente finale, quei dati sono parole e lettere, ASCII, o non ASCII, musica, immagini, funzioni e relazioni. Le applicazioni sono la rete perché senza le applicazioni la comunicazione END TO END sarebbe ciò che è nata per essere, un modo per condividere la potenza di calcolo di macchine altrimenti incapaci di funzionare in parallelo e non ciò che è diventata: una mappa che guida le nostre macchine, il social nel quale conversiamo, il giornale che leggiamo, la musica che ascoltiamo e il supermercato nel quale facciamo la spesa.
Attraverso le applicazioni la rete può essere tutto ed è diventata poco: social platforms che diventano sistemi chiusi caratterizzati da un "network effect" che sta determinando il progressivo congelamento della capacità della rete di espandersi ("tactical freeze") [RFC 1287].
Ciascuno di questi livelli pone questioni di governance profondamente diverse fra di loro ma strettamente interconnesse.
Con riferimento alla governance delle infrastrutture, il punto è se queste possono essere considerate beni privati che appartengono alle grandi compagnie di telecomunicazione, caratterizzate da una impressionante tendenza al consolidamento [ISOC 2019] o se, invece, si possa iniziare a discutere di beni comuni, caratterizzati dalla necessaria pubblicità e quindi dalla inevitabile appartenenza all'intera comunità di coloro che li utilizzano, secondo uno schema che ricorda molto da vicino la complessa evoluzione giurisprudenziale

della nozione costituzionale di ambiente [BROEDERS 2015].
La democrazia sulla rete, però, nella parte in cui guarda all'accesso e agli standard che consentono di sviluppare gli applicativi necessari per la comunicazione END TO END è amministrata da un complesso insieme di organismi (ICANN, W3C, IETF), ciascuno dei quali limita se stesso in funzione degli altri, trova il proprio spazio e definendolo assesta lo spazio in cui operano gli altri.
ICANN esercita le funzioni di IANA e quindi amministra sia gli indirizzi IP che il DNS, con una funzione non meramente anagrafica, ma piuttosto di governo dell'intero sistema.
W3C amministra l'HTML e sviluppa gli standard del world wide web (web for all e web on anything è la sua missione). Governa la sintassi che consente lo sviluppo degli applicativi.
IETF definisce gli standard che consentono la comunicazione END TO END, nel senso più ampio che si possa immaginare, ovvero definisce i protocolli che consentono di sfruttare i principi della comunicazione END TO END in sempre nuove direzioni.
ICANN assegna al mio computer l'indirizzo IP con cui navigo in rete, IETF definisce il protocollo che consente di sviluppare una chat, W3C struttura il modo con cui questo protocollo può essere inserito in una pagina web e mi consente di accedere al messanger di Facebook, per esemplificare banalizzando.
La coesistenza di questi organismi pone una questione di fondo: le complicate interrelazioni che caratterizzano una governance costruita come un ecosistema sono in grado di creare un bilanciamento naturale fra poteri [CONTI 2010]?
Più ancora, ci si deve interrogare su come questi organismi trovano un collegamento con la comunità di coloro che accedono alla rete e, perciò, subiscono gli effetti delle loro decisioni. Tradizionalmente, negli ordinamenti costituzionali, questo avviene tramite il voto e l'elezione dei rappresentanti, secondo un modello che è stato razionalizzato particolarmente con riferimento all'esperienza di Weimar e al suo

fallimento [LA TORRE 2006], ovvero attraverso la capacità dello Stato di rappresentare un'arena all'interno della quale posizioni originarie incompatibili fra di loro trovano una intersezione [RAWLS 1993], ovvero nell'essere spazi di discussione e di critica [HABERMAS 1981].
Nella realtà, il consenso, nella rete, si realizza come adesione volontaria a della norme senza le quali la stessa comunità non può esistere, sicché l'individuo è posto nella secca alternativa – non a caso tipica del consenso che si manifesta nella cd. licenza a strappo del software – fra l'aderire e quindi accedere alla rete ovvero non aderire e quindi essere escluso dalla rete.
Una posizione molto simile a quella del suddito di uno Stato patrimoniale che viene solo parzialmente mitigata attraverso le finzioni del Rough (o Broad) consensus, mentre la funzione di rappresentanza appare sfumata dal Volunteer core, sostanza nei primi anni della rete, apparenza quando la rete è occupata da società il cui fatturato ha le dimensioni del prodotto interno lordo di uno Stato di medie dimensioni.
La rete, però, è sempre più piattaforme in grado di svolgere una funzione di intermediazione fra i singoli e i loro bisogni di comunicazione, piattaforme che semplificano l'accesso e il reperimento delle informazioni ma che nello stesso tempo utilizzano standard e protocolli pubblici per costruire sistemi chiusi e caratterizzati dalla difficoltà di accesso al loro codice e alle loro caratteristiche più profonde, nelle quali si realizza uno scambio economico fra la privacy degli individui e l'accesso ai servizi offerti dalle piattaforme stesse [BERNAL 2018].
Queste società, unicorni nel linguaggio di borsa d'oltre oceano, sono ancora imprese commerciali o, piuttosto, per effetto del servizio che svolgono e delle caratteristiche con cui si sono collocate sui mercati regolamentati di tutto il mondo, sono diventate dei mediatori per i diritti umani dei loro utenti e, in questo senso, svolgono un pubblico servizio che trova

nella sua natura globale e nella sua decentralizzazione i propri caratteri fondamentali?
Nello stesso tempo, la natura di queste società di cui Alphabet Inc. rappresenta l'archetipo è di avere una proprietà estremamente frammentata, di non rispondere sostanzialmente a nessun azionista secondo i criteri tradizionali della responsabilità degli amministratori di una società quotata, ma di identificarsi nei propri fondatori e di assimilare i propri uomini chiave nella organizzazione imponendo loro di acquistare partecipazioni rilevanti e prestando loro i denari necessari a tal fine.
Vi è una evidente tensione fra la natura sociale di mediatori di diritti umani, di soggetti che gestiscono l'ecosistema attraverso il quale i loro cittadini - utenti esercitano le proprie libertà fondamentali, e una freddamente determinata struttura societaria, nella quale l'apparato aziendale è sostanzialmente autonomo dagli stakeholder e guidato da fondatori il cui carisma appare taumaturgico, alla maniera di re carolingi.
Non sono più semplici società, vivono e operano come Stati di nuova generazione, impegnati in una lotta per definire la realtà di cui i loro utenti fanno esperienza.
La legge di Engel [ENGEL 1857, BRAMAN 2020] domina la rete in termini assolutamente nuovi per il mondo reale. La rivoluzione industriale si è spiegata, fra le altre cose, con il principio per cui se aumenta il reddito di un nucleo familiare, diminuisce la percentuale di questo reddito destinata all'alimentazione. Chi compra una libbra di pane per sfamare la propria famiglia, continua a comprare una libbra di pane anche se il suo stipendio aumenta di un paio di talleri al mese. Un tanto ha consentito lo sviluppo di un mercato per beni e servizi di massa. Nella rete, le informazioni sono alimenti, ma il loro consumo diminuisce progressivamente via via che gli utenti raggiungono la sazietà. Questo fenomeno è sempre più evidente e determina sia una tendenza al consolidamento [ISOC 2019] sia il tactical freeze di cui si è già discusso [HRPCRG 2020].

La progressiva erosione della capacità della rete di correre verso il futuro e di anticiparlo mette in crisi l'idea che la disseminazione di politiche deliberatamente decentralizzate su scala globale sia di per sé un modello democratico, perché il consolidamento della rete concentra le politiche in pochi soggetti, difficilmente scalabili dai loro concorrenti: nessuno sviluppa più motori di ricerca perché nessuno pensa di poter prendere il posto di Google nel mercato dei motori di ricerca. Google, quindi, definisce le regole che consentono di reperire le informazioni sulla rete, in una posizione di monopolio che oltrepassa la sfera meramente economica determinando la natura politica di queste regole.
Il problema della democrazia, a questo livello della rete, diventa una questione di politica industriale decisa da apparati tecnici sostanzialmente autoreferenti, una questione probabilmente troppo grande per gli Stati che cercano di arginarla riconducendo a un problema di diritto della concorrenza un tema che, invece, riguarda il collegamento fra il potere e i diritti umani, fra la libertà e la definizione dello spazio entro il quale la stessa può essere esercitata.

3 - 5 W

Cinque W sono una regola tipica del giornalismo: raccontare significa rispondere a cinque domande (why, where, when, who, what). Queste domande guidano anche il discorso giuridico sul potere. Il problema di una fonte del diritto può essere classificato con queste cinque domande.
Il perché della lex informatica è eminentemente tecnico: serve per sviluppare protocolli che consentono la comunicazione END TO END, ovvero che permettono a più utenti della rete di mettere in parallelo i propri calcolatori, accedere alla potenza di calcolo e consentire l'accesso alla propria potenza di calcolo, ovvero svolgere una funzione (stampare un file, ad esempio) utilizzando un calcolatore diverso da quello

dinanzi al quale si è seduti, o condividere dei file secondo lo schema PEER TO PEER.
Questi protocolli sono l'oggetto di un sapere specialistico riservato a pochi esperti, riuniti sin dagli albori della rete in gruppi caratterizzati dall'adesione volontaria, gruppi che si sono progressivamente organizzati e che possono essere raggruppati a seconda che riuniscano coloro che amministrano funzioni essenziali per il funzionamento della rete (ICANN, in cui si è concentrata l'attività di gestione del DNS e degli indirizzi IP già affidata a IANA), raccolgano i grandi operatori del web intorno a una missione condivisa (leading the web to its full potential): 3WC, ovvero sviluppino gli standard e i protocolli che caratterizzano la comunicazione END TO END (IETF).
Questi organismi possono essere considerati gli effettivi titolari del potere normativo sulla rete, perché complessivamente definiscono le regole (invisibili) che consentono la comunicazione fra i calcolatori connessi al web.
Il secondo livello riguarda le organizzazioni che raccolgono coloro che accedono alla rete e li coinvolgono nella governance della rete (ISOC, Web Foundation). Queste organizzazioni non detengono un vero e proprio potere normativo ma rappresentano lo spazio nel quale la rete è oggetto di un sindacato ispettivo da parte dei suoi utenti. Rappresentano l'inizio di una costituzione per la rete perché le discussioni che svolgono orientano i poteri normativi della rete [CONTRACTFORTHEWEB].
La lex informatica è estremamente pervasiva, essa apparentemente ha per oggetto la comunicazione fra macchine, ma nella realtà queste macchine possono essere ovunque e addirittura essere innestate nel corpo umano, trasformando la percezione della realtà [BRAMAN 2020]. Web for all e Web on anything rappresentano l'emersione di norme che, per un verso, dialogano con i calcolatori, risolvono questioni tecniche, ma per altro verso incidono sulla percezione della realtà [BRAMAN 2020]. La lex informatica non è solo il diritto della rete. E' soprattutto il diritto della intersezione fra la rete e la realtà, definisce il modo con cui la rete modifica

la realtà ma anche il modo con cui la realtà, o meglio: la sovranità, possono interagire con la rete.
La lex informatica di cui parlano queste pagine si fonda sugli Open Standard Principles [RFC 6852], i quali sono stati oggetto di un accordo di mutuo riconoscimento da parte dei plenipotenziari dello IEEE, della IETF, dello IAB e dello ISOC (29 agosto 2012).
La caratteristica di questi standard è l'essere completamente neutrali dal punto di vista dei valori di cui può essere portatore un qualsiasi individuo: essi traguardano un mondo più giusto dal punto di vista dei calcolatori, sono fondati su <valori> sviluppati allo scopo di mettere in parallelo dei calcolatori, ma non hanno niente a che fare con ciò che attraverso i calcolatori messi in parallelo può essere fatto, l'intelligenza si trova al termine della rete, dal lato dello schermo attraverso il quale queste righe vengono lette, ma non nel calcolatore che ne consente la lettura, nei programmi che traducono i pacchetti in testo ASCII, o nei router che lo hanno consegnato prelevandolo dal dominio in cui un fileserver lo ha reso disponibile.
Questo, però, è sempre meno vero: l'intelligenza appare è sempre di più nella rete e sempre meno negli utenti della rete.
Open process e Volunteer core sono concetti ipocriti all'attuale stato di evoluzione della rete, dove la complessità delle decisioni da adottare e la dimensione economica degli interessi coinvolti rende naturale il coinvolgimento di tecnici dalla competenza e dalla professionalità impeccabile, che pur ereditando i valori del cristianesimo delle origini potrebbero finire per assomigliare a una curia avignonese. Decisioni estremamente complesse che coinvolgono interessi economici più che rilevanti assunte da volontari animati dall'ideale di rendere la rete migliore di come l'hanno trovata è uno scenario troppo bello per corrispondere alla realtà. I tecnici che partecipano ai gruppi di lavoro del 3WC o dello IETF appartengono alle grandi società della rete e non sono più ricercatori universitari impegnati nella ricerca pura, come è stato nei primi anni della rete.

Riflessioni simili riguardano il Rough consensus: difficile immaginare la comunità della rete consapevole della natura e delle implicazioni per la privacy, ad esempio, dei protocolli che vengono elaborati, e delle discussioni svolte sulla distanza fra il protocollo http e il protocollo https.
Rough consensus sta con Internet as a whole, ovvero con una rete che è vissuta consapevolmente dagli utenti, che è vissuta come una esperienza di cittadinanza. Diventa una finzione nel momento in cui la rete è amministrata da signorie alle quali gli individui prestano ossequio per poter soddisfare esigenze che avvertono come primarie, rivolgendosi a quella che appare come meno peggio, se così si può dire, ben sapendo di non avere nessuna possibilità di intervenire nella formazione delle decisioni alle quali si dovrà prestare osservanza.
Se è molto difficile immaginare che un comune cittadino sia consapevole delle difficoltà connesse all'amministrazione della cosa pubblica, si possa rendere conto delle tecnicalità con cui viene decisa un'opera pubblica e delle conseguenze delle scelte di governo del territorio, questo è ancora più difficile quando si parla della lex informatica. Ciascuno di noi sa utilizzare il proprio computer, sa cercare informazioni con un motore di ricerca o chattare con gli amici, ma pochissimi sanno perché questo avviene e quale sia il collegamento fra i protocolli che lo consentono e le conseguenze, per lui involontarie, dell'avere accettato i cookies.

4 - ICANN

La governance di ICANN si fonda su di uno statuto [ICANNBYLAWS] perché ICANN è a tutti gli effetti una società privata che opera secondo le leggi dello Stato della California per effetto delle peculiarità che hanno guidato la transizione verso il settore privato delle funzioni già amministrate da IANA sotto il patrocinio del Governo degli Stati Uniti [https://www.internetsociety.org/iana-transition/].

Lo statuto di ICANN mostra la sua natura bipolare perché orienta in senso pubblicistico l'attività di questo ente, fissando una missione [SECTION1.1(a)]: The mission of the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers ("ICANN") is to ensure the stable and secure operation of the Internet's unique identifier systems as described in this Section 1.1(a) (the "Mission") e specificando che ICANN non può oltrepassare in alcun modo i limiti della propria missione: ICANN shall not regulate (i.e., impose rules and restrictions on) services that use the Internet's unique identifiers or the content that such services carry or provide, outside the express scope of Section 1.1(a) [SECTION1.1(c)].
Per adempiere alla propria missione, ICANN si è imposto una serie di obbligazioni [SECTION1.2(a)]:
(i) Preserve and enhance the administration of the DNS and the operational stability, reliability, security, global interoperability, resilience, and openness of the DNS and the Internet;
(ii) Maintain the capacity and ability to coordinate the DNS at the overall level and work for the maintenance of a single, interoperable Internet;
(iii) Respect the creativity, innovation, and flow of information made possible by the Internet by limiting ICANN's activities to matters that are within ICANN's Mission and require or significantly benefit from global coordination;
(iv) Employ open, transparent and bottom-up, multi-stakeholder policy development processes that are led by the private sector (including business stakeholders, civil society, the technical community, academia, and end users), while duly taking into account the public policy advice of governments and public authorities. These processes shall (A) seek input from the public, for whose benefit ICANN in all events shall act, (B) promote well-informed decisions based on expert advice, and (C) ensure that those entities most affected can assist in the policy development process;
(v) Make decisions by applying documented policies consistently, neutrally, objectively, and fairly,

without singling out any particular party for discriminatory treatment (i.e., making an unjustified prejudicial distinction between or among different parties); and
(vi) Remain accountable to the Internet community through mechanisms defined in these Bylaws that enhance ICANN's effectiveness.
Nello stesso tempo, ICANN ha individuato i valori fondamentali che devono guidare le proprie decisioni [SECTION1.2(b)]:
(i) To the extent feasible and appropriate, delegating coordination functions to or recognizing the policy role of, other responsible entities that reflect the interests of affected parties and the roles of bodies internal to ICANN and relevant external expert bodies;
(ii) Seeking and supporting broad, informed participation reflecting the functional, geographic, and cultural diversity of the Internet at all levels of policy development and decision-making to ensure that the bottom-up, multistakeholder policy development process is used to ascertain the global public interest and that those processes are accountable and transparent;
(iii) Where feasible and appropriate, depending on market mechanisms to promote and sustain a competitive environment in the DNS market;
(iv) Introducing and promoting competition in the registration of domain names where practicable and beneficial to the public interest as identified through the bottom-up, multistakeholder policy development process;
(v) Operating with efficiency and excellence, in a fiscally responsible and accountable manner and, where practicable and not inconsistent with ICANN's other obligations under these Bylaws, at a speed that is responsive to the needs of the global Internet community;
(vi) While remaining rooted in the private sector (including business stakeholders, civil society, the technical community, academia, and end users), recognizing that governments and public authorities are responsible for public policy and duly taking into

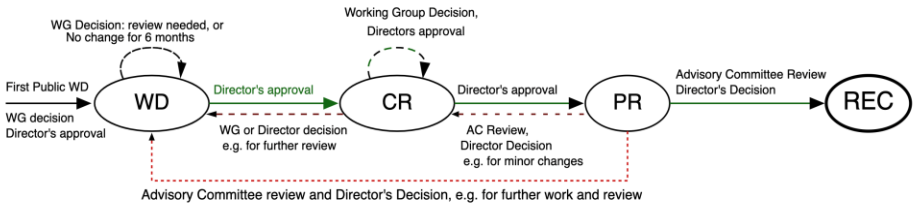
account the public policy advice of governments and public authorities;
(vii) Striving to achieve a reasonable balance between the interests of different stakeholders, while also avoiding capture; and
(viii) Subject to the limitations set forth in Section 27.2, within the scope of its Mission and other Core Values, respecting internationally recognized human rights as required by applicable law. This Core Value does not create, and shall not be interpreted to create, any obligation on ICANN outside its Mission, or beyond obligations found in applicable law. This Core Value does not obligate ICANN to enforce its human rights obligations, or the human rights obligations of other parties, against other parties.
Mentre 1.2 (b) fissa i compiti che ICANN deve adempiere nell'interesse della rete, 1.2 (c) elenca i valori rispetto ai quali ICANN deve giustificare le proprie decisioni perché le stesse possano essere considerati legittimi operando come limite alla discrezionalità di ICANN.
Il rapporto fra i diversi valori è fissato in [SECTION1.2(c)]: The Commitments and Core Values are intended to apply in the broadest possible range of circumstances. The Commitments reflect ICANN's fundamental compact with the global Internet community and are intended to apply consistently and comprehensively to ICANN's activities. The specific way in which Core Values are applied, individually and collectively, to any given situation may depend on many factors that cannot be fully anticipated or enumerated. Situations may arise in which perfect fidelity to all Core Values simultaneously is not possible. Accordingly, in any situation where one Core Value must be balanced with another, potentially competing Core Value, the result of the balancing must serve a policy developed through the bottom-up multistakeholder process or otherwise best serve ICANN's Mission.
Si tratta di uno sforzo di razionalizzazione di un processo decisionale che risolve la sua natura politica in una neutralità giustificata da [SECTION1.1(c)]

e nella quale i valori disegnano un ecosistema "giusto" essenzialmente dal punto di vista dei calcolatori piuttosto che degli essere umani perché le decisioni di ICANN influenzano il modo con cui la rete funziona con un processo decisionale che solo apparentemente (ipocritamente) può davvero essere considerato come guidato dal basso e aperto a ogni persona titolare di un interesse coinvolto da quel processo.

5 - 3WC

Apparentemente 3WC non ha uno statuto. O almeno questo documento non è facilmente accessibile da parte degli utenti della rete che visitano il suo sito. E' probabilmente ospitato nell'area riservata ed accessibile solo ai membri (paganti) di questa organizzazione.
La missione di 3WC è chiara: leading the web to its full potential, i.e. web for all e web on anything.
Una missione che è condivisa dai suoi membri che sono le società e le amministrazioni che operano sulla rete, le quali devono condividere una sintassi, ovvero il modo con cui il web rende accessibili le informazioni e possibile l'interazione fra gli individui attraverso l'HTML.
Più tecnicamente 3WC sviluppa i protocolli che consentono di integrare nella programmazione delle pagine web gli standard sviluppati dallo IETF, il quale, con i propri standard, definisce ciò che può essere fatto utilizzando gli indirizzi IP e i diversi sistemi di identificazioni amministrati da ICANN.
3WC, infatti, è, per un verso, un accordo fra quattro istituzioni di ricerca (il MIT, l'ERCIM, le Università di Kajo e Behijang) e, nello stesso tempo, un'associazione cui partecipano soggetti pubblici e privati, coinvolti dai Web evangelist del 3WC nella sua missione che, per loro, è possibilità di condividere una leadership nel processo di elaborazione delle norme che definiscono il funzionamento della rete.
In 3WC si ha una struttura amministrativa abbastanza chiara, perché suddivisa fra organi permanenti

(Advisory Committee, Advisory Board, Technical Advisory Board) e organi non permanenti (Working Group).
I primi rappresentano gli elementi chiavi del processo decisionale perché approvano il lavoro svolto dai secondi. I secondi operano con una struttura molto simile alle Commissioni Permanenti di un Parlamento, perché predispongono le bozze dei documenti che saranno successivamente approvate dagli organi permanenti ed esauriscono la loro funzione nel momento in cui gli obiettivi fissati dai loro charter sono raggiunti.
All'interno del 3WC svolge una funzione davvero peculiare Tim Burner Lee, poiché è direttore a vita di questo ente e, quale direttore a vita, è l'unico soggetto che approva definitivamente il lavoro svolto dai WG, qualcosa che si avvicina alla promulgazione (The Director is the lead technical architect at W3C, whose responsibilities are identified throughout this document in relevant places. Some key ones include: assessing consensus within W3C for architectural choices, publication of technical reports, and chartering new Groups; appointing group Chairs; adjudicating as "tie-breaker" for Group decision appeals and deciding on the outcome of formal objections; the Director is generally Chair of the TAG) [W3CPROCESSDOCUMENT], par. 2.2.
In altre parole, il centro della rete ha un sovrano, che custodisce la coerenza del linguaggio della rete inteso come sintassi e che viene sviluppato attraverso un processo estremamente complesso:



Un sovrano conta molto poco se non riesce a trovare un seguito per le proprie decisioni giustificandolo con il consenso dei propri sudditi.

Il 3WC si è reso conto della assenza di partecipazione ai propri lavori e ha cercato di rimediare, sin dal 2013, attraverso la istituzione di gruppi di interesse aperti anche ai non membri, i quali non si occupano di questioni tecniche in senso proprio ma piuttosto sviluppano le questioni sociali ed economiche connesse alle applicazioni tecniche affrontate dai WG.
L'interesse di questo sviluppo appare essere ancora marginale e il vero problema che pone è quanto esso possa limitare o rendere più ragionevole uno dei principi fondamentali della rete per Tim Burner Lee: esiste una sola libertà nella rete e questa libertà è quella che consente di inviare e ricevere pacchetti che contengono informazioni, sino a che esiste questa libertà non vi è alcun limite per le informazioni che possono essere trasmesse, né con riferimento al loro contenuto né con riferimento a chi le può trasmettere o ricevere.
Questa idea, infatti, rappresenta un preciso punto di aggressione alla legge informatica e si fonda su una scelta di valore: la legge informatica deve essere giusta per le macchine, non per gli esseri umani, che similmente a quanto predicato nella sezione 27.2 delle bylaws di ICANN possono essere oggetto solo delle norme che li vincolano per effetto di una sovranità statale.

6 – La rete e il TAO

Il TAO è un modo di pensare la realtà, in cui il bene non è bene senza il male e viceversa. E' anche una via per perfezionare se stessi e trovare un'armonia con ciò che ci circonda.
La missione dell'IETF è etica: fare in modo che la rete funzioni meglio, etica e non politica perché l'organizzazione della rete non si basa su un discorso democratico ma piuttosto sulla discussione di posizioni originarie potenzialmente in contrasto fra di loro.
Ciò che davvero conta nel lavoro dell'IETF è la produzione di standard (RFC) e best current practice (BP) [RFC 3935], ma anche, nei tempi più recenti, la

consapevolezza che gli standard influenzano i diritti umani [RFC 8280].
L'idea di fondo è che la rete sia un luogo in cui le persone esercitano le proprie libertà e manifestano i propri diritti fondamentali [HRPCRG 2020], di talché il codice non può essere considerato neutrale, ma può, al contrario, essere considerato uno strumento formidabilmente letale per aggredire la capacità di autodeterminazione delle persone.
Il problema è la natura della rete.
La rete da una parte colloca l'intelligenza, e quindi la persona, ai suoi punti terminali, secondo il principio END TO END.
Di conseguenza, è ai punti terminali della rete che si possono svolgere comportamenti rilevanti per un ordinamento giuridico, è quello il punto in cui la rete si connette alla realtà e diventa percepibile per gli Stati.
Ogni Stato, dal punto di vista della rete, si caratterizza come un Autonomous System [RFC 1930], ovvero come uno spazio, rilevante sul piano fisico, nel quale la rete arriva attraverso un router. Esiste un punto fisico in cui gli Stati collegano le proprie infrastrutture di telecomunicazione e questo nodo è un vero e proprio gateway sottoposto alla sovranità dello Stato in cui lo stesso è fisicamente collocato.
Sotto questo aspetto, il vero problema dei diritti umani in rete è, per un verso, il rispetto da parte della rete della autonomia delle simbiosi uomo – macchina che si collocano ai punti terminali. Ma, per altro verso, anche il rispetto della sovrana autonomia dei diversi Autonomous System che la compongono.
La vera domanda è se la disciplina del codice può ostacolare o rendere impossibile l'identificazione di un terrorista oppure, semplicemente, la lesione della privacy necessaria per contenere una pandemia.
A questa domanda risponde, in un certo senso, la sezione 27.2 delle ICANN bylaws, come pure il principio su cui si fonda l'azione di 3WC.
Può farlo, ma non dipende dal codice, dipende dall'uso del codice stesso.

Ma è una risposta interlocutoria e pragmatica, perché si ferma alle frontiere esterne della sovranità statale, riservando agli Stati il compito di definire l'ambito dei diritti dei propri cittadini.
Il problema, invece, è quanto la libertà di trasmettere qualsiasi informazione ovunque, intesa essenzialmente dal punto di vista delle macchine, possa condurre all'affermazione di una nuova libertà di cui gli esseri umani, in simbiosi con le macchine, possono diventare costituzionalmente e non solo materialmente titolari, un nuovo genere di diritto fondamentale, caratterizzato dalla sua globalità e, perciò, capace di imporsi alla sovranità degli Stati.
Il dark web è una VPN, ovvero una rete alla quale si accede da un preciso gateway e che perciò tocca la sovranità solo nel luogo in cui si trova questo gateway. Nel dark web gli Stati non possono accedere se non attraverso questo gateway. Diventa il luogo di espressione delle libertà che non possono essere espresse nella rete, perché non conosce livellamenti della libertà del codice. Ogni limitazione del dark web può essere superata spostando il gateway che consente di accedervi.
Soprattutto, se è vero, infatti, che la sovranità appartiene agli Stati e che gli esseri umani, alla fine, anche se vivono in rete, trovano comunque un collegamento con uno Stato sovrano, è anche vero che il codice, in quanto tale, sfugge alla sovranità censoria degli Stati e ne definisce la capacità di intervento sugli esseri umani: la sorveglianza è possibile se il codice consente a un programma di leggere i metadati contenuti nei pacchetti informatici che vengono dispacciati sulla rete ma il codice potrebbe ostacolare questa operazione.
Sotto questo aspetto, il codice diventa un limite alla sovranità statale perché ne è strumento. Riecheggiano le categorie di Schmitt [SCHMITT 1950] e la regola delle tre miglia nel trattato di Utrecht. Allora erano i cannoni che fissavano il limite dello spazio nazionale dinanzi al mare. Adesso è il codice che fissa i limiti della sovranità statale sulla rete, ma il codice non è ancora oggetto di alcun accordo internazionale.

7 - Social etc.

Nella società digitale, l'esercizio del diritto a riunirsi pacificamente e a manifestare il proprio pensiero dipende in larga misura da società commerciali, che sono in grado di influenzare l'esercizio di questo diritto per effetto delle obbligazioni che devono rispettare, delle politiche commerciali che perseguono e degli algoritmi che utilizzano [HRC 2019].
Il livello più evidente di questi condizionamenti è quello della Collateral censorship, ovvero della influenza con cui determinati codici di condotta liberamente elaborati dalle grandi piattaforme possono condizionare i contenuti immessi dagli utenti [CONTI 2018], l'estremo approdo della dottrina del Safe harbour.
La conseguenza dello spostamento dei diritti umani sulle piattaforme che consentono l'interconnessione fra le persone e la rete è che il contenuto dei diritti umani viene a dipendere dalle politiche delle piattaforme, più o meno favorevoli a una loro estensione, ma comunque sempre più orientate alla loro configurazione in termini accettabili per tutti gli ordinamenti giuridici nei quali operano.
Una piattaforma, infatti, può essere facilmente disponibile a un compromesso con riferimento alla definizione di ciò che è ammesso o vietato all'interno degli spazi che gestisce, se questo compromesso le rende accessibile un mercato che altrimenti le sarebbe interdetto.
Per una piattaforma, possono essere più importanti gli utenti dei loro diritti fondamentali.
Se gli ultimi due secoli, il XIX e il XX, hanno visto una formidabile crescita dei diritti individuali e delle libertà fondamentali, non è impossibile immaginare che nei prossimi anni il contenuto dei diritti fondamentali sia livellato verso il basso, in modo da consentire alle grandi piattaforme di soddisfare la propria fame di utenti senza essere limitate dalla

ritrosia degli Stati nazionali ad accettare l'espansione in rete di diritti che trovano intollerabili nella realtà.
Si può aggiungere che molte caratteristiche del codice si prestano meglio alla compressione piuttosto che alla valorizzazione delle libertà.
In particolare, si può osservare seguendo il draft sulla libertà di associazione in rete [HRPCRG 2020] che:

- Le mailing list, fin dall'inizio della rete e quindi dai tempi, di ARPANET, costituiscono uno strumento per aggregare persone interessate alla discussione su un determinato tema. Ciascuna mailing list costituisce l'esercizio della libertà di associazione dei loro aderenti, che sono liberi di sottoscrivere e di abbandonare la mailing list, a seconda che la stessa contenga o meno una discussione che mantiene le proprie promesse. I protocolli sulle mailing list (OpenPGP [RFC4880] e S/MIME [RFC5751]) non consentono di criptare i messaggi, perché i destinatari non sono predefiniti e quindi non è impossibile una criptografia END TO END;
- Il protocollo che viene utilizzato per i sistemi di videoconferenza (WebRTC [RFC6176] [RFC7118]) trasmette in chiaro gli indirizzi di IP di coloro che sono connessi e questa informazione viene memorizzata dal browser in termini tali da renderla accessibile in un secondo tempo senza alcuna consapevolezza da parte dell'utente finale che, in questo modo, rivela con quali persone (o meglio con quali IP) ha conversato;
- Il protocollo utilizzato per le chat (IRC [RFC 2810]), consente agli amministratori della chat, ovvero a coloro che hanno questo potere nel software sviluppato sulla base di questo programma, di ammettere e di escludere gli utenti;
- La rete è nata come un sistema Peer to Peer in cui ciascun punto terminale è un nodo che dialoga con gli altri nodi, concedendo o negando quanto gli viene richiesto [RFC 0001]. Le attuali architetture Peer to Peer, per evitare che

l'anarchia del sistema generi disfunzioni, si basano sempre di più sulla connessione di un unico server centrale con tanti nodi [RFC 5964]. Questa architettura è evidentemente vulnerabile perché chi controlla il server controlla anche i computer che sono connessi al server;
- Una parte essenziale dello sviluppo degli standard è il progressivo affinarsi degli stessi attraverso versioni sempre più precise. Questo avviene senza un preciso standard, volto sia ad identificare le versioni del protocollo sia le modifiche rispetto alla versione precedente perché chi esercita queste funzioni, in realtà, può condizionare il processo di elaborazione degli standard stesso;
- L'esistenza dei domini consente lo sviluppo di forme di censura connesse a quel dominio [RFC 7754];
- L'accesso a internet avviene attraverso intermediari, ciascuno dei quali può imporre le proprie politiche agli utenti e, soprattutto, tracciare quello che fanno.

Sono tutti esempi di come l'esercizio dei diritti umani in rete trova i condizionamenti che sono propri di questo ecosistema, ma anche di come lo sviluppo di questo ecosistema può consentire alle piattaforme che operano su di esso di definire i diritti individuali delle persone.

8 – Conclusioni

Il vero nodo della lex informatica, probabilmente, non sta in uno studio attento alle fonti intese come i procedimenti che consentono di distillare le norme dall'esperienza sociale ma nei valori che guidano questa operazione.
Su questo, ad oggi, non si registra alcun accordo.
Da una parte, la rete ha un'anima naturalmente liberale e anarchica. È nata per mettere in parallelo delle

macchine per aumentare la loro potenza di calcolo e i suoi valori, il robustness principle come valore collegato sempre di più alla libertà di iniziativa economica e sempre di meno alla libertà di manifestazione del pensiero o di riunione o di associazione, e i suoi valori più profondi parlano di un mondo giusto nel linguaggio delle macchine: "There's a freedom about the Internet: As long as we accept the rules of sending packets around, we can send packets containing anything to anywhere" [Berners-Lee].
Dall'altra parte, la rete è diventata lo spazio, eminentemente privato, in cui le persone manifestano alcuni diritti fondamentali, non tutti ma molti e comunque con una intensità tale da consentire di teorizzare la rete come realtà. Di conseguenza, non appare possibile definire uno standard senza avere consapevolezza delle conseguenze che quello standard può avere per gli utenti e, in questa operazione, contano i valori di coloro che elaborano il protocollo quanto quelli di coloro che lo adottano: "The Internet isn't value-neutral, and neither is the IETF" [RFC3935].
La rete, infine, è connessa alla realtà, è una simbiosi uomo - macchina in cui l'uomo continua ad appartenere alla realtà in cui vive e di cui è cittadino (o suddito). Se il linguaggio delle macchine è universale ed è nato come universale, lo stesso non si può dire del linguaggio degli uomini, e ci si deve chiedere quanto sia corretto che il linguaggio universale della rete si sostituisca al linguaggio nazionale della sovranità nel definire i diritti fondamentali. Apparentemente è un'operazione che guarda a un futuro ricco di speranze e capace di portare in avanti il processo di ampliamento dei diritti dell'uomo, ma, in concreto, è qualcosa che potrebbe anche livellare i diritti verso il basso.
Se queste questioni e questi problemi possono essere risolti correttamente e, forse, persino nobilmente all'interno dell'IETF, se si può avere fiducia che il suo TAO, il suo cercare il corretto bilanciamento fra ciò che c'è di buono e ciò che c'è di malvagio nella rete, riesca a condurre a una sintesi non irrazionale, non si può non sottolineare che la rete è sempre di

più, nella logica della legge di Engel e del tactical freeze della sua crescita, di proprietà di grandi piattaforme, veri e propri Internet Landlord [Sadowski 2020] che potrebbero essere meno interessati dell'IETF a un bilanciamento fra valori e molto più interessati alla crescita dei loro profitti nei mercati emergenti, ovvero proprio laddove i diritti fondamentali vivono al margine dell'ordinamento giuridico.
Una soluzione è nella strada indicata dalla Web Foundation di costruire un contratto per il web [CONTRACTFORTHEWEB], un negozio giuridico che unisce gli Stati, le Società e i cittadini e che ruota intorno a dieci chiari principi, il primo dei quali è assicurare a tutti l'accesso alla rete e l'ultimo dei quali, una norma di chiusura, è combattere per la libertà della rete.
Ma questa soluzione non appare di semplice e immediata fattibilità, il contratto per il web sembra piuttosto fermo nella staticità del suo sito e non pare avere scaldato gli animi. Questa stanchezza evidenzia tutta la difficoltà di coinvolgere i cittadini in una battaglia che appare lontana e che presuppone conoscenze specialistiche.
È molto difficile dire se si è all'alba o al tramonto della lex informatica.
Probabilmente, si è alla sua alba, forse si è a mezzogiorno. In ogni caso, questi fenomeni sono destinati a durare nel tempo.
Ma se quest'alba ha i suoi di una ouverture o di un requiem dipende da chi riuscirà a guidare la lex informatica e i complessi meccanismi che si sono delineati.

Bibliografia

[RFC 8280] N. ten Oever, C. Path, "Research into Human Rights Protocol Considerations", RFC 8280, October 2017

[BRAMAN 2020] S. Braman, "Posthuman Law. Information Policy and the Machinic World", in Tasha G. Oren, Patrice Petro, "Global Currents", Rutgers University Press, New Brunswick, 2020

[SUNSTEIN 2017] C. R. Sunstein, "#Republic", ed. it. Bologna – Il Mulino, 2017

[WEBCONSENT] <https://www.w3.org/community/webconsent/>

[LICKLIDER 1960] J. C. R. Licklider, "Man-Computer Symbiosis", in IRE Transactions on Human Factors in Electronics, volume HFE-1, pages 4-11, March 1960 <https://groups.csail.mit.edu/medg/people/psz/Licklider.html>

[MILTONETAL 2019] Milton L. Mueller and Farzaneh Badiei, "Requiem for a Dream: On Advancing Human Rights via Internet Architecture", in Policy & Internet, vol. 11, n. 1, March 2019

[HRPCRG 2020] N. ten Oever, S. Couture, G. Perez de Acha, "Freedom of association on the Internet", draft-irtf-hrpc-association-05, June 29, 2020

[RFC 1950] P. Deutsh, J-L Gailly, "ZLIB Compressed Data Format Specification version 3.3", RFC 1950, May 1996

[RFC 6973] A. Cooper, H. Tshchofenig, B. Adoba, J. Pterson, J. Morris, M. Hansen, R. Smith, "Privacy

Considerations for Internet Protocols”, RFC 6973, July 2013

[ISOC 2019] Internet Society, “2019. Internet Society Global Internet Report. Consolidation in the internet economy” <https://future.internetsociety.org/2019/wp-content/uploads/sites/2/2019/04/InternetSociety-GlobalInternetReport-ConsolidationintheInternetEconomy.pdf>

[UNCTAD 2019:18] United Nations UNCTAD, “UNCTAD Annual Report 2019. Beyond Uncertainty. Annual Report 2019” <https://unctad.org/annualreport/2019/Pages/index.html>

[WEARESOCIAL 2020] We are social, “Digital in 2020” <https://wearesocial.com/digital-2020>

[RFC 6722] P. Hoffman, Ed., “Publishing the "Tao of the IETF" as a Web Page”, RFC 6722, August 2012

[RFC 3935] H. Alvestrand, “A Mission Statement for the IETF”, RFC 3935, BCP 95, October 2004

[RFC 1287] D. Clark, L. Chapin, V. Cerf, R. Braden, R. Hobby, “Towards the Future Internet Architecture”, RFC 1287, December 1991

[BROEDERS 2015] Broeders, D., "The public core of the Internet. An international agenda for Internet governance", The Netherlands Scientific

Council for Government Policy (WRR) Report No. 94 (under "Reports to the government"), Amsterdam University Press, 2015

[CONTI 2010] G-L. Conti, "La governance della rete", in P. Caretti – M. C. Grisolia (a cura di), "Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale (Scritti in onore di Enzo Cheli)", Bologna, Il Mulino, 2010, 265 ss.

[LA TORRE 2006] M. La Torre, "La crisi del Novecento. Giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar", Bari, Dedalo, 2006, 58

[RAWLS 1993] J. Rawls, "Political liberalism", Columbia University Press, 1993

[HABERMAS 1981] J. Habermas, "Teoria dell'agire comunicativo", ed. it., Bologna, Il Mulino, 2017

[BERNAL 2018] P. Bernal, "The Internet, Warts and All", Cambridge University Press, 2018

[ENGEL 1857] E. Engel, "Die Productions- und Consumtionsverhältnisse des Königreichs Sachsen", in Statistischen Büreaus des Königlich Sächsischen Ministeriums des Innern, 1857

[RFC 6852] R. Housley, S. Mills, J. Jaffe, B. Aboba, L. St.Amour, "Affirmation of the Modern Paradigm for Standards", RFC 6852, January 2013

[ICANNBYLAWS] BYLAWS FOR INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS | A California Nonprofit Public-Benefit Corporation, As amended 28 November 2019 <https://www.icann.org/re-sources/pages/governance/bylaws-en/#article1>

[W3CPROCESSDOCUMENT] W3C Process Document, Ad amended 15 September 2020 < https://www.w3.org/2020/Pro-cess-20200915/>

[RFC 1930] J. Hawkinson, T. Bates, "Guide-lines for creation, selection, and registration of an Autonomous System (AS)", RFC 1930, BCP 6, March 1996

[SCHMITT 1950] C. Schmitt, "Il nomos della terra nel diritto internazionale dello «jus publicum europaeum", ed. it., Milano, Adelphi, 1991

[HRC 2019] Human Rights Council, "Surveil-lance and human rights. Report of the Special Rapporteur on the pro-motion and protection of the right to freedom of opinion and expres-sion" <https://un-docs.org/en/A/HRC/41/35>

[CONTI 2018] G-L. Conti, "Manifestazione del pensiero attraverso la rete e tra-sformazione della libertà di espressione: c'è ancora da bal-lare per strada?", in Rivista AIC, 4/2018

<https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/Conti_4_2018.pdf>

[RFC 4880] J. Callas, L. Donnerhacke, H. Finney, D. Shaw, R. Thayer, "OpenPGP Message Format", RFC 4880, November 2007

[RFC 5751] Ramsdell, B. and S. Turner, "Secure/Multipurpose Internet Mail Extensions (S/MIME) Version 3.2 Message Specification", RFC 5751, January 2010 <https://www.rfc-editor.org/info/rfc5751>

[RFC 6176] S. Turner, T. Polk, "Prohibiting Secure Sockets Layer (SSL) Version 2.0", RFC 6176, March 2011 <https://tools.ietf.org/html/rfc6176>

[RFC 7118] I. Baz Castillo, J. Millan Villegas, V. Pasqual, "The WebSocket Protocol as a Transport for the Session Initiation Protocol (SIP)", RFC 7118, January 2014 <https://tools.ietf.org/html/rfc7118>

[RFC 2810] C. Kalt, "Internet Relay Chat Architecture", RFC 2810, April 2000 <https://tools.ietf.org/html/rfc2810>

[RFC 0001] S. Crocker, "Host Software", RFC 0001, April 1969 <https://tools.ietf.org/html/rfc1>

[RFC7754] R. Barnes, A. Cooper, O. Kolkman, D. Thaler, R. Nordmark, “Technical Considerations for Internet Service Blocking and Filtering”, RFC 7754, March 2016 <https://tools.ietf.org/html/rfc7754>

[BERNERS-LEE] Berners-Lee, T. and M. Fischetti, "Weaving the Web: The Original Design and Ultimate Destiny of the World Wide Web", HarperCollins, p. 208, 1999

[CONTRACTFORTHEWEB] Web Foundation, “Contract for the web”, November 2019 <https://contractfortheweb.org/>

LA *LEX SPORTIVA*[*]

STEFANO BASTIANON[**]

Sommario

1. Premessa. – 2. La *lex sportiva* e il diritto dello sport. – 2.1. La nozione di *lex sportiva*. – 2.2. Le varie teorie sul contenuto della *lex sportiva*. – 3. La giurisprudenza del CAS. – 4. La *lex sportiva* tra CAS e diritto dell'Unione europea. – 5. I rapporti tra il diritto dell'Unione europea e lo sport.

Abstract

The paper aims to provide a quick overview of the relationship between lex sportiva *and the activity of the Court of Arbitration for Sport (CAS) in Lausanne, on the one hand, and EU law, on the other. This inquiry cannot be separated from a brief survey of the main aspects related to the problems of defining the term "*lex sportiva*"*

Suggerimento di citazione

S. BASTIANON, *La* lex sportiva, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

[*] Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al webinar *L'impatto delle dinamiche transnazionali sui sistemi normativi* svoltosi il 23 novembre 2020 e organizzato dall'Università di Pisa, con le associazioni DPCE e AIPC, nell'ambito del Progetto di ricerca di Ateneo 2018-2019 su *Diritto senza politica. Le forme della produzione giuridica nell'epoca transnazionale*.

[**] Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Bergamo. Contatto: stefano.bastianon@unibg.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 1/2021
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

1. Premessa

Il tema del presente intervento – la *lex sportiva* – costituisce l'oggetto di numerosi studi e ricerche da parte della dottrina, sia italiana, sia straniera[1]. In via di prima approssimazione si può dire che, pur nella loro eterogeneità, tali studi sono accomunati dal fatto di ritenere il termine *lex sportiva* di difficile definizione, tanto da indurre praticamente ciascun Autore a fornire una propria, autonoma definizione di tale concetto. Inoltre, tale situazione di incertezza definitoria risulta ancor più enfatizzata dall'assenza di un consenso unanime sulla effettiva esistenza di un autonomo settore del diritto qualificabile come "diritto sportivo" all'interno del quale la *lex sportiva* troverebbe la sua naturale collocazione. Allo stato attuale dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, pertanto, si può affermare che la *lex sportiva* costituisce un personaggio in cerca d'autore di pirandelliana memoria o, forse meglio, un concetto ancora in cerca di sé stesso e della propria vera identità.

Rinviando ai numerosi lavori che hanno affrontato *ex professo* il tema della *lex sportiva* sotto il profilo strettamente teorico-dogmatico, il presente contributo mira, molto più semplicemente, a fornire un veloce quadro di insieme dei rapporti tra *lex sportiva* e l'attività della *Court of Arbitration for Sport* (CAS) di Losanna, da un lato, e il diritto dell'Unione europea, dall'altro. Tale prospettiva di indagine, ovviamente, non può prescindere da una seppur veloce ricognizione dei principali aspetti legati ai problemi di definizione del termine *lex sportiva*.

2. La *lex sportiva* e il diritto dello sport

Il termine *lex sportiva*, seppur divenuta di uso molto frequente, si segnala innanzitutto per la sua non correttezza grammaticale, posto che nella lingua latina non si riviene l'aggettivo *sportivus*.

Tale espressione, tuttavia, presenta un indubbio *appeal* per tutti coloro che si cimentano nella singolare, e forse impossibile, missione di fornire una definizione di *lex sportiva* in quanto quest'ultima presenta una forte assonanza con la ben più nota, e fors'anche concreta, nozione di *lex mercatoria* intesa come l'insieme dei principi generalmente riconosciuti nel campo del commercio internazionale. Ed infatti, seppur con diverse intensità e sfumature, l'utilizzo della locuzione *lex sportiva* mira a rivendicare proprio l'esistenza di un *corpus* di regole giuridiche universalmente accettate in ambito sportivo ed in grado di disciplinare (anche autonomamente?) i rapporti sportivi.

[1] Per un primo inquadramento, oltre agli Autori citati nelle note seguenti, si veda R.C.R. SIEKMANN, J. SOEK, *Lex Sportiva. What Is Sports Law?*, Springer, The Hague, 2012; S.M. CARBONE, *Il contributo della lex mercatoria alla precisazione della lex sportiva*, in E. GREPPI, M. VELLANO (a cura di), *Diritto internazionale dello sport*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 241.

Sennonché, anche prescindendo dalla legittimità e dalla stessa opportunità di una siffatta aspirazione, l'uso del termine *lex sportiva* solleva a livello teorico-dogmatico un duplice ordine di problemi. Il primo attiene essenzialmente al tema della stessa configurabilità di un settore giuridico qualificabile come diritto sportivo (o diritto dello sport); il secondo, invece, riguarda più direttamente il tema della corretta individuazione del contenuto e delle fonti della *lex sportiva*.

2.1 La nozione di *lex sportiva*

Il tema del se, ed eventualmente a quali condizioni, il diritto sportivo possa essere qualificato come un autonomo settore del diritto, distinto dagli altri e ben più noti settori giuridici, costituisce oggetto di accesi dibattiti dottrinali.

Secondo una certa corrente di pensiero il diritto sportivo non godrebbe di alcuna autonomia, posto che ciò che si suole chiamare diritto sportivo altro non sarebbe che la mera applicazione ai rapporti sportivi dei normali principi e delle normali regole degli altri settori del diritto. A seconda dei casi, pertanto, vi potrà essere l'applicazione ai rapporti sportivi delle ordinarie regole del diritto commerciale, del diritto del lavoro e, sul piano europeo, del diritto dell'Unione europea.

Da questo angolo di visuale l'esperienza europea si rivela particolarmente interessante. Nel contesto del diritto dell'Unione europee, infatti, sebbene la Corte di giustizia si sia occupata di rapporti giuridici sportivi sin dagli anni Settanta ed ora, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona l'Unione europea disponga di una specifica competenza (ancorché soltanto di coordinamento e sostegno delle politiche nazionali) in materia di sport, non esiste un *corpus* di regole *ad hoc* che disciplinano il fenomeno sportivo. In effetti, se si analizzano tutte le sentenze della Corte di giustizia in materia di sport si nota chiaramente che le stesse hanno ad oggetto il tema dell'applicazione dei tradizionali principi del diritto europeo (in materia di libera circolazione delle persone, concorrenza, diretta applicabilità, ecc.) al settore sportivo. Proprio per tale motivo ritengo che sia più corretto utilizzare l'espressione "diritto europeo dello sport" piuttosto che quella di "diritto sportivo europeo". Mentre la prima ha il pregio di evidenziare che si tratta di norme che appartengono al diritto europeo seppur applicate ai rapporti sportivi, la seconda potrebbe lasciare intendere l'esistenza di un autonomo *corpus* di regole appartenenti al diritto sportivo di origine europea.

Secondo un'altra corrente di pensiero, per contro, una volta riconosciuta l'esistenza di un autonomo ordinamento giuridico sportivo, tanto in ambito nazionale quanto in ambito internazionale, l'insieme di regole sportive contenute nei regolamenti e negli statuti delle varie federazioni sportive, nazionali, europee ed internazionali, costituirebbero l'essenza stessa del diritto sportivo.

Tale particolare settore del diritto assumerebbe, tuttavia, caratteristiche del tutto particolari principalmente in ragione del fatto che in esso coesisterebbero due anime: una pubblica, l'altra privata. Una delle principali caratteristiche delle norme sportive, infatti, è rappresentata dal fatto che, accanto a regole di origine statale o interstatale convivono (seppur non sempre in modo idilliaco) regole di origine privata (sia a livello nazionale che a livello europeo ed internazionale). Ed è proprio questa peculiarità, che non riguarda soltanto le fonti del diritto sportivo, ma anche le istituzioni, che ha spinto una certa parte della dottrina a sottolineare la natura transnazionale del diritto sportivo e, secondo alcuni Autori, a considerare il diritto sportivo addirittura come il paradigma di un diritto globale in quanto «*sports rules (…) are applied across the entire world, they involve both international and domestic levels and they directly affect individuals*»[2].

Da questo angolo di visuale, l'esempio della disciplina contro il *doping* si rivela emblematico. Sul versante privatistico, le principali fonti normative sono costituite dalle regole dettate dal Comitato Internazionale Olimpico (CIO) a livello internazionale e dai singoli Comitati Olimpici Nazionali (CON) a livello nazionale[3]. Per quanto riguarda, invece, il versante pubblicistico, si può menzionare, a livello interstatale, la Convenzione antidoping di Strasburgo del 1989 predisposta dal Consiglio d'Europa[4] e la Convenzione dell'UNESCO contro il *doping* nello sport del 2007[5]; mentre, a livello nazionale, possono citarsi i vari atti legislativi in materia di doping che alcuni Stati hanno approvato in aggiunta al recepimento delle norme di origine internazionale prima richiamate[6].
A rendere ancor più singolare questa compresenza di fonti ed istituzioni pubbliche e private, nazionali ed interstatali contribuisce l'Agenzia mondiale antidoping (WADA) e l'associato Codice mondiale antidoping. La WADA è un'istituzione a composizione mista pubblico-privata costituita per volere del CIO, di varie organizzazioni intergovernative e dei governi nazionali e rappresenta il massimo referente a livello mondiale della lotta al *doping*, sia per i

[2] L. CASINI, *The making of a lex sportiva by the Court of arbitration for sport*, in *GLJ*, 5/2011, p. 1317. Si veda, altresì, A. Duval, The Olympic Charter: A Transnational Constitution Without a State?, in *JLS,* 2018, p. 245-269, nonché, del medesimo Autore, What Lex Sportiva Tells You About Transnational Law, consultabile su https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3400656

[3] A tali fonti M. COCCIA, *La lotta internazionale al doping*, in *Diritto internazionale dello sport*, cit., p. 175 aggiunge anche "le norme, sempre di natura privatistica, emanate dalle organizzazioni sportive che si collocano al di fuori del Movimento olimpico, quali in particolare le leghe professionistiche americane".

[4] www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/135

[5] www.sport.governo.it/it/attivita-istituzionale-e-internazionale/prevenzione-del-doping/normativa.

[6] Per quanto riguarda l'Italia, v. la legge 14 dicembre 2000, n. 376 "Disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il doping" che ha attribuito al doping rilevanza penale.

Comitati olimpici nazionali che per le federazioni sportive internazionali. E' retta da un *Foundation Board* che ai sensi dell'art. 6 dell'atto costitutivo della WADA prevede espressamente che «*a maximum of 18 members will be appointed by the Olympic Movement (…)*", mentre "*a maximum of 18 members will be appointed by the intergovernmental organizations, governments, public authorities or other public bodies involved in the fight against doping in sport*». Inoltre, al fine di garantire sempre la parità tra la componente privatistica e quella pubblicistica, è altresì previsto che «*in the appointment of members the proportion of representatives for each category/region will be respected as much as possible*». Questa natura mista (o ibrida) pubblico-privata si riscontra non solo a livello istituzionale (WADA), ma anche a livello normativo. Ad esempio, la Convenzione UNESCO contro il doping nello sport rinvia esplicitamente (art. 4, par. 3) alla lista delle sostanze proibite approvati dalla WADA e di cui al Codice mondiale antidoping; in senso analogo, alla Convenzione antidoping del Consiglio d'Europa è allegata una lista di sostanze proibite aggiornata periodicamente da un apposito Gruppo di osservazione il cui contenuto riproduce pedissequamente quello di cui alla *Prohibited list* elaborata e costantemente aggiornata dalla WADA. Si assiste in tal modo ad una sorta di contaminazione di fonti di natura tipicamente pubblica con fonti di natura mista (o ibrida), tanto da poter ipotizzare un certo grado di "ibridizzazione" di alcune regole sportive tradizionalmente classificate di fonte pubblicistica (interstatale).

2.2 Le varie teorie sul contenuto della *lex sportiva*

È in tale panorama dottrinale e normativo particolarmente complesso e variegato che si inserisce l'associato tema della concreta e corretta individuazione di un *corpus* di regole qualificabile come *lex sportiva*. Come già anticipato, sotto il profilo della definizione dei contenuti della *lex sportiva* si registra la più assoluta anarchia.

Secondo alcuni Autori la *lex sportiva* si identificherebbe *tout court* con la giurisprudenza del CAS. A sostegno di tale impostazione si afferma che dalla lettura dei vari lodi arbitrali del CAS emerge chiaramente che sovente gli arbitri richiamano precedenti lodi e che le parti stesse utilizzano le precedenti decisioni del CAS per supportare le proprie allegazioni ed argomentazioni[7]. I principali limiti di tale nozione sono rappresentati dal fatto che i lodi del CAS non sono soggetti alla regola dello *stare decisis* e, quindi, non esiste il principio del precedente vincolante tipico dei sistemi giuridici di *common law*; inoltre, non può essere trascurato il fatto che il CAS non opera in un vuoto pneumatico e, quando decide le controversie sottoposte al suo esame, applica ed interpreta le

[7] M. LENARD, *The future of sports dispute resolution*, in *PDRLJ*, 2009, p. 179; J. NAFZIGER, *Lex sportiva*, in *ISLJ*, 2004, p. 3.

regole contenute nei regolamenti e negli statuti delle varie federazioni sportive (nazionali ed internazionali)[8].

Per questo motivo, secondo altri Autori il termine *lex sportiva* dovrebbe essere utilizzato in modo più ampio al fine di ricomprendervi, oltre alla giurisprudenza del CAS, anche i regolamenti delle varie federazioni sportive[9].

Secondo un'altra corrente di pensiero il termine *lex sportiva* sarebbe ancora più ampio e comprenderebbe anche l'insieme di principi e regole del diritto internazionale applicate al settore sportivo nonché una serie di principi elaborati *ad hoc* per il sistema sportivo (*principia sportiva*)[10]. Quando ai primi si è soliti fare riferimento al principio del giusto processo e al diritto ad essere ascoltati. Secondo il consolidato orientamento del CAS, infatti, «*[t]he appeal arbitration procedure cures any infringement of the right to be heard or to be fairly treated committed by a sanctioning sports organization during its internal disciplinary proceedings. Indeed, a CAS appeal arbitration procedure allows a full de novo hearing of a case with all due process guarantees, granting the parties every opportunity not only to submit written briefs and any kind of evidence, but also to be extensively heard and to examine and cross-examine witnesses or experts during a hearing*»[11].

Non meno importante si presenta il principio di legalità in ordine al quale il CAS ha sottolineato che «*the "principle of legality" ("principe de légalité") requires that the offences and sanctions must be clearly and previously defined by law and must preclude the "adjustment" of existing rules to enable an application of them to situations or conduct that the legislator did not clearly intend to penalize. Sports organizations cannot impose sanctions without a proper legal or regulatory basis for them and that such sanctions must also be predictable ("predictability test"). The principle of legality and predictability of sanctions requires a clear connection between the incriminated behaviour and the sanction and calls for a narrow interpretation of the respective provision*»[12].

In senso analogo, diversi Autori hanno richiamato anche i seguenti ulteriori principi: *pacta sunt servanda*, forza maggiore, buona fede, protezione del

[8] In particolare si osserva che in base alle regole del Codice di procedura del TAS, "the Panel shall decide the dispute according to the applicable regulations and, subsidiarily, to the rules of law chosen by the parties or, in the absence of such a choice, according to the law of the country in which the federation, association or sports-related body which has issued the challenged decision is domiciled or according to the rules of law that the Panel deems appropriate. In the latter case, the Panel shall give reasons for its decision" (R58).

[9] L.V.P. DE OLIVERA, *Lex sportiva as the contractual governing law*, in *ISLJ*, 2017, p. 105.

[10] L. CASINI, *The making of a lex sportiva by the Court of arbitration for sport*, cit., p. 1330.

[11] CAS 2011/A/2425 *Ahongalu Fusimalohi v/ FIFA*, punto 53. Nello stesso senso cfr. CAS 2009/A/1545 *A. Anderson et al. v. IOC*, punto 78; CAS 2003/O/486 *Fulham FC v. Olympique Lyonnais*, punto 50; CAS 2008/A/1594 *Sheykhov v. FILA*, punto 109.

[12] CAS 2011/A/2670, *Masar Omeragik v. FFM*.

legittimo affidamento, proporzionalità ed *interpretatio contra proferentem*[13].

Per quanto riguarda, invece, i c.d. *principia sportiva*, i principali sono quelli relativi all'insindacabilità delle decisioni dei direttori di gara, alla responsabilità oggettiva nei casi di *doping* e all'integrità delle competizioni sportive.

In relazione al principio dell'insindacabilità delle decisioni dei direttori di gara, il CAS ha sottolineato che «*arbitrators do not review the determinations made on the playing field by judges, referees, umpires, or other officials who are charged with applying what is sometimes called "rules of the game" (one exception among others would be if such rules have been applied in bad faith, e.g. as a consequence of corruption). If they happen to have been present at the relevant event, CAS arbitrators were mere spectators with no official role. Moreover, they are not, unlike on-field judges, selected for their expertise in officiating the particular sport*»[14]. Tale principio, peraltro, è stato ritenuto derogabile dal CAS nel caso in cui ci accerti che la decisione "sul campo" sia stata presa con evidente malafede al fine di falsare la competizione a vantaggio di un concorrente[15].

Per quanto riguarda, invece, il principio della responsabilità oggettiva in caso di violazione della normativa antidoping, il CAS ha rilevato che «*le système de la responsabilité objective de l'athlète doit prévaloir lorsque l'équité sportive est en jeu. Cela signifie que, dès qu'une substance prohibée est découverte dans les urines ou le sang d'un athlète, celui-ci doit être automatiquement disqualifié de la compétition en cause, sans aucune possibilité pour lui de renverser cette présomption de culpabilité (présomption irréfragable). Il serait effectivement choquant de faire figurer dans un classement un athlète qui n'a pas concouru avec les mêmes moyens que ses adversaires, quelles qu'en soient les raisons*»[16].

Con riferimento, invece, al principio dell'integrità delle competizioni sportive, il CAS ha rilevato, «*quite obviously, that honesty and uprightness are fundamental moral qualities that are required in every field of life and of business, and football is no exception. More specifically, however, the Panel is of the opinion that the notion of integrity as applied to football requires something more than mere honesty and uprightness, both from a sporting and from a business point of view. The Panel considers that integrity, in football, is crucially related to the authenticity of results, and has a critical core which is that, in the public's perception, both single matches and entire championships must be a true test of the best possible athletic, technical, coaching and management skills of the opposing sides. Due to the high social significance of football in Europe, it is not enough that competing athletes, coaches or managers are in fact honest; the public*

[13] M. BELOFF, T. KERR, M. DEMETRIOU, *Sports law*, Hart Publishing, Oxford, 1999, p. 3; R. Parrish, *Lex sportiva and European Union sports law*, in *ELR*, 2012, p. 718.

[14] CAS ad hoc Division OG 00/013, *Bernardo Segura / IAAFCAS*

[15] CAS JO-ATL 19/006, *Mendy et FIBA c. AIBA*

[16] CAS 95/141, *C. v. FINA*

must perceive that they try their best to win and, in particular, that clubs make management or coaching decisions based on the single objective of their club winning against any other club. This particular requirement is inherent in the nature of sports and, with specific regard to football, is enhanced by the notorious circumstance that European football clubs represent considerably more in emotional terms to fans – the ultimate consumers – than any other form of leisure or of business»[17].

Deve, peraltro, essere sottolineato che secondo alcuni Autori alcuni dei c.d. *principia sportiva* altro non sono principi di etica sportiva, intrinsecamente collegati al fenomeno sportivo e che dovrebbero essere osservati da tutti i soggetti che operano in ambito sportivo. Secondo tale linea di pensiero, pertanto, tali principi non dovrebbero costituire parte della *lex sportiva*, ma rappresenterebbero qualcosa di diverso e di separato, meglio rappresentato dall'espressione *lex ludica*. Nello specifico è stato evidenziato che «*a further set of principles and rules that can be distinguished and separated from the concept of 'lex sportiva', are what can be termed the sporting law, or rules of the game. I propose to call these principles 'lex ludica'. These encompass two types of rules that are distinctive and unique because of the context of sport in which they occur and are applied. One covers the actual rules of the game and their enforcement by match officials. The approach here by the CAS has been to treat these rules as sacrosanct and immune from legal intervention. The second type is what can be termed the 'sporting spirit' and covers those ethical principles of sport that should be followed by sports persons. The concept 'lex ludica' thus includes both the formal rules and the equitable principles of sport. They are arguably immune from legal intervention because they are an 'internal law' of sport – a private governance that is respected by national courts, and as such is best applied by a specialised forum or system of arbitration by experts*»[18].

Non sono mancati, inoltre, Autori che hanno proposto una definizione di *lex sportiva* ancor più dettagliata. Secondo alcuni, infatti, quest'ultima sarebbe composta dagli statuti e dai regolamenti delle federazioni sportive come interpretati dagli organismi di risoluzione alternativa delle controversie e comprensivi anche di alcune disposizioni di diritto nazionale, europeo ed internazionale[19]; secondo altri, invece, le fonti principali della *lex sportiva* sarebbero la

[17] CAS 98/200, *AEK Athens and SK Slavia Prague / UEFA.*

[18] K. FOSTER, *Lex sportiva and Lex ludica: the Court of arbitration for sports's jurisprudence*, in I.S. BLACKSHAW, R.C.R. SIEKMANN, J. SOEK (a cura di), *The CAS 1984-2004*, Springer, The Hague, 2006, p. 421.

[19] R. PARRISH, *Lex sportiva and EU sports law*, cit., p. 718.

Carta olimpica, gli statuti e i regolamenti delle federazioni sportive ed il Codice mondiale antidoping[20].

3. La giurisprudenza del CAS

Di fronte a una tale diversità di vedute ed opinioni, la giurisprudenza del CAS non sembra, nell'attuale momento storico, ancora in grado di fornire una chiara ed univoca chiave interpretativa.

In un parere reso nel 2005 sulla compatibilità di alcune sanzioni previste dal Codice mondiale antidoping con il diritto svizzero, ha sottolineato che «*the Panel is not prepared to take refuge in such uncertain concepts as that of a "lex sportiva", as has been advocated by various authors. The exact content and the boundaries of the concept of a lex sportiva are still far too vague and uncertain to enable it to be used to determine the specific rights and obligations of sports associations towards athletes*»[21].

Per contro, in un lodo del 1998 il CAS aveva evidenziato che «*sports law has developed and consolidated along the years, particularly through the arbitral settlement of disputes, a set of unwritten legal principles – a sort of lex mercatoria for sports or, so to speak, a lex ludica – to which national and international sports federations must conform, regardless of the presence of such principles within their own statutes and regulations or within any applicable national law, provided that they do not conflict with any national «public policy» («ordre public») provision applicable to a given case*»[22].

In modo più sfumato, nel 2002 il CAS ha rilevato che «*in addition, to the extent that it deems it appropriate, the Panel may apply general principles of law, which are applicable as a type of lex mercatoria for sports regardless of their explicit presence in the applicable UEFA or FIFA Statutes. Such general principles of law include for example the principle of fairness, which implies inter alia the obligation to respect fair procedures*»[23].

Interessante si rivela, altresì, un lodo del 2008 nel quale davanti al CAS il CIO aveva sostenuto che nel caso di atleti trovati positivi al controllo antidoping e componenti una staffetta di atletica leggera (nella specie, la 4 x 100 e la 4 x 400 femminile), il risultato conseguito dalla "squadra" avrebbe dovuto essere annullato. Il CIO, infatti, pur riconoscendo che una simile regola non era rinvenibile nel diritto positivo, ha sostenuto che una tale conclusione si imponeva vuoi per logica, vuoi sulla base di un principio generale della *lex sportiva* finalizzato a garantire l'integrità delle competizioni. A tali osservazioni, il CAS

[20] L. PRIMICERIO, *Il Tribunale arbitrale dello sport e la creazione di una lex sportiva*, in *RDES*, 2017, p. 72.

[21] CAS 2005/C/976 & 986, *FIFA & WADA.*

[22] CAS 98/200, *AEK Athens and SK Slavia Prague / UEFA*, punto 156.

[23] CAS 2002/O/410, *The Gibraltar Football Association (GFA) / UEFA*, punto 4.

ha replicato che «*in the view of the Panel, mere logic may not serve as a basis for a sanction because it would not satisfy the said predictability test and it could lend itself to arbitrary enforcement. In contrast, the Panel does not discard the theoretical possibility that an established principle of lex sportiva might serve as legal basis to impose a sanction on an athlete or a team. Needless to say, the existence of such principle must be convincingly demonstrated and must also pass the mentioned predictability test. However, no evidence has been submitted to the Panel that could support the notion that lex sportiva would invariably require disqualifying not only the individual athlete but also the team to which the doped athlete belongs*»[24]. Tale passo del lodo appare particolarmente interessante in quanto, da un lato, il CAS sembra ammettere l'esistenza della *lex sportiva* (senza, peraltro, definirla), mentre, dall'altro lato, esclude che il principio invocato dal CIO possa essere ricondotto nell'alveo della *lex sportiva*.

In altre parole, il vero problema è rappresentato dal fatto che fino a quanto non si riesce a trovare un consenso ampio su quali siano gli elementi costitutivi della *lex sportiva*, affermare o negare l'esistenza di quest'ultima si risolve in un mero esercizio dottrinale. Sotto tale profilo, inoltre, non può essere trascurato il fatto che nel 2005 il Tribunale federale svizzero ha stabilito che non costituisce una valida scelta della legge applicabile ad opera delle parti la designazione dei regolamenti FIFA, in quanto questi ultimi non possono essere considerati né "diritto" ai sensi dell'art. 116 LDIP (legge federale sul diritto internazionale privato)[25], né espressione di una *lex sportiva* transnazionale[26], pur riconoscendo l'esistenza di un intenso dibattito dottrinale sul punto.

4. La *lex sportiva* tra CAS e diritto dell'Unione europea

Uno dei principali obiettivi che stanno alla base delle teorie favorevoli a sostenere l'esistenza di una *lex sportiva* è certamente quello di individuare un *corpus* di regole proprie del settore sportivo ed in quanto tale elemento fondante e costitutivo di un autonomo ordinamento giuridico dalla natura privata e dalla portata globale, frutto dell'accordo tra le varie federazioni sportive internazionali ed i soggetti sottoposti alla loro giurisdizione. Si tratta, a ben vedere, di un aspetto particolare della più ampia tendenza dell'ordinamento sportivo in genere a rivendicare (sia sul piano nazionale, sia sul piano europeo ed internazionale) la propria autonomia dalle regole e, soprattutto, dai tribunali ordinari.

[24] CAS 2008/A/1545, *Andrea Anderson et al. v. IOC*, punti 65 e 66.

[25] «1. Il contratto è regolato dal diritto scelto dalle parti. 2 La scelta del diritto applicabile dev'essere esplicita o risultare univocamente dal contratto o dalle circostanze. Per altro, è regolata dal diritto scelto. 3 La scelta può avvenire o essere modificata in ogni tempo. Se fatta o modificata dopo la stipulazione del contratto, è retroattivamente efficace dal momento della stipulazione. Sono riservati i diritti dei terzi».

[26] Tribunale federale svizzero, 20 dicembre 2005, BGE 132 III 285.

Tale anelito di autonomia dell'ordinamento sportivo ha determinato, ed in parte continua a determinare, importanti ricadute sia con riferimento all'attività del CAS, sia con riferimento al diritto dell'Unione europea.

Con specifico riferimento al CAS, non deve stupire che il desiderio di autonomia dell'ordinamento sportivo abbia rappresentato, soprattutto all'inizio, un freno all'affermazione del CAS quale Tribunale mondiale dello sport: se, infatti, già nei primi anni Ottanta il CIO aveva colto l'intrinseca pericolosità che controversie sportive potessero formare oggetto di esame da parte dei Tribunali nazionali in ragione della sempre crescente rilevanza economica dell'industria sportiva, ravvisando nella creazione del CAS il modo per "isolare" e proteggere l'autonomia dell'ordinamento sportivo da possibili (e ritenuti inopportuni) interventi delle legislazioni e delle corti nazionali, alcune federazioni sportive internazionali hanno continuato a manifestare dubbi e perplessità, perlomeno sino al 1995. Non deve, pertanto, stupire che nel primo decennio di attività (1986 – 1995) i lodi resi dal CAS siano stati soltanto 78. Per contro, nel decennio successivo, dal 1996 al 2005, i lodi sono stati complessivamente (procedure ordinarie e di appello) ben 840[27].

La ragione di tale crescita esponenziale dell'attività del CAS deve essere ricollegata alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso *Bosman*[28]. In quella occasione, infatti, il giudice europeo fissò i seguenti due

[27] Cfr. https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_statistics_2016_.pdf

[28] Corte di giustizia, 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *URBSFA c. Bosman*, in *Raccolta*, p. I-5040. Tale sentenza ha formato oggetto di numerosi commenti. Tra i principali contributi apparsi all'indomani della pronuncia – tutti raccolti in *Rev. Marché unique eur*., 1/1996 – si veda K. VAN MIERT, *L'arrêt Bosman: la suppression des frontières sporives dans le Marché unique européen*; P. DEMARET, *Quelques observations sur la signification de l'arrêt Bosman*; D. O'KEEFE, P. OSBORNE, *L'affaire Bosman: un arrêt important pour le bon fonctionnement du Marché unique européen*; G. CAMPOGRANDE, *Les règles de concurrence et les entreprises sportives professionnelles après l'arrêt Bosman*; A PAPPALARDO, N. PARISIS, *Le droit de la concurrence et le sport professionnel par equipe*; J.L. DUPONT, *Le droit communautaire et la situation du sportif professionnel avant l'arrêt Bosman*; D. KESENNE, *L'arrêt Bosman et l'économie du sport professionnel par équipe*; M. THILL, *L'arrêt Bosman et ses implications pour la libre circulation de sportifs à l'intérieur de la U.E. dans des contextes factuels différentes de ceux de l'affaire Bosman*; L. NYUSSEN, X. DENOEL, *La situation des resortissants de pays tiers à la suite de l'arrêt Bosman*; N. PARISIS, M. FERNANDEZ SALAS, *Le sportif individuel au regard de l'arrêt Bosman*; M. FERNANDEZ SALAS, *De la possibilité de renverse l'arrêt Bosman par une modification du Traité*. Analogamente, la *Rivista di diritto sportivo* ha dedicato interamente il n. 3/1996 alla sentenza *Bosman*, accogliendo i commenti di M. CLARICH, *La sentenza Bosman: verso il tramonto degli ordinamenti giuridici sportivi?*; A. MANZELLA, *L'Europa e lo sport. Un difficile dialogo dopo Bosman?*; A. TIZZANO, M. DE VITA, *Qualche considerazione sul caso Bosman*; F. ROMANI, U. MOSETTI, *Il diritto nel pallone. Spunti per un'analisi economica della sentenza Bosman*; A. ANASTASI, *Annotazioni sul caso Bosman*; J. DIEZ HOCHLEITNER, A. MARTINI SANCHEZ, *Le conseguenze giuridiche della sentenza Bosman per lo sport spagnolo ed europeo*; S. BASTIANON, *La libera circolazione dei calciatori e il diritto della concorrenza alla luce della sentenza Bosman*; M. COCCIA, *La sentenza Bosman: summum ius, summa iniuria?*. V., altresì, L. TELCHINI, *Il caso Bosman: diritto comunitario e attività calcistica*, in *Dir. com. scambi int*., 1996, p. 311 ss.; S. BASTIANON, *Bosman, il calcio e il diritto comunitario* e G. VIDIRI, *Il caso Bosman e la circolazione dei calciatori professionisti all'ambito della Comunità europea*, entrambi in *Foro it*., 1996,

principi: *a)* nella misura in cui lo sport costituisce un'attività con rilevanza economica, le regole sportive emanate dalle federazioni sportive, nazionali ed internazionali, sono soggette ai principi del diritto dell'Unione europea che governano il mercato interno (libera circolazione delle persone, dei servizi, libertà di concorrenza); *b)* le regole dell'UEFA che prevedono il pagamento di un'indennità in caso di trasferimento di un calciatore in scadenza di contratto da una squadra all'altra e che limitano il numero di calciatori stranieri cittadini di uno Stato membro che possono essere schierati nel corso di una partita tra club sono incompatibili con il principio della libera circolazione dei lavoratori e del divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità.

D'improvviso, pertanto, il mondo sportivo, che da sempre si era battuto per assicurarsi una sfera, normativa e giurisdizionale, autonoma rispetto agli ordinamenti giuridici statali, si trovò esposto alle incursioni al proprio interno del diritto dell'Unione europea, un diritto pur sempre di origine interstatale.

La reazione del mondo sportivo fu violenta[29]: secondo l'allora Presidente UEFA Johansson, «*the EU is trying to kill club football in Europe*»; analogamente, l'allora Segretario Generale UEFA Aigner, affermò che «*Bosman is a decision taken by people that do not know anything about football*». E per tutta risposta, l'allora Commissario Europea alla concorrenza Van Miert replicò che «*UEFA has to evolve, whether they like it or not. If they want war, then it will be war*».

E' in questo clima che le federazioni sportive internazionali, e in primo luogo la FIFA, si resero conto che l'unico modo per impedire al diritto dell'Unione europea di penetrare all'interno del mondo sportivo era quello di ostacolare il ricorso ai tribunali nazionali attraverso la predisposizione nei propri regolamenti di una clausola di attribuzione della competenza a decidere eventuali controversie al CAS[30]. In realtà, tale *escamotage* ha avuto esiti assai modesti, posto che secondo ormai una giurisprudenza costante del CAS «*le droit de l'Union Européenne ("droit de l'UE"), dont notamment les dispositions des traités en matière de liberté de circulation et de droit de la concurrence, doivent être prises en compte par la Formation arbitrale, dans la mesure où elles constituent des dispositions impératives du droit étranger au sens de l'article 19 de la Loi fédérale sur le droit international privé du 18 Décembre 1987*

IV, c.1 ss. Si segnala, inoltre, che sul sito della Corte di giustizia (http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=61993CJ0415&lang1=it&type=TXT&ancre=) sono elencati, in aggiunta a quelli in precedenza indicati, oltre 130 commenti relativi alla sentenza *Bosman* che coprono un lasso temporale dal 1996 al 2010.

[29] Sul punto v., B. GARCIA, *UEFA and European union: from confrontation to co-operation*, in *JCER*, 2007, p. 201 nonché B. HOPQUIN, *Bruxelles press l'UEFA a se soumettre a l'arrêt Bosman*, in *Le Monde*, 25 decembre 1995.

[30] A. DUVAL, *The Court of arbitration for sport and EU law. Chronicle of an encounter*, in *MJECL*, 2015, p. 226.

("LDIP")»[31]. Ai sensi di quest'ultima norma, infatti, può essere tenuto conto di una norma di applicazione necessaria di un diritto diverso da quello richiamato dalla presente legge qualora, secondo la concezione giuridica svizzera, interessi degni di protezione e manifestamente preponderanti di una parte lo richiedano e la fattispecie sia strettamente connessa con tale diritto. Per stabilire se si debba tener conto di tale norma, se ne esaminerà lo scopo e le conseguenze per una decisione equanime secondo la concezione giuridica svizzera. E per quanto riguarda il soddisfacimento di tali condizioni da parte del diritto europeo, il CAS ha ripetutamente sottolineato che «*i) les dispositions de droit européen, concernant notamment le droit de la concurrence et les libertés de circulation, sont communément considérées comme des règles impératives par les juridictions de l'Union et la doctrine; ii) les relations étroites entre (a) le territoire sur lequel le droit européen est en vigueur et (b) l'objet du litige, tiennent au fait que la mise en cause de la légalité [du Reglement UEFA] a un impact évident sur le territoire européen (…); iii) enfin, l'ordre juridique suisse partage les intérêts et valeurs protégées par le droit européen et notamment les dispositions de droit européen en matière de droit de la concurrence et de libertés de circulation*»[32].

Preso atto, quindi, che la devoluzione delle controversie sportive al CAS non può consentire di isolare ermeticamente il settore sportivo dal diritto (di origine certamente interstatale) dell'Unione europea, si tratta di verificare se e fino a che punto quest'ultimo sia in grado di pregiudicare quell'autonomia dell'ordinamento sportivo di cui l'affermazione di una *lex sportiva* nel senso in precedenza illustrato rappresenta una delle caratteristiche principali.

5. I rapporti tra il diritto dell'Unione europea e lo sport

Il tema dei rapporti tra il diritto dell'Unione europea e lo sport rappresenta il terreno di un intenso dibattito, politico e dottrinale, scandito da diverse pronunce della Corte di giustizia che hanno segnato momenti fondamentali di un confronto-scontro dai toni, come si è visto, talvolta accesi e non ancora terminato. Riassumendo in estrema sintesi le principali tappe di tale rapporto possiamo distinguere tre periodi:

i) il primo periodo copre il lasso di tempo che va dalla creazione delle originarie Comunità europee sino al 1994. In questo periodo, nonostante due sentenze della Corte di giustizia degli anni Settanta avessero sancito l'assoggettabilità dell'attività sportiva ai principi europei del mercato interno nella misura

[31] TAS 2016/A/4490, *RFC Seraing c. FIFA*, punto 73; CAS 98/200, *AEK Athens and SK Slavia Prague / UEFA*, punto 9; CAS 2016/A/4492, *Galatasaray v. UEFA*, punto 42.

[32] TAS 2016/A/4490, *RFC Seraing c. FIFA*, punto 76; CAS 98/200 *AEK Athens and SK Slavia Prague / UEFA*, punto 10; CAS 2016/A/4492, *Galatasaray v. UEFA*, punto 44.

in cui l'attività sportiva veniva svolta sotto forma di attività economica[33], le Istituzioni europee e quelle sportive hanno vissuto in una sorta di "magico isolamento" reciproco, senza alcuna particolare influenza e/o ingerenza delle prime sulle seconde.

ii) Il secondo periodo va dal 1995 sino al 2005. In questo periodo la Corte di giustizia, riprendendo la propria giurisprudenza degli anni Settanta, ribadisce i seguenti tre principi fondamentali:

a) l'attività sportiva, se ed in quanto costituisce un'attività economica, è assoggettata ai principi del diritto dell'Unione europea;

b) tuttavia, in considerazione delle caratteristiche specifiche dello sport, si deve ritenere che le norme emanate dalle federazioni sportive dettate da motivi puramente tecnici e che non hanno nulla a che fare con l'attività economica (c.d. regole puramente sportive) siano sottratte all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea;

c) rientrano tra le regole puramente sportive le "regole del gioco" (ad es. regole che fissano la lunghezza delle partite o il numero di giocatori sul campo), le norme relative ai criteri di selezione per le competizioni sportive, quelle sulla composizione delle squadre nazionali e quelle sul *doping*.

Tale impostazione concettuale, peraltro, non stava ad indicare che tutte le regole non qualificabili come puramente sportive dovevano essere ritenute, se effettivamente in grado di limitare o restringere una libertà fondamentale, inevitabilmente contrarie al diritto europeo. Anche tali regole, infatti, avrebbero ben potuto essere ritenute comunque compatibili con il diritto europeo se, nonostante gli effetti restrittivi, avessero potuto essere giustificate in considerazione *a)* degli obiettivi legittimi perseguiti, *b)* della loro idoneità a raggiungere tali obiettivi e *c)* dal carattere proporzionato della misura rispetto agli obiettivi perseguiti.

Sotto tale profilo, pertanto, la Corte di giustizia sin dall'inizio ha mostrato una particolare sensibilità nei confronti del fenomeno sportivo, proprio al fine di tenere conto delle sue caratteristiche specifiche tra cui rientra anche l'idea stessa di autonomia (perlomeno per tutto ciò che concerne gli aspetti tecnico-sportivi). È innegabile, tuttavia, che, complice anche il fatto che la sentenza *Bosman* ha avuto ad oggetto la regolamentazione del massimo organo di governo del calcio professionistico europeo in un momento storico nel quale l'industria calcistica europea era in forte crescita anche grazie all'avvento delle televisioni a pagamento, tale pronuncia è stata percepita dal settore sportivo come una vera e propria minaccia alla stessa autonomia dell'ordinamento

[33] Corte di giustizia, 12 dicembre 1974, causa 36/74, *Walrave e Koch*, in *Raccolta*, p. 1406; Corte di giustizia, 14 luglio 1976, causa 13/76, *Donà c. Mantero*, in *Raccolta*, p. 1334.

sportivo.

iii) Il terzo periodo compre il lasso di tempo che va dal 2006 al maggio 2019: tale periodo si identifica con la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Meca Medina e Majcen* e segna la definitiva negazione delle c.d. regole puramente sportive[34]. In base a tale pronuncia, infatti, tutte le regole emanate dall'ordinamento sportivo, qualunque sia il loro contenuto, se riferite ad un'attività sportiva che riveste i tratti dell'attività economica, devono ritenersi soggette ai principi sul mercato interno e sulla concorrenza. Ciò significa che, in caso di effetti restrittivi di una regola sportiva su una delle libertà fondamentali riconosciute dal diritto europeo, tale regola non incorrerà nei rigori del divieto soltanto qualora possa essere giustificata in considerazione *a)* degli obiettivi legittimi perseguiti, *b)* della sua idoneità a raggiungere tali obiettivi e *c)* dal carattere proporzionato della misura rispetto agli obiettivi perseguiti. Da questo angolo di visuale l'impatto di tale sentenza sull'autonomia dell'ordinamento sportivo non deve essere sottovalutato. Non v'è chi non s'avveda, infatti, delle evidenti criticità di un sistema che affida alla Corte di giustizia (ma anche ai singoli giudici nazionali in virtù del principio della diretta applicabilità del diritto UE) il potere-dovere di sindacare il carattere proporzionato anche di regole (quali quelle sul doping o sulle regole tecniche del gioco, ad esempio) non dettate da finalità economiche, ma ricollegabili esclusivamente alle caratteristiche specifiche del fenomeno sportivo;

iv) il quarto periodo, infine, si identifica con il presente come (ri-)disegnato dalla sentenza della Corte di giustizia *TopFit e Biffi* del 13 giugno 2019 giugno 2019 con la quale il giudice europeo ha definitivamente superato il principio che permetteva al diritto europeo di interessarsi delle regole sportive solo se ed in quanto la relativa attività integrava un'attività economica, ricomprendendo sotto la sfera del diritto europeo anche tutte quelle attività sportive svolte a livello puramente ludico-amatoriale e le relative regole[35]. Ma non solo. L'oggetto specifico della regola portata all'esame della Corte di giustizia - vale a dire il divieto di assegnare il titolo di campione nazionale di uno Stato membro ad un atleta cittadino di un altro Stato membro – ma soprattutto il verdetto reso dalla Corte di giustizia (secondo cui un tale divieto può essere ritenuto compatibile con il diritto europeo soltanto a patto che si dimostri che l'obiettivo

[34] Corte di giustizia, 18 luglio 2006, causa C-519/04P, *David Meca-Medina e Igor Majcen/Commissione delle Comunità europee*, in Raccolta, p. I-6991.

[35] Corte giust., 13 giugno 2019, causa C-22/18, *TopFit eV, Daniele Biffi contro Deutscher Leichtathletikverband eV*, www.curia.eu. Per un primo esame, v. S. BASTIANON, *Attività sportiva amatoriale, titolo di campione nazionale e diritto europeo: un dialogo ancora (tremendamente) difficile*, in *Rivista.eurojus.it*, 3/2019; ID., *The TopFit judgment on amateur sport and its potential aftermath on the relationship between EU law and dual careers of athletes*, in *Rivista.eurojus.it*, 4/2019; ID., *Atleti dilettanti, campioni nazionali e cittadinanza europea: quid novi sub sole?*, *Riv. dir. sport*., 2019, p. 129.

perseguito non può essere realizzato con nessun altra misura meno restrittiva) danno l'impressione di una vera e propria "invasione di campo" i cui effetti pratici sull'ordinamento sportivo nel suo complesso e sulla sua autonomia dovranno essere attentamente analizzati e studiati.

In generale, con riferimento ai criteri elaborati dalla Corte di giustizia nella sentenza *Meca Medina e Majcen*, a loro volta mutuati pedissequamente da quanto affermato dalla stessa Corte di giustizia nella sentenza *Wouters e a.*[36], relativa alla compatibilità con il diritto europeo antitrust di una regolamentazione dell'Ordine degli avvocati olandesi che proibiva loro di costituire forme integrate di collaborazione professionale con i revisori contabili, è stato messo in luce che in nessun caso il richiamo a principi quali quello di proporzionalità potrebbe mettere in discussione l'idea stessa di *lex sportiva*. Quest'ultima, infatti, nel corso degli anni ha mostrato di essere ben permeabile a principi generali tratti dal diritto nazionale ed internazionale; e siccome il principio di proporzionalità rientra certamente tra questi ultimi, la coesistenza tra il diritto europeo e la *lex sportiva* non dovrebbe costituire un vero problema[37]. Sennonché, a modesto avviso di chi scrive, il discorso si presenta più complesso: infatti, affermare la sindacabilità da parte della Corte di giustizia (ma il discorso vale, *mutatis mutandis* per tutti i giudici nazionali degli Stati membri) del carattere proporzionato di una regola dettata unicamente per salvaguardare le caratteristiche specifiche dello sport (si pensi alla regola che in quasi tutti gli sport prevede gare separate per uomini e donne, alle regole sul doping e alle relative sanzioni, alle regole che presiedono all'assegnazione dei titoli nazionali fino a tutte le regole "tecniche") significa ammettere un sindacato giurisdizionale su questioni genuinamente sportive da parte di soggetti estranei al settore sportivo. Certo, fino ad oggi la Corte di giustizia non si è mai pronunciata su una questione simile, posto che nella vicenda *Meca Medina e Majcen* l'eccezione relativa al carattere non proporzionato della sanzione concretamente inflitta (esclusione dalle competizioni sportive per due anni) non era stata sollevata per cui il giudice europeo ha avuto buon gioco nel rilevare la sola legittimità degli obiettivi perseguiti dalla normativa antidoping e l'inerenza a tale disciplina di un sistema sanzionatorio; tuttavia, la recente sentenza *TopFit e Biffi* ha riproposto in modo perentorio tale problematica, soltanto aggirata dalla Corte di giustizia mediante attribuzione al giudice nazionale dell'onere di stabilire il carattere proporzionato della sanzione, evidenziando i palesi limiti di un approccio metodologico-concettuale elaborato con riferimento a normali attività economiche e difficilmente replicabile in modo acritico con riferimento al

[36] Corte giust. 19 febbraio 2002, C-309/99, *Wouters e a. c. Algemene raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, EU:C:2002:98.

[37] R. PARRISH, *Lex sportiva and EU sports law*, in *ELR*, 2012, p. 716.

settore sportivo.

Invero, affermare, da un lato, che «*sembra legittimo riservare l'attribuzione del titolo di campione nazionale in una determinata disciplina sportiva ad un cittadino nazionale, in quanto tale elemento nazionale può essere considerato una caratteristica del titolo stesso di campione nazionale*» e, contestualmente e dall'altro lato, che «*qualora esista un meccanismo relativo alla partecipazione di un atleta straniero ad un campionato nazionale, quantomeno alle eliminatorie e/o come esterno* [vale a dire, senza valutazione dei risultati conseguiti, *n.d. a.*], *la non ammissione totale di tale atleta a detti campionati a motivo della sua cittadinanza risulta in ogni caso sproporzionata*», significa schiudere le porte ad una sorta di rompicapo impossibile che, oltre a variare a seconda dello sport considerato e della tipologia delle manifestazioni in cui si assegna il titolo di campione nazionale, sembra non tenere in considerazione un aspetto basilare: vale a dire, la contraddizione logica, prima ancora che giuridica, di sostenere che vi possa essere una vera e genuina partecipazione di un atleta ad una competizione sportiva anche nella consapevolezza che i risultati conseguiti sul campo da quest'atleta non saranno presi in considerazione. In altre parole: è l'essenza stessa dello sport che impedisce di poter seriamente predicare una soluzione che, ad esempio, consenta a Rafa Nadal di partecipare al campionato polacco di tennis, ma con la precisazione che anche qualora vincesse la finale sul campo (cosa assai probabile …), il vincitore ufficiale sarebbe il suo avversario cui verrebbe pure assegnato il titolo: quest'ultimo, quindi, saprebbe di aver vinto la finale prima ancora di scendere in campo e a prescindere dal verdetto del campo. Non occorre essere esperti di questioni sportive per rendersi conto delle criticità che la soluzione adottata dalla Corte di giustizia solleva sul piano logico, prima ancora che giuridico.

Sotto altro profilo, peraltro, si osserva che, anche prescindendo per un solo istante dalla più recente "incursione" del diritto europeo nell'ambito delle regole sportive che stabiliscono le condizioni di eligibilità di un atleta ai fini dell'assegnazione del titolo di campione nazionale in una determinata disciplina, la pretesa del movimento sportivo di disporre un *corpus* di regole (la *lex sportiva*, appunto) totalmente immune ed impermeabile alle norme giuridiche pubbliche, di origine statale o interstatale sembra scontrarsi inevitabilmente con due aspetti tutt'altro che marginali: da un lato, è indubitabile che la corretta qualificazione delle federazioni sportive come soggetti pubblici o privati (eventualmente anche in aperta antitesi con quanto previsto dal diritto positivo e rapportato, invece, alle concrete modalità con cui si manifesta l'eventuale controllo pubblico sulle federazioni) finisce inevitabilmente per rappresentare un momento di necessaria influenza delle norme di origine statale in grado di ripercuotersi (perlomeno all'interno del nostro ordinamento giuridico) anche sotto il profilo dell'individuazione del giudice (ordinario o amministrativo

competente); dall'altro lato, l'esistenza di un sistema di giustizia sportiva alternativo alla giustizia statale non può escludere il rispetto anche da parte della giustizia sportiva dei diritti fondamentali dell'uomo per tutto quanto riguarda sia la formazione dei vari tribunali sportivi, sia le modalità di svolgimento dei procedimenti che si svolgono davanti a questi ultimi. A tale proposito è sufficiente ricordare che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha espressamente riconosciuto l'applicabilità dell'art. 6 CEDU sia al TAS[38], sia alla Commissione arbitrale della federazione turca di calcio[39].

[38] Affaire *Mutu et Pechstein c. Suisse*, Arrêt 2 octobre 2018 Strasbourg.
[39] Affaire *Ali Riza et autres c. Turquie*, Arrêt 28 janvier 2020, Strasbourg.

© Osservatoriosullefonti.it, fasc. 1/2021

DIRITTO TRANSNAZIONALE, DIRITTI DI LIBERTÀ E FORME DI TUTELA*

GIUSEPPE FRANCO FERRARI**

Abstract
The paper briefly tackles the problem of human rights protection in international trade law. It argues that after the foundation of the WTO international trade law has become a sui generis *transnational law in which not only economic reasons are take into account.*

Suggerimento di citazione
G.F. FERRARI, *Diritto transnazionale, diritti di libertà e forme di tutela*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al webinar *L'impatto delle dinamiche transnazionali sui sistemi normativi* svoltosi il 23 novembre 2020 e organizzato dall'Università di Pisa, con le associazioni DPCE e AIPC, nell'ambito del Progetto di ricerca di Ateneo 2018-2019 su *Diritto senza politica. Le forme della produzione giuridica nell'epoca transnazionale*.

** Già Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università commerciale Luigi Bocconi di Milano.
Contatto: ferrari.giuseppe@unibocconi.it

© 2007-2021 Osservatoriosullefonti.it – Anno XIV - Fascicolo 1/2021
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

Il tema che mi è stato assegnato dagli organizzatori riguarda il diritto internazionale del commercio (*international trade law*), con particolare riferimento ai diritti umani nella dimensione del commercio.

Questo è un settore che, a rigore, fino a una decina di anni fa si poteva considerare totalmente occupato dal diritto internazionale e poco avrebbe quindi a che fare con il diritto transnazionale, se per diritto transnazionale, lasciando da parte le definizioni storiche da Jessup in poi, intendiamo un'area grigia intermedia nella quale si incrociano e talora si sovrappongono discipline ibride di natura privatistica e pubblicistica per un verso e ibride di natura domestica e internazionale per un altro, la parte che comunque più ci interessa come studiosi di diritto costituzionale e comparato sul versante pubblicistico.

Ora, il motivo per cui questa materia non è più certamente classificabile come di diritto internazionale puro ma è invece transitata nella sfera del diritto transnazionale è che ci sono state evoluzioni storiche, direi negli ultimi 25 anni ma più marcatamente negli ultimi 10, le quali hanno cambiato radicalmente lo stato delle cose sia in fatto che in diritto. Il tema che sembra più interessante ed affascinante soprattutto per gli studenti, perché nel perimetro dei pubblicisti comparatisti questi temi cominciano ad essere abbastanza noti, benché non ancora come meriterebbero e non ancora come all'estero, è lo spazio che si è costruito intorno alle vicende del WTO, che come tutti sanno nasce nel 1994 entra in funzione nel 1996; il suo organismo giudiziario entra in funzione nel 1998. È nato in realtà dalle ceneri del GATT e quindi è, come dire, esso stesso uno stato evolutivo di vicende anteriori. D'altronde, come si diceva poco fa del diritto sportivo, siamo in contesti non solo non compiuti, ma fluidi, usando la terminologia di Zygmunt Bauman: il livello di evoluzione è notevole e soprattutto rapidissimo, per cui ci rendiamo conto che nello spazio di pochi anni spesso la situazione cambia anche in modo radicale.

Ebbene, questa evoluzione, che io daterei al più al 1994 ma probabilmente è nella gran parte più recente, ha trasformato il settore dell'*international trade law* in vero diritto transnazionale. Quello che più lo rende *sui generis* essa si è manifestata in un settore nel quale ci aspetteremmo di vedere dominare le ragioni economiche, quelle del *business* e quindi in gran parte riconducibili al diritto commerciale, che oltretutto negli ultimi 10-15 anni sono state in gran parte telematizzate. Invece si vede ivi apparire un abbondante uso della categoria dei diritti umani, addirittura talora definiti diritti umani fondamentali, e il fatto determinante, oltre che l'elemento di maggiore interesse in questo settore, è che, come si sa, queste trasformazioni epocali di interi settori di disciplina avvengono spesso per effetto di formanti che talora si sommano e talora si alternano: nel caso dell'Unione Europea il formante burocratico e i rapporti intergovernativi, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ed altro ancora; in questo ambito è stato determinante il formante giurisdizionale e cioè

l'organismo giudiziale del WTO, l'Appellate Body, il quale ha prodotto un corpus di giurisprudenza molto organico. Tra l'altro nulla del genere esisteva nel vecchio GATT, anzi il superamento del GATT è stato anche motivato dall'esigenza di strutturare l'ordinamento di settore, riorganizzandolo e creando anche un organo giurisdizionale.

Muovendo da un'analogia con quanto è accaduto in Europa, cioè con l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia, che praticamente fino al '69 o al '74, secondo che si faccia riferimento al precedente Nolde o a Stauder, ha di fatto ignorato qualunque diritto che non fosse di natura economica e poi si è convertita ai diritti civili e politici un po' alla volta, con molta prudenza e precauzione, perché la sua missione istituzionale era meramente economica. Qui, invece, benché possa sembrare paradossale, a un livello non continentale ma globale, l'appellate body del WTO si è mosso fin da subito in un'ottica non squisitamente economica. Ovviamente non ha dimenticato che la *mission* della sua organizzazione è il perseguimento di interessi economici e quindi dell'efficienza, del profitto, dello scambio di beni e di servizi, la proprietà intellettuale, gli investimenti, gli scambi monetari e finanziari. Tra l'altro non bisogna dimenticare che i *terms of reference*, l'ambito competenziale del WTO, si è allargato progressivamente: ad esempio, all'inizio non includeva materie come le telecomunicazioni, l'agricoltura e gli alimenti; ora, queste aggiunte, soprattutto quella dell'ambito agro-alimentare, hanno arricchito notevolmente il *set* di competenze e ha contribuito ad attivare l'attenzione per i diritti umani; ma non va dimenticata nemmeno l'area delle telecomunicazioni per le ovvie implicazioni sulla quantità e sulla natura degli scambi. È impossibile parlare di cibo e agricoltura senza che entrino in gioco considerazioni non economiche e quindi si potrebbe dire, pur non cadendo nel classico vizio dell'innamoramento per l'oggetto di studio, che una parte del dibattito dottrinale sulla cosiddetta *global justice* paradossalmente sia finita dentro la giurisprudenza dell'Appellate Body. Quindi l'organo giudiziario del WTO è andato cercando una specie di soluzione compromissoria a metà strada tra il *business* e l'economia pura: da una parte il mercato e lo sviluppo, dall'altra le considerazioni che fanno riferimento ai valori. Naturalmente può non essere un caso che questo sia accaduto: le ragioni sono molteplici, ed una di esse è certamente quella che la creazione stessa del WTO e il suo sviluppo coincidono con quel ciclo del costituzionalismo che ben conosciamo, quello degli anni '90, cioè quello successivo alla disintegrazione dell'impero sovietico e quindi alla elaborazione di quelle decine di costituzioni che caratterizzano l'Europa dell'Est, il mondo euroasiatico che era già sovietico e che poi ha ingenerato un effetto d'onda in molti altri paesi europei, come ad esempio Svizzera e Finlandia che hanno revisionato le loro carte costituzionali a fine secolo, negli anni '98/'99, e l'America Latina, che, a sua volta, liberata dai condizionamenti della Guerra fredda, ha aggiornato il proprio dato

costituzionale così che poi la stessa Corte Interamericana dei diritti di San Josè è venuta tenendo conto di queste importanti democratizzazioni continentali.

Come si è venuta sviluppando questa tendenza? Una prima concausa risiede nel ciclo del costituzionalismo; altri motivi possono essere in qualche modo collegati anche a vicende politiche globali. Va comunque ricordato che i movimenti no *global* nascono nel 1999 con i riots di Seattle e sono indirizzate in gran parte proprio contro il WTO. Così come spesso si pensa che la democratizzazione dell'Europa dell'Est sia stata così celere perché questi Paesi dovevano aderire al Consiglio d'Europa, all'Unione Europea e perfino alla NATO, e quindi avevano bisogno di un biglietto di presentazione adeguato, allo stesso modo anche il WTO deve fare fronte a proteste massicce su scala globale spesso violente che si avvicinano al terrorismo e quindi evidentemente adegua il proprio atteggiamento, lo ammanta di valori democratici o di valori costituzionali *tout court*. Tanto che gli internazionalisti o almeno una parte di essi, costruiscono il WTO come un caso esemplare di quello che si chiama la costituzionalizzazione del diritto internazionale, anche se in realtà si è andati ben più oltre, pervenendo ormai al terreno transnazionale, non più strettamente delle organizzazioni internazionali.

Vorrei citare 3 esempi di questa costituzionalizzazione o democratizzazione. Il primo è quello processuale, nel senso che l'Appellate Body decide fin da subito, in assenza di un codice di procedura civile proprio, di scegliere una tecnica di acquisizione delle prove più simile a quello del nostro processo amministrativo che a quella di un processo civile di matrice europea, che gli americani chiamano appunto *inquisitorial fact finding*: il Giudice può acquisire le prove che crede, ordina alle parti di produrre, si va al di là della normale *evidence* di produzione di parte; questo significa che il ruolo che il Giudice assume è un ruolo molto attivo, che lo propone come un vero facitore di diritto persino al di là del modello del *common law.*

Quanto all'uso dei valori e quindi dei principi che ne sono la traduzione, si può citare sul versante metodologico, il famoso caso Shrimps-Turtles (1998)- non a caso si tratta di alimentazione, di gamberi e tartarughe - dove appunto l'Appellate Body inizia a costruire questa sua teoria processuale per cui le prove sono fatte acquisire dal Giudice. Sul terreno della elaborazione di valori costituzionali -ed anche qui si verte in casi concernenti l'alimentazione - va menzionato il caso degli ormoni (formones, 1998) cioè dell'ammissibilità del divieto europeo di importazione di carni bovine allevate mediante antibiotici, che ovviamente contrasta con le regole della WTO, tese a favorire la libera circolazione dei beni, inclusi gli alimenti. Il giudice globale si trova allora in imbarazzo; non va dimenticato che dei 163 soggetti aderenti alla WTO uno è l'Unione Europea e dunque non si poteva rischiare una sentenza che drasticamente desse torto all'Europa mettendo a repentaglio la stessa appartenenza

degli Stati europei all'organismo come tale. Quindi l'Appellate Body decide di applicare uno standard di *review* che praticamente consente al Giudice, in ossequio al principio di libera acquisizione delle prove, di farsi un'idea propria senza applicare necessariamente gli *standards* scientifici che ha seguito una delle parti, nel caso di specie l'Europa appunto: viene dunque affermata la possibilità di una *new review.* Per la prima volta, al tempo stesso, l'Appellate Body elabora una teoria dei livelli di *review* molto simile a quella della Corte Suprema degli Stati Uniti: esso individua infatti un livello rigido di controllo, uno lasco e uno intermedio, con effetti di grande somiglianza con la giurisprudenza costituzionale statunitense e di altri ordinamenti. E poi in un altro caso, detto Bananas Case (1998-2000-2012), che si riferisce pure al *food*, individua *standards* applicativi del principio di eguaglianza e teorizza la proporzionalità come applicabile al principio di discriminazione.

Sembra quindi di poter dire che sia dal punto di vista delle modalità processuali che da quello dell'applicazione di valori e della creazione di livelli di scrutinio si sia verificata una forte costituzionalizzazione della giurisprudenza dell'Appellate Body. Si trovano decisioni che fanno riferimento a garanzia e sviluppo di diritti che potremmo chiamare di terza o quarta generazione, quegli stessi che vengono riconosciuti dalle carte costituzionali del ciclo che si richiamava prima ma che appaiono anche in moltissime carte internazionali comunque definite: convenzioni, accordi, dichiarazioni. Quindi ad esempio, benché possa sembrare sorprendente, il ricorso a queste categorie è massiccio e quindi non è più sorprendente.

Ad esempio, il diritto ad un adeguato *standard*s di vita, che peraltro è previsto dall'art. 25 della Dichiarazione dell'ONU, dall'art. 11 della Convenzione sui diritti civili e politici, dall'art. 27 della Convenzione sui diritti del fanciullo e perfino nella formula rooseveltiana del diritto al bisogno che fu enunciata dal Presidente davanti al Congresso degli Stati Uniti nel 1941 e che faceva parte peraltro anche del Rapporto *Beveridge:* alla fine è diventato una specie di luogo comune del *welfare state* occidentale in tutte le sue varianti. Questo implica alcune applicazioni, come il *duty to respect*, di rispettare le misure necessarie per soddisfare i bisogni fondamentali degli individui e dei gruppi - e sottolineo l'importanza dei gruppi perché ovviamente, per quanto riguarda il dato culturale ed agro-alimentare sono in gioco ad esempio gli alimenti tipici delle popolazioni aborigene e perfino i principi terapeutici-. Non bisogna dimenticare che su questo terreno sono state combattute battaglie legali sanguinarie, se così si può dire, tra Paesi occidentali, che intendevano sfruttare industrialmente erbe, radici, principi attivi alimentari e medici reperibili nel terzo mondo, e la resistenza dei popoli locali all'utilizzo industriale di questi principi in quanto elementi tipici della cultura indigena. Da questo punto di vista la giurisprudenza della Corte Suprema americana per esempio sul peyote e della Corte canadese

che molto ha fatto a tutela delle popolazioni aborigene, sono arrivate talora addirittura dopo alcune pronunce del WTO.

Si aggiunga il *duty to protect,* quindi ad esempio il divieto di vendere e far circolare prodotti dannosi o di utilizzare pratiche commerciali scorrette, si converte in o si somma al *duty to fullfill,* l'aiuto per conseguire le necessarie risorse o facilitarne l'acquisizione, sia anche alla forma detta *duty to provide*, dovere di fornire assistenza sociale o sicurezza sociale in tempi di crisi e di emergenza, favorendo le categorie più deboli, tema ultimamente è ritornato di gran moda. E poi ancora sono emersi in questa giurisprudenza il diritto al cibo, di cui non sto a citare le fonti internazionali né quelle costituzionali per amore di brevità; il diritto alla vita, con inclusione di quello alla salute e al trattamento medico, il diritto all'*accomodation,* che ha un'identità molto ampia quindi spazia dall'abitazione, o *vivienda* alla spagnola, fino al trattamento dei rifugiati in termini di sistemazione; il diritto all'identità culturale, che oltretutto è ribadito nella convenzione dell'UNESCO del 2003 e che quindi riguarda le proprietà culturali intangibili ad inclusione delle manifestazioni materiali che vanno dal linguaggio, alla danza, al cibo ed alle diete, il diritto all'ambiente, su cui non è il caso di soffermarsi, dato che è ampiamente ormai trattato in tutte le forme che vanno dallo sviluppo sostenibile alle varianti più diverse.

Nella più squisita tradizione dell'incrementalismo i poteri del WTO sono stati arricchiti progressivamente attraverso i vari *rounds*. Esso stesso, d'altronde, è nato dall'Uruguay *round* del GATT e gli ultimi due, il *Bali package* del 2013 e il *Nairobi package* del 2015, hanno riaffermato la supremazia del WTO come forum globale per le regole del commercio.

Quindi fin qui si è registrata un'apparente crescita, un apparente sviluppo e consolidamento di questa tipica Organizzazione Internazionale, la quale tende ad assumere i caratteri procedimentali e organizzativi tipici delle organizzazioni internazionali. Ad esempio è strutturata in base ad una Conferenza dei Ministri, un Consiglio Generale che delibera a maggioranza ed un Direttore Generale designato dalla Conferenza dei Ministri.

Nel 2015, però, inizia la crisi: sembra una contraddizione che nel momento in cui l'organizzazione sta offrendo agli internazionalisti l'esempio della verticalizzazione, cioè della costruzione *bottom up*, l'esempio della sua costituzionalizzazione, anche grazie al formante giudiziario, e sta fornendo esempi di rafforzamento strutturale, in realtà finisce col dimostrarsi un colosso di argilla che sta preparandosi a franare per effetto di fenomeni vari. Non disponiamo di molto tempo per descriverli in dettaglio, ma se ne possono richiamare almeno due.

Il primo è rappresentato dalla cosiddetta balcanizzazione, cioè dal fatto che il WTO si è rafforzato avendo come dottrina fondamentale il multilateralismo, cioè ha costruito le proprie basi su trattati che si estendono per quanto

possibile a tutti gli Stati membri dell'organizzazione. Tuttavia negli ultimi vent'anni, ed anche prima, sin dai tempi del GATT, ma in misura sempre crescente, siano stati stipulati oltre trecento trattati bilaterali o plurilaterali, quindi in teoria incompatibili, in quanto non multilaterali, con il WTO, che avrebbe dovuto autorizzarli in quanto in deroga. In realtà la procedura di deroga non è stata pressoché mai seguita (sono stati censiti, su 70 trattati, solo 4 casi di riconoscimento esplicito di compatibilità): infatti, molti di questi trattati non contengono le clausole tipiche del WTO, come ad esempio la clausola della nazione più favorita, e quindi introducono istituti non in armonia e accordi privilegiati; alcuni si strutturano su base continentale ed altri, siccome il commercio ormai è totalmente globalizzato, su base di filiera, per materia e per contenuto, tenuti insieme da esigenze funzionalistiche o sostanzialistiche. Questo dato già si pone in contrasto con il criterio organizzativo di base del WTO.

Il secondo fenomeno, detto in termini alquanto brutali e sintetici, è indubbiamente il fatto che alcuni importanti Stati membri del WTO, a cominciare dagli Stati Uniti soprattutto durante la presidenza attuale, hanno iniziato a mostrare segni di totale sfiducia verso questo ed altri organismi collegati alle Nazioni Unite. Per quanto riguarda il WTO, mentre hanno preannunciato l'uscita dal WHO, ne hanno semplicemente minato le basi in due modi: stipulando trattati bi- o plurilaterali, come ad esempio il trattato detto USMCA con il Messico e il Canada nel luglio del 2020, di fatto svuotando il NAFTA. Allo stesso modo sono usciti dalla *Trans Pacific Partnership* del 2017. Soprattutto il Presidente Trump a fine 2018 ha rifiutato di nominare il nuovo membro dell'Appellate Body, perché il componente statunitense era scaduto e non è più stato sostituito. Il Presidente Bolsonaro ha fatto altrettanto per il Brasile e quindi di fatto l'Appellate Body sta per entrare in una totale impossibilità di funzionamento.

In complesso, quindi, se già era in corso una fase di transizione dal diritto internazionale puro al diritto transnazionale grazie al *trigger* giurisprudenziale, ora si aprono scenari di difficile prevedibilità certo. Certo occorrerebbero ben altre esperienze che non quella del comparatista per intuire verso quali esiti il sistema del commercio internazionale si stia muovendo e se pure vi sia un punto d'arrivo. In questo momento si intravvede con chiarezza che il multilateralismo è in crisi. È evidente altresì che molta parte di queste acquisizioni giurisprudenziali che sembravano così orientate a coniugare le esigenze del *business* e dell'economia con i valori costituzionali più tradizionali, gli stessi della Carta di Nizza e della Dichiarazione Universale potrebbero essere rimesse in discussione. Lo scenario si fa più fosco e certamente più complesso e non si può stabilire che alternativa ne possa prendere le veci.

Possiamo ricordare che l'evoluzione storica è avvenuta per cicli: da fine '800 sino al volgere del secolo si registrò una fase ad egemonia britannica con un

liberalismo pieno ma a direzione inglese; all'inizio del '900 e fino alla seconda guerra mondiale si è manifestato un periodo contrassegnato da nazionalismi protettivi; in fondo il GATT era nato per generare una forma di liberalismo istituzionalizzato, di multilateralismo strutturato, anche se l'idea di Truman, peraltro, ebbe la stessa fortuna di quella di Woodrow Wilson, il quale concepì la società delle Nazioni ma non riuscì a fare approvare dal Congresso la sua creatura. Truman spinse fortissimo sull'eredità rooseveltiana per creare un organismo che doveva essere come il WTO e ed invece riuscì poi come il GATT, e poi non riuscì a farlo approvare dal Congresso degli Stati Uniti.

Oggi il mondo si ritrova in un ciclo molto simile ad eventi del passato, e non è dato comprendere che modello prevarrà se cade il multilateralismo e se ne prenderà il posto. Non più un'egemonia, a meno che l'egemonia non sia destinata ad essere quella cinese: indubbiamente l'America sta cercando di accentuare il suo eccezionalismo, salvo possibili svolte presidenziali; la Cina procede in maniera non sempre molto trasparente ad acquisire il consenso di numerose nazioni africane ed asiatiche e quindi si prospetta come altro polo di un'eventuale egemonia polarizzata a due, a tre o a quattro punte. L'Europa non può in questo contesto che rafforzare la sua posizione, ma perde la Gran Bretagna ed ha vertenze interne molto gravi con gli Stati dell'Est, sia con riferimento al potere giudiziario ed alla sua indipendenza sia quanto alla gestione dell'immigrazione e di altre *policies* molto importanti.

È quindi difficile predire il futuro di questi diritti come elaborati dalla giurisprudenza dell'Appellate Body del WTO in un momento in cui la stessa struttura cui questo organo giudiziario appartiene entra in crisi e non si mostrano all'orizzonte soluzioni organizzative che con qualche tasso minimo di democrazia possano prenderne il posto. Non si può che chiudere con questa nota di dubbio, se non di sfiducia.